



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Registro: 2014.0000829548

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Direta de Inconstitucionalidade nº 0005604-88.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor SINDICATO DE HOTEIS E RESTAURANTES BARES E SIMILARES DE CAMPINAS E REGIAO, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CAMPINAS e PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAMPINAS.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOSÉ RENATO NALINI (Presidente), EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, ROBERTO MORTARI, FRANCISCO CASCONI, PAULO DIMAS MASCARETTI, VANDERCI ÁLVARES, ARANTES THEODORO, TRISTÃO RIBEIRO, ANTONIO CARLOS VILLEN, ADEMIR BENEDITO, LUIZ ANTONIO DE GODOY, NEVES AMORIM, BORELLI THOMAZ, JOÃO NEGRINI FILHO, JOSÉ DAMIÃO PINHEIRO MACHADO COGAN, EROS PICELI, ELLIOT AKEL, GUERRIERI REZENDE E ANTONIO CARLOS MALHEIROS.

São Paulo, 3 de dezembro de 2014

FERREIRA RODRIGUES

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Voto nº 27.719

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0005604-88.2013.8.26.0000

Requerente: Sindicato de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares de Campinas e Região

Requerido: Prefeito Municipal e Presidente da Câmara Municipal de Campinas

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 14.524, de 05 de dezembro de 2012, do Município de Campinas, que “dispõe sobre a obrigatoriedade dos Restaurantes e Similares em conceder descontos e/ou meia porção para pessoas que realizaram cirurgia bariátrica ou qualquer outra gastroplastia na forma que especifica e dá outras providências”.

OFENSA AO PRINCÍPIO FEDERATIVO. Reconhecimento. A lei impugnada usurpou a competência da União para legislar sobre direito comercial (art. 22, inciso I) e sobre relação de consumo (art. 24, inciso V, ambos da Constituição Federal), neste último caso concorrentemente com o Estado, daí o reconhecimento de inconstitucionalidade da norma por ofensa ao princípio federativo.

É importante ressaltar, sob esse aspecto, que a lei em questão concede o benefício para pessoas de dentro do município ou de fora dele, não se tratando, portanto, de norma que discipline assunto predominantemente local na acepção do art. 30, inciso I, da Constituição Federal, principalmente quando se nota que a questão referente à situação especial das pessoas submetidas à cirurgia bariátrica é de ordem geral, devendo eventual disciplina sobre o assunto ter abrangência nacional ou regional, já que “a competência constitucional dos municípios de legislar sobre interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição das competências, atribui à União ou aos Estados” (RT 851/128).

VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA. Reconhecimento. Ao impor aos estabelecimentos comerciais a obrigação de conceder desconto de 50% em relação ao preço original ou a fornecer meia porção (gratuitamente ou paga), a lei impugnada - a pretexto de promover incentivo às pessoas que foram submetidas à cirurgia bariátrica - acaba por afrontar o princípio da livre iniciativa, uma vez que concede benefício a um grupo determinado de pessoas, à custa do empresariado e em situação em que não se exige essa intervenção, e ainda sem qualquer contrapartida, ou seja, na verdade, o Estado não está promovendo uma ação social, mas impondo ao particular a obrigação de promovê-la, o que justifica, aqui, o uso da expressão popular de que não se deve fazer “cortesia com chapéu alheio”



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

para, em poucas palavras, reconhecer e debelar esse sentido obscuro da norma. “Ao Estado, e não à iniciativa privada, cabe desenvolver ou estimar práticas redistributivas ou assistencialistas. É do Poder Público a responsabilidade primária. Poderá desincumbir-se dela por iniciativa própria ou estimulando comportamentos da iniciativa privada que conduzam a esses resultados, oferecendo vantagens fiscais, financiamentos, melhores condições de exercício de determinadas atividades, dentre outras formas de fomento” (“A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E OS LIMITES À ATUAÇÃO ESTATAL NO CONTROLE DE PREÇOS”, Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 14, maio, junho e julho/2008, Salvador/BA).

Por fim, é importante considerar que a lei impugnada, além dos vícios apontados, também ofende o princípio da razoabilidade, na medida em que cria um ônus desnecessário para os empresários, considerando que, para o período pós-operatório, em casos de cirurgia bariátrica, a literatura médica recomenda aos pacientes a reeducação alimentar, vale dizer, prioriza principalmente a qualidade e não só a quantidade de alimentos (porção inteira ou meia porção).

