



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP

Seção: Artigos Científicos

Os limites de atuação municipal decorrentes da Súmula Vinculante 49: uma breve análise econômica do direito urbanístico

*The limits of action of the Municipality arising from the 49th binding summary:
a brief economic analysis of urban Law.*

Allan Fuezi Barbosa

Resumo: O presente estudo demonstra os limites de atuação do município, no âmbito de sua competência constitucional urbanística. Nesse sentido, analisam-se a competência municipal no Direito Urbanístico, como também alguns aspectos do direito de propriedade urbana e sua função social. Por sua vez, observa-se a Súmula Vinculante 49 do STF, por meio da compreensão dos fundamentos jurisprudenciais e dos elementos da Análise Econômica do Direito, para notar a inconstitucionalidade do impedimento à instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área. Desse modo, conclui-se pela possibilidade de utilização do poder de propulsão pelo município para a criação de incentivos tributários e financeiros em contraposição à heterodisciplina direta.

Palavras-chave: análise econômica do direito; limitações legislativas; livre concorrência; Município.

Abstract: This paper demonstrates the limits of action of the municipality, within the scope of its urbanistic constitutional competence. Therefore, we analyze the municipal competence in Urban Law, as well as some aspects of urban property law and its social function. Thereafter, the 49th Binding Summary is observed, through an understanding of the legal basis and the elements of Law and Economics, to note the unconstitutionality of the deterrent to install commercial establishments of the same branch in a certain area. We conclude by the possibility of using propulsion power by the municipality, for the creation of tax and financial incentives, as opposed to direct heterodiscipline.

Keywords: Law and Economics; legislative restrictions; free competition; Municipality.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v5n2p249-263>

Artigo submetido em: março de 2018 / **Aprovado em:** julho de 2018.

OS LIMITES DE ATUAÇÃO MUNICIPAL DECORRENTES DA SÚMULA VINCULANTE 49: UMA BREVE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO URBANÍSTICO

Allan Fuezi BARBOSA *

Sumário: 1. Introdução; 2. A competência no direito urbanístico; 3. A concepção de propriedade urbana; 3.1. A análise econômica do direito de propriedade; 3.2. As prerrogativas municipais de limitação ao direito de propriedade; 4. A Súmula Vinculante 49 do STF; 4.1. Dos fundamentos jurisprudenciais; 4.2. Dos elementos da análise econômica; 5. A alternativa para a intervenção do Município: o poder de propulsão; 5.1. A correlata heterodisciplina de Incentivos; 6. Conclusão; 7. Referências bibliográficas.

Introdução

O município pode ser considerado, de um modo geral, como a esfera mais tangível da atuação estatal na sociedade, porque as questões e infraestruturas locais são mais perceptíveis, sobretudo em um contexto no qual os cidadãos desempenham a maior parte de suas atividades cotidianas apenas dentro dessa delimitação física, com eventual extensão para as conurbações. Por óbvio, considerando-se tais espaços como aqueles típicos do urbanismo, a temática em questão representa um conjunto de medidas estatais com o intento de propiciar melhores condições de vida à comunidade, propondo “limitações de ordem pública ao uso da propriedade particular e ao exercício de atividades individuais, que afetam a coexistência social” (MEIRELLES, 2001, p. 482).

Todavia, ainda que a atuação estatal seja fundamental, o exercício dessa competência não pode ser ampla e irrestrita, de modo a violar a sistemática constitucional integralmente considerada. Assim, insta observar, de acordo com o entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, os limites da atuação municipal na sua perspectiva urbanística, mas trazendo à colação não somente os argumentos jurídicos formais, como também aqueles que podem ser deduzidos da Análise Econômica do Direito.

A competência no direito urbanístico

Valendo-se de uma análise constitucional acerca das competências urbanísticas, nota-se que o artigo 21 da Constituição Federal de 1988, em seus incisos IX e XX,

* *Mestrando em Direito da Concorrência e da Regulação pela Universidade de Lisboa, com período sanduíche na Universidade de Bolonha (Itália). Pós-Graduado em Direito Europeu em Acção - A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (Instituto de Direito Europeu - Universidade de Lisboa). Pós-Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal) e em Administração pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).*

dispõe sobre a matéria no sentido de conceder a atribuição à União para elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território, como também de desenvolvimento econômico e social, ademais da instituição de diretrizes para o desenvolvimento urbano, notadamente a habitação, o saneamento básico e os transportes urbanos. No dizer de Di Sarno (2010, p. 65), trata-se de “competências materiais, ou seja, de execução”. Contudo, para que essa atuação direcionada ao Poder Executivo se concretize, torna-se necessária a elaboração legislativa para a viabilização dos objetivos, cuja competência será analisada abaixo.