Ademais, a norma não tem por objetivo assegurar o exercício de garantias constitucionais, como, por exemplo, o direito à educação, à cultura e à ciência (art. 23, inciso V, da Constituição Federal), de forma a justificar a intervenção estatal, tal como nos casos de concessão de meia entrada aos estudantes para ingresso em cinemas e teatros, mas, simplesmente, procura conferir maior conforto e atenção aos pacientes que se submeteram à cirurgia bariátrica, cuja providência, entretanto, mesmo que fosse exigível e necessária do ponto de vista constitucional, deveria ser promovida pelo Estado, e não às custas da iniciativa privada, e ainda mais por meio coercitivo. INCONSTITUCIONALIDADE MANIFESTA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo *SINDICATO DE HOTEIS, RESTAURANTES, BARES E SIMILARES DE CAMPINAS E REGIÃO*, com pedido de liminar, tendo por objeto a Lei nº 14.524, de 05 de dezembro de 2012, do município de Campinas, que *“dispõe sobre a obrigatoriedade dos Restaurantes e Similares em conceder descontos e/ou meia porção para pessoas que realizaram cirurgia bariátrica ou qualquer outra gastroplastia na forma que especifica e dá outras providências”*. O autor alega que a norma impugnada ofende o princípio federativo e os princípios da livre iniciativa e livre concorrência, aplicáveis aos Estados e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Municípios por força da disposição do artigo 144 da Constituição Estadual.

Houve deferimento de liminar para suspender a eficácia da lei impugnada (fl. 114).

O Prefeito Municipal e o Presidente da Câmara Municipal de Campinas prestaram informações a fls. 81/84 e 126/133.

O Procurador Geral do Estado foi citado (fls. 139/140) e apresentou manifestação a fls. 142/144, alegando que os dispositivos da lei impugnada versam sobre matéria exclusivamente local, motivo por que não tem interesse na causa.

A douta Procuradoria de Justiça, com as considerações de fls. 145/156, opinou pela procedência da ação.

É o relatório.

A lei acoimada de inconstitucional é aquela constante do documento de fls. 114/115, redigida da seguinte forma:

“Art. 1º. Ficam os restaurantes e similares que servem refeições ‘a La carte’ e/ou ‘porções’ obrigados a oferecerem desconto de 50% (cinquenta por cento) no preço das mesmas e/ou servirem meia porção para as pessoas que tenham o estômago reduzido através de cirurgia bariátrica ou qualquer outra gastroplastia.

Art. 2º. Ficam os restaurantes e similares que servem refeições a ‘rodízio’ obrigados a concederem desconto de 50% (cinquenta por cento) no preço das mesmas para as pessoas que tenham o estômago reduzido através de cirurgia bariátrica ou qualquer



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

outra gastroplastia.

Art. 3º. Excetua-se do disposto nesta Lei o consumo de sucos e bebidas.

Art. 4º. Para ter direito ao benefício de que trata a presente Lei, o interessado deverá comprovar sua condição através da apresentação de laudo médico ou declaração de médico responsável devidamente inscrito no Conselho Regional de Medicina.

Art. 5º. Os restaurantes e similares ficam obrigados a fixar cartaz ou placa com ampla divulgação dos direitos estabelecidos nesta Lei com os seguintes dizeres:

Lei Municipal nº.....

“Este estabelecimento concede descontos e/ou meia porção para as pessoas que realizaram cirurgia bariátrica ou qualquer outra gastroplastia”.

Art. 6º. A inobservância no disposto nesta Lei caberá ao infrator às sanções previstas no artigo 56 da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor, aplicáveis na forma de seus artigos 57 a 60.

Art. 7º. O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no que couber.

Art. 8º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

A norma não é muito clara no que se refere ao fornecimento de “meia porção”, mas permite o seguinte entendimento: ou o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

estabelecimento comercial (independentemente de qualquer contrapartida) fornece porção inteira e concede desconto de 50% às pessoas que foram submetidas à cirurgia bariátrica ou fornece meia porção (sem cobrar por essa metade ou cobrando proporcionalmente),

A inconstitucionalidade, em qualquer dessas hipóteses, é manifesta.

Em primeiro lugar, ao impor aos estabelecimentos comerciais (restaurantes, lanchonetes e similares) a obrigação de conceder desconto de 50% ou de fornecer meia porção às pessoas que tenham sido submetidas à cirurgia bariátrica ou qualquer outra forma de gastroplastia, a lei impugnada usurpou a competência da União para legislar sobre direito comercial (art. 22, inciso I) ou sobre relação de consumo (art. 24, inciso V, ambos da Constituição Federal), neste último caso concorrentemente com o Estado, daí o reconhecimento de inconstitucionalidade da norma por ofensa ao princípio federativo.

Não custa lembrar que a lei em questão concede o benefício para pessoas de dentro do município ou de fora dele, sem qualquer distinção, não se tratando, portanto, de norma que discipline assunto predominantemente local na acepção do art. 30, inciso I, da