Nesse sentido, de acordo com o artigo 24, inciso I, da Constituição, igualmente compete à União legislar sobre a matéria do direito urbanístico, mas de modo concorrente com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, estes últimos por força do disposto no artigo 30, inciso II, do diploma constitucional. Ademais, o artigo 30, inciso VIII, da Constituição, atribui a competência municipal para a promoção, no que couber, do adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Por sua vez, em razão desse compartilhamento de competências, Di Sarno (2010, p. 65) acredita que “a Constituição Federal acabou por determinar, de forma explícita e objetiva, a tradução do artigo 24, I (no tocante ao direito urbanístico), em capítulo próprio sobre política urbana”, como se observa no capítulo II, do Título VII (Da ordem econômica e financeira).

Em decorrência da consagração constitucional de título específico sobre a política urbana, a análise dos dispositivos permite concluir que a instância local¹ é que tem a atribuição material e legislativa para a realização dessa política, com vistas à concretização do espaço urbano na conformidade dos princípios e diretrizes viabilizadores de um desenvolvimento sustentável para a população. Afinal, consoante ensinamento de Hely Lopes Meirelles (2001, p. 508), “[v]isando o Urbanismo, precipuamente, à ordenação espacial e à regulação das atividades humanas que entendem com as quatro funções sociais – habitação, trabalho, recreação, circulação –, é óbvio que cabe ao Município editar normas de atuação urbanística para o seu território”. Essas atribuições, a seu turno, têm dois vieses distintos, quais sejam, a ordenação espacial e o controle da construção.

Logo, diante da autonomia legislativa municipal, os estados tiveram certa limitação nas possibilidades de atuação, ainda que tenham competência privativa para a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. Não obstante, os Estados-membros detêm competência legislativa suplementar, para (MEIRELLES, 2001, p. 507) “organizar o plano estadual de Urbanismo e editar as

¹ Di Sarno (2010, p. 65) adverte que “[a]qui, cumpre observar que o termo “Município” deve ser interpretado de maneira extensiva, no sentido de se compreender “instância local”. Desta forma, inclui-se o Distrito Federal, responsável pela instância local que seu território ocupa, que também terá a competência para desenvolver sua política urbana”.

normas urbanísticas regionais, adequadas ao seu território, observados os princípios federativos de repartição e limites de atribuições das quatro esferas estatais”, assim como igualmente ocorre com o Distrito Federal.

De todo modo, ainda que o Município possua as atribuições constitucionais acima esposadas, o exercício dessas competências tem fundamento na delimitação conceitual da propriedade urbana no ordenamento jurídico brasileiro, como será observado no tópico a seguir.

A concepção de propriedade urbana

O direito de propriedade, em uma perspectiva constitucional, está consagrado sobretudo no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, desde que essa atenda à função social, na conformidade do inciso seguinte do mencionado artigo. Para Afonso da Silva (1980, p. 231), esse princípio da função social “transforma a propriedade capitalista, sem socializá-la”, de modo que “se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens” (SILVA, 1980, p. 232).

Ademais, consoante ensinamento de Sonia Rabello de Castro (2001, p. 88):

[...] o direito de propriedade garantido na Constituição não é, tão-somente, a proteção aos direitos reais, mas a proteção ao patrimônio individual, no seu conceito amplo de bens – igualmente, coisas e direitos; não é só do direito do proprietário do imóvel, mas também dos bens dos titulares de direitos reais ou obrigacionais, derivados de qualquer relação jurídica.

Particularmente no tocante ao Direito Urbanístico, tem-se que o exercício da atividade estatal constitui o poder de ordenar os espaços urbanos, inclusive de modo a vincular a iniciativa privada e os direitos patrimoniais dos indivíduos. Assim sendo, Dallari (2010, p. 78), ao analisar instituto urbanístico, considera como drástica a mudança de concepção do plano diretor a partir do advento da Constituição de 1988, uma vez que esse instrumento passou a obter “enorme significado jurídico, trazendo substancial alteração ao conceito de propriedade imobiliária urbana”².

Ademais, José Afonso da Silva (1980, p. 233) entende que a função social da propriedade urbana, por ter eficácia plena no âmbito jurídico-constitucional, tem a sua maior extensão entre o regime de atribuição do direito, enquanto legitimador da qualidade do proprietário, e o regime de seu exercício, que “realiza um objetivo de harmonização dos interesses sociais e dos privativos do seu titular, através da

² Hely Lopes Meirelles (2001, p. 509) lecionou que “[t]oda cidade há que ser planejada: a cidade nova, para sua formação, a cidade implantada, para sua expansão; a cidade velha, para sua renovação”.

ordenação do conteúdo do direito”. Ou seja, o equilíbrio entre o direito de propriedade e as limitações impostas pelos interesses sociais tem fundamental aspecto para a normatização urbanística; além disso, a delimitação do direito de propriedade não implica em apenas prejuízos para o titular desse, uma vez que a atividade urbanística acrescenta outros valores e vantagem em benefício do proprietário.

3.1. A análise econômica do direito de propriedade

Sob o viés da Análise Econômica do Direito, nota-se que a propriedade é um instrumento que “põe fim a conflitos que nascem em função de sua emergente escassez” de recursos (MACKAAY e ROUSSSEAU, 2015, p. 228), como forma de atribuir a um indivíduo ou a um grupo de pessoas o poder de decidir acerca da utilização de um bem e dos ganhos ou perdas dele resultantes. Assim, retira-se o recurso do acesso livre e destina-o ao uso exclusivo³ de determinadas pessoas, excepcionando-se, *a priori*, o direito ao espaço aéreo e ao de exploração mineral, além das legítimas delimitações decorrentes do direito de vizinhança.

Por outro lado, na perspectiva da denominada “tragédia dos baldios e dos antibaldios”, que trata do problema da falta e do excesso da apropriação, tanto privada quanto coletiva dos bens, Fernando Araújo (2008, p. 13) advoga pela ampliação conceitual da figura, porquanto:

[...] o conceito de propriedade passa a designar praticamente qualquer expediente (público, privado, costumeiro, formal, informal, contratual, regulatório) através do qual se tenta esbater a tensão e divergência entre custos e benefícios individuais e sociais – uma funcionalização extrema, insista-se, que diverge totalmente da tradicional concepção absolutizadora da apropriação.

Dessa maneira, em outras palavras, poder-se-ia entender que, para o ramo do Direito em comento, o patamar ótimo de utilização do bem seja aquele em que o direito de propriedade possa ser exercido, mas nos limites dos ditames necessários para a consecução do bem-estar social.

Outrossim, de certa forma, é possível afirmar que as limitações do direito urbanístico à propriedade podem ser contempladas, na perspectiva econômica, como ensejadoras de vantagens ao proprietário, enquanto membro da coletividade beneficiada pela política urbanística. Isso, pois, assim como as limitações decorrentes do direito de vizinhança são legítimas para a garantia da exclusividade do bem, o Direito Urbanístico garante a infraestrutura adequada disponível ao imóvel⁴ para o

³ Conforme Mackaay e Rousseau (2015, p. 230), “a exclusividade não precisa ser perfeita, mas deve, contudo, ser suficiente para barrar o superconsumo e para assegurar a remuneração da sua destinação para uso humano”.

⁴ Nessa perspectiva ampla de que a propriedade urbana constitui também um plexo de conexões à infraestrutura urbana, é importante verificar o conceito de lote de Castilho (2010, p. 122-123), segundo o qual “[...] lote é a unidade edilícia que envolve área de terreno urbano e infraestrutura cidadina conectada a ele, com equipamentos, instalações e serviços em funcionamento (e com manutenção permanente), destinados ao consumo coletivo”.

pleno exercício do direito de propriedade em um contexto de busca pelo bem-estar coletivo.

3.2. As prerrogativas municipais de limitação ao direito de propriedade

Nesse aspecto, em decorrência da função social que a propriedade deverá atender, algumas limitações ou restrições urbanísticas são impostas a esse direito, no tocante “às faculdades de fruição, de modificação e de alienação da propriedade, no interesse da ordenação do território” (SILVA, 2010, p. 394). O direito de fruição, relativo à possibilidade de o proprietário obter todas as vantagens que a propriedade possa conceder, abarca o uso da propriedade, como também a ocupação do bem. A modificabilidade diz respeito à alteração da coisa, a exemplo do arruamento, do loteamento, do desmembramento, do desdobro do lote e das coisas tombadas. Enfim, a alienabilidade tem sua representação no direito de preferência à aquisição de propriedade urbana por um ente federativo. Para José Afonso da Silva (2010, p. 394) são condições para o exercício das faculdades de limitação “a generalidade, a executoriedade, a razoabilidade, a não-confiscatoriedade”.

Por outro lado, Hely Lopes Meirelles (2001, p. 486) diferencia os conceitos de restrições, de natureza de direito civil, das limitações, com fundamento em direito público, a saber:

As limitações urbanísticas são preceitos de ordem pública. Derivam do poder de polícia, que é inerente e indissociável da Administração. Exteriorizam-se em limitações de uso da propriedade ou de outros direitos individuais, sob a tríplice modalidade positiva (fazer), negativa (não fazer) ou permissiva (deixar fazer). Distinguem-se das limitações civis, comumente chamadas restrições de vizinhança, que visam à proteção da propriedade particular em si mesma e à segurança, ao sossego e à saúde dos que habitam (CC, arts. 554-588). Ambas incidem sobre bens e atividades privadas, mas com finalidades diversas: as restrições civis amparam os vizinhos, reciprocamente considerados nas suas relações individuais; as limitações urbanísticas protegem a coletividade na sua generalidade. Uma e outras condicionam o uso da propriedade, restringem direitos individuais, coartam atividades particulares, tolhem a liberdade de construção, mas em nome de interesses diferentes. Por isso mesmo a competência para editá-las é diversa, como diversos são os instrumentos em que se podem corporificar e diversas são as condições em que atuam.

Independentemente da corrente doutrinária terminológica a que se filie⁵, as limitações devem ser gerais. Logo, de acordo com Silva (2010, p. 397), “não importam

⁵ O autor opta pela designação limitações e restrições como equivalentes.

ônus para o Poder Público, pois, por princípio, as restrições não são indenizáveis”; caso contrário, tornam-se passíveis de indenização.

Destarte, o rompimento do equilíbrio entre o direito de propriedade e a sua restrição, a limitação não pode perdurar, ressalvada a possibilidade de indenização compensatória pertinente. Na sistemática brasileira, segundo José Afonso da Silva (2010, p. 398), “a restrição que chegue a esses limites de sacrifício da propriedade resolve-se no que se chama desapropriação indireta, com pertinente indenização que componha todos os prejuízos sofridos pelo proprietário”.

Sob outra perspectiva doutrinária, mas que reafirma o posicionamento da generalidade das limitações, deve-se observar o contorno conceitual da regulação local de infraestruturas urbanas, considerada por Thiago Marrara (2007, p. 269-270) como:

[...] o conjunto de normas expedidas pelos Municípios, nos limites de suas competências constitucionais, como expressão do planejamento urbano, de seu poder de polícia ou dos poderes inerentes à propriedade municipal, a fim de prevenir os conflitos potencialmente gerados pelas infra-estruturas e, ainda, fazer que elas cumpram suas funções sociais.

Essa regulação, de acordo com o mencionado autor, deve ocorrer de modo horizontal, ou seja, sem distinção quanto aos agentes que serão regulados pela atividade estatal. Trata-se, pois, da consagração da generalidade ou horizontalidade no exercício de tal competência do município.

4. A Súmula Vinculante 49 do STF

De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF, lastreando-se em casos subjacentes nos quais foram declaradas inconstitucionais leis de municípios paulistas que estabeleciam raio (distância mínima) para a instalação de farmácias no território dos referidos entes⁶, editou-se súmula sob a numeração 646, segundo a qual “ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”. Posteriormente, em 17 de junho de 2015, foi aprovada a conversão da disposição acima na Súmula Vinculante número 49, do STF, em redação idêntica à anterior, mas com os efeitos de vinculação no tocante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, a teor do artigo 2º, da Lei n. 11.417/2006.

⁶ Recurso Extraordinário n. 193.749-1 São Paulo, de Relatoria do Min. Carlos Velloso, julgado em 04 de junho de 1998; Recurso Extraordinário n. 198.107-5 São Paulo, de Relatoria do Min. Moreira Alves, em julgado em 08 de junho de 1999; Recurso Extraordinário n. 213.482-1 São Paulo, de relatoria do Min. Ilmar Galvão, julgado em 04 de agosto de 1998; Recurso Extraordinário n. 199.517-3 São Paulo, de relatoria do Min. Maurício Corrêa, julgado em 04 de junho de 1998.

4.1. *Dos fundamentos jurisprudenciais*

Entre as inúmeras decisões acerca da matéria, considerando-se os fundamentos mais relevantes para o presente estudo, destacam-se:

[...] 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 arbirtário dos lucros'. (art. 173, § 4º)." (RE 193749, Relator Ministro Carlos Velloso, Redator para acórdão Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgamento em 4.6.1998, DJ de 4.5.2001).

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. (STF - RE: 199517 SP, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 04/06/1998, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 13-11-1998 PP-00015 EMENT VOL-01931-03 PP-00608)

Nota-se, portanto, basicamente os seguintes argumentos para a configuração da inconstitucionalidade das normas analisadas em cada recurso, que posteriormente serviram de substrato para a edição das súmulas supramencionadas: a) limitação geográfica viola o princípio da livre concorrência, considerado como uma manifestação do princípio da livre iniciativa econômica; b) a edição de lei municipal dessa natureza viabiliza a concentração capitalista, de modo a assegurar o lucro da empresa já estabelecida, em detrimento das demais iniciativas econômicas.

O primeiro argumento, de viés principiológico constitucional reverencia diretamente o princípio da livre concorrência, previsto no artigo 170, inciso IV da Constituição Federal, tendo o seu conceito de desdobramento da livre iniciativa sido inspirado na lição de Eros Grau (2004, p. 236), segundo a qual:

[l]ivre concorrência, então – e daí porque não soa estranho nem é instigante a sua consagração como princípio constitucional, embora desnecessária (bastava, nesse sentido, o princípio da livre iniciativa) –, significa liberdade de concorrência, desdobrada em liberdades privadas e liberdade pública.

Quanto ao segundo argumento, também fundamentado nos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, possui elementos bastante pertinentes de um aprofundamento pela Análise Econômica do Direito, que serão observados item seguinte. De todo modo, pela lógica decorrente da própria sistemática legal, verifica-se que a limitação geográfica implicará em redução real ou potencial do número de concorrentes no mercado, o que diminuiria sensivelmente o nível de competitividade e a própria existência da liberdade de concorrência no mercado, enquanto princípio da ordem econômica constitucional.

4.2. Dos elementos da Análise Econômica do Direito

Por vezes, o ramo jurídico em questão pode não somente refutar argumentos que consubstanciam uma decisão judicial, mas também reafirmar, sob uma perspectiva econômica, os fundamentos jurídicos para o julgamento, enquanto decisão mais adequada diante da racionalidade dos agentes. No presente caso, trata-se da segunda hipótese, em que o conteúdo da súmula edita pelo STF se coaduna com uma visão econômica do ordenamento jurídico pátrio.

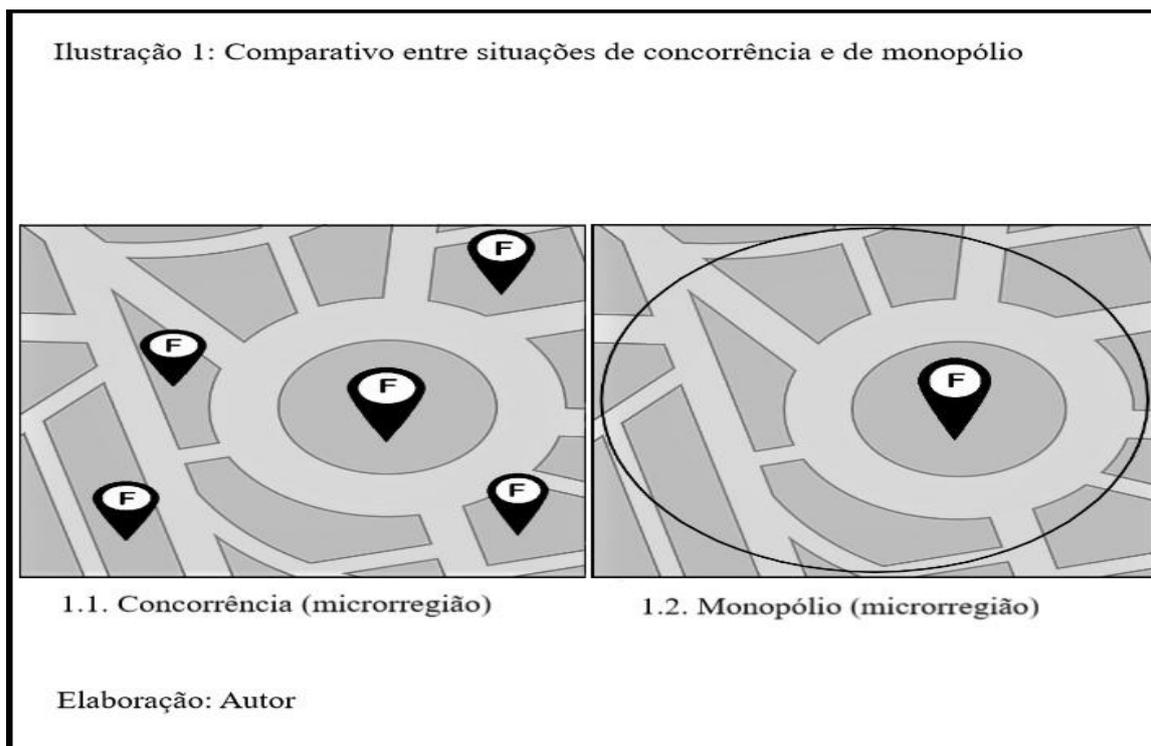
Primeiramente, o que a jurisprudência designa de concentração capitalista configura uma concentração de mercado gerada pelo componente normativo injustificável⁷, uma vez que o ambiente de concorrência em uma microrregião específica do município, tomada individualmente como aquela em que se impõe a “lei-raio”⁸ de limitação geográfica, passa a sofrer uma alteração. Hipoteticamente, partindo-se de uma situação na qual existiam algumas farmácias que competiam entre si⁹, passa a dispor, por exemplo, de apenas uma empresa atuando em determinada microrregião (Ilustração 1). Então, transmuda-se de uma figura de mercado concorrencial, com inúmeros concorrentes competindo no mercado, para um único agente econômico, cuja manutenção de sua exclusividade na localização estabelecida constitui um verdadeiro monopólio¹⁰ microrregional.

⁷ Existem monopólios justificáveis, em derivação de dispositivo legal, a exemplo das patentes.

⁸ Em alusão à “cláusula de raio”, que rege alguns negócios jurídicos de natureza privada.

⁹ É importante salientar que, ainda que não existam competidores atuais no mercado geográfico para o produto ou serviço em questão, a potencialidade de sua existência pode viabilizar a existência de um mercado com preços a níveis competitivos, em detrimento de lucros extraordinários. Nesse sentido, observar a teoria dos mercados contestáveis, em Baumol (1982).

¹⁰ Segundo Posner (2001, p. 9), “[a] monopolist is a seller (or group of sellers acting like a single seller) who can change the price at which his product will sell in the market by changing the quantity that he sells. Concretely, by reducing his output he can raise his price above the cost of supplying the market, which is the price level that competition would bring about, the competitive price”.



Ocorre que a concentração econômica em tela consiste em uma falha na estrutura do mercado¹¹, porquanto viabiliza a prática de preços mais elevados¹², com vistas ao alcance do denominado preço de monopólio. Este, por sua vez, representa em uma prática de preços que abarca a transferência de bem-estar dos consumidores para o produtor¹³, ao tempo em que alguns dos consumidores, por não estarem dispostos a pagar valores maiores pelo recurso, afastam-se do mercado, o que ocasiona a redução no volume de transações (ARAÚJO, 2014, p. 349). Então, a mencionada situação configura-se ineficiente, sob a perspectiva do princípio da maximização do excedente do consumidor, em que os ganhos devem ser distribuídos em favor dos consumidores (FREIRE, 2008, p. 808).

Entretanto, o ente público que concebeu essa legislação poderia indagar, por exemplo, que, no caso das farmácias, a disseminação de unidades ao longo de todo o município traria um maior benefício à população, sobretudo em regiões desprovidas de empresas dessa natureza. Logo, a presença de uma legislação que imponha uma limitação geográfica para a implementação de estabelecimentos farmacêuticos seria de grande relevância para a realização do próprio direito social à saúde, consagrado no artigo 6º, da Constituição Federal.

¹¹ Na falha de mercado, percebe-se a ausência de um pressuposto do mercado, de modo que (Nusdeo, 2014, p. 142) “a mecânica operacional do sistema passava a rodar em falso, produzindo resultados também falhos, distanciados do esperado e, em muitos casos, francamente inaceitáveis”

¹² Nusdeo (2014, p. 153) considera, no contexto da falha de mercado de concentração econômica, que “a alta de preços provenientes de um aumento da procura não necessariamente levará a um aumento da oferta, pelo simples fato de ser mais fácil para as poucas unidades nele atuantes conluiarem-se e elevarem mais os preços”.

¹³ A transferência do bem-estar ocorre em razão da transferência do excedente do consumidor (a diferença econômica entre o que está disposto a pagar pelo bem e o que efetivamente paga) para o produtor.

No entanto, a racionalidade do agente econômico, a despeito de ser limitada, é egoística¹⁴, de modo que esse somente instalará novas unidades nos locais onde considerar rentáveis economicamente para a empresa. Dito isso, em um contexto sem delimitações geográficas, se estivesse disposto a abrir novas unidades no município, dentro de uma mesma microrregião onde já existam outros concorrentes, na sistemática limitativa, poderia optar por não expandir a rede, se não restarem espaços urbanos economicamente convenientes para a racionalidade do lucro.

Por conseguinte, o ambiente que era caracterizado por um monopólio microrregional pode se tornar ainda mais concentrado, em um mercado local (município), se considerada a potencialidade ou a existência prévia de instalação de estabelecimentos comerciais dessa natureza, que estariam ou estavam localizados dentro do raio estabelecido pela lei.

Assim sendo, a despeito de a norma legal, em tese, poder ter o intento de ampliar o mercado geograficamente considerado de atuação de uma empresa ou de um segmento econômico, a restrição de localização a apenas um agente dentro de um raio espacial não somente implica em uma violação constitucional, mas ao próprio funcionamento regular do mercado e aos benefícios dele decorrentes para a sociedade capitalista. Isso, porque o agente econômico não responde ao estímulo normativo na conformidade do interesse expressamente referido pelo legislador, mas em conformidade com a sua racionalidade, na busca de maximização dos ganhos econômicos. Então, se não for economicamente viável, não haverá investimento na conformidade da idealização do legislador.

5. A alternativa para a intervenção constitucional do Município: o poder de propulsão

Ante a inconstitucionalidade decorrente da imposição de limitação geográfica para a instalação de estabelecimento comercial no município, em caso de a política urbanística desse ente federativo entender pela importância na abertura de unidades empresariais em determinadas regiões municipais, nota-se que o elemento de maior adequação da política ao comportamento das empresas encontra-se na concessão de incentivos aos agentes econômicos. Afinal, Meirelles (2001, p. 478) defende que:

Nessa mesma linha constitucional, o Município pode e deve, nos limites de sua competência, controlar e incentivar o progresso no seu território em todos os setores de interesse local. Claro está que não

¹⁴ Trata-se de uma generalização do modelo de escolha racional, quanto ao comportamento humano, de modo a supor que este sempre escolherá a opção entre as disponíveis que ofereça a maior satisfação. No entanto, essa racionalidade tem suas limitações decorrentes da escassez de tempo, de matéria e de comportamento que o sujeito dispõe para obter informações e escolher um comportamento adequado para as condições que o ambiente lhe impõe, como observado por Heiner (1983). Enfim, Araújo (2014, p. 84) arremata que “o egoísmo é um dos pilares do modelo básico da moderna ciência econômica”, até mesmo podendo ser aplicada em atitudes altruístas (egoísmo de segundo grau), em que se apela para o aspecto moral da reciprocidade ou da gratidão.

lhe cabe intervir no domínio econômico, nem editar normas de direito material que restrinjam as atividades lícitas de seus municípios [...] Mas a ação incentivadora do desenvolvimento da comunidade local é dever indeclinável do Município.

Destarte, a doutrina municipalista de Hely Lopes Meirelles (2001, p. 477) prevê o instituto do poder de propulsão, em contraposição ao poder proibitivo, que consiste na “[...] na faculdade de que dispõe o Município para impulsionar o desenvolvimento local, através de medidas governamentais de sua alçada. É, pois, toda ação incentivadora de atividades particulares lícitas e convenientes à coletividade”.

Nesse diapasão, pode-se viabilizar, como forma de incentivo à atividade empresarial, instrumentos tributários ou financeiros. Para Dallari (2010, p. 79-80), ao tratar do Estatuto da Cidade, afirma que:

Por último, a Lei 10.257/2001 destaca como instrumento tributário ou financeiro de política urbana os incentivos e benefícios fiscais e financeiros. Possivelmente isso foi lembrado como um contraponto à progressividade do IPTU. Ou seja, para lembrar que tanto o aumento como a diminuição da carga tributária podem ser instrumentos de atuação urbanística.

Conquanto exista essa possibilidade do poder de propulsão, é importante salientar a advertência de Dallari (2010, p. 80) acerca da utilização desses mecanismos, para a exigência de “[...] um exame cuidadoso das circunstâncias do caso concreto, levando-se em consideração também outros princípios e preceitos integrantes do sistema jurídico, para que se possa dizer uma palavra final sobre a perfeita correção de seu uso”.

5.1. A correlata heterodisciplina de incentivos

Nessa mesma linha de entendimento, mas em outras palavras, se o interesse público for a capilarização de determinada atividade econômica por todo o município, a alternativa mais interessante para a Análise Econômica do Direito não seria a heterodisciplina (disciplina da norma legal) direta, através de comandos atuação das empresas, mas a coordenativa de comportamento dos agentes do mercado, por meio dos denominados incentivos à atividade econômica em determinadas microrregiões. Dessa maneira, Fernando Araújo (2007, p. 121) entende que:

[...] nesta ponderação de custos e benefícios que se insinua a preferência da Análise Econômica do Direito pela via dos incentivos, a sua insistência na ideia de que é incomensuravelmente mais cara, e por isso (em termos líquidos) menos eficiente, a interferência directa, através de <<comandos>>, na formação de preferências individuais [...]

Outrossim, a alternativa para a consecução de eventual objetivo local de fomento à expansão ao longo do território urbano de uma atividade econômica que a doutrina municipalista designa de poder de propulsão, na perspectiva da Análise Econômica do Direito, adequa-se à denominada heterodisciplina de incentivos. Então, a inconstitucionalidade da norma municipal que limita geograficamente a implantação de empreendimentos no ente federativo se coaduna com a perspectiva econômica de necessidade de coordenação da atuação dos agentes econômico por via dos incentivos, sob pena de ocasionar distorções ao mercado, notadamente as falhas desse, em prejuízo do consumidor. Contudo, torna-se relevante ressaltar que a escolha pela política de incentivos deve ser pautada em uma análise conjuntural do mercado e dos objetivos da política urbana local, em prevenção à ocorrência de outras distorções no mercado e nas finanças públicas.

6. Conclusão

O Direito Urbanístico tem fundamental papel na sistemática constitucional vigente, tendo o município um papel de grande relevância para a concepção e a implementação de uma política urbanística com vistas ao bem-estar social. Todavia, a atuação desse ente tem limitações de ordem constitucional, de modo que é vedado ao município impedir a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área, conforme ficou consagrado o entendimento jurisprudencial em súmula vinculante do STF. A legislação que contém a norma impeditiva mencionada, portanto, deve ser considerada inconstitucional, por violação à Constituição Federal, notadamente o princípio da livre concorrência, que traz no seu âmago o da livre iniciativa.

Por outro lado, a partir da Análise Econômica do Direito, notou-se que a violação constitucional reconhecida na Súmula Vinculante n. 49, do STF, tem uma explicação clara do ponto de vista da concorrência, sobretudo em razão do prejuízo aos consumidores. Assim, o impedimento de instalação de empresas do mesmo ramo em determinada área não atende à horizontalidade das políticas urbanísticas e viola a livre concorrência, porque cria monopólios, que não mais concorrem em favor dos consumidores, mas passam a praticar preços monopolistas. Esses, por sua vez, pressupõem a apreensão do excedente do consumidor, fato que enseja a ineficiência do mercado em causa.

Enfim, tendo como parâmetro a racionalidade empresarial de maximização dos lucros, na hipótese de o ente municipal entender pela necessidade de promoção de uma atividade econômica em determinados espaços locais, esta deverá ocorrer a partir de uma política de incentivos, notadamente tributários, no exercício de poder de propulsão do Município. Entretanto, o exercício desse poder requer certa cautela, para que o uso seja condizente com os anseios da política urbanística local, ou com outros interesses municipais.

7. Referências bibliográficas

- ARAÚJO, Fernando. *A tragédia dos baldios e anti-baldios*. Coimbra: Almedina, 2008.
- _____. *Introdução à economia*. 3a. ed. 4a. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2014.
- _____. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- BAUMOL, William J. *Contestable markets: an uprising in the theory of industry structure*. *The American Economic Review*, vol. 72, n. 1 (mar., 1982), p. 1-15. Disponível em: <<http://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/Baumol-contestableMkts.pdf>>. Acesso em: 12 de novembro de 2016.
- CASTILHO, José Roberto. *Disciplina urbanística da propriedade*, 3ª ed. São Paulo: Pillares, 2010.
- CASTRO, Sonia Rabello de. *Algumas formas diferentes de se pensar e de reconstruir o direito de propriedade e os direitos de posse nos 'países novos'*. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 77-100.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Instrumentos da política urbana (art. 4º)*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 3ª. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- DI SARNO, Daniela Campos Libório. *Competências urbanísticas (arts. 3º e 51)*. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. *Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/2001*. 3ª. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. *Eficiência económica e restrições verticais: os argumentos de eficiência e as normas de defesa da concorrência*. Lisboa: AAFDL, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- HEINER, Richard A. *The origin of predictable behavior*. *American Economic Review*, 1983, vol. 73, n. 4, p. 560-95. Disponível em: <<http://www2-serv.ww.uni-magdeburg.de/bizecon/material/heiner.1983.pdf>>. Acesso em 30 de outubro de 2016.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. Sztajn, Rachel (trad.), 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARRARA, Thiago. *Bens públicos, domínio urbano, infra-estruturas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 8ª ed. rev., atual., amp. São Paulo: RT, 2014.

POSNER, Richard. *Antitrust Law*. 2a. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6ª. Ed. São Paulo: Malheiros: 2010.

_____. *Disciplina jurídico-urbanística da propriedade urbana*. Revista de Direito Público. São Paulo: USP, 1980, p. 227-238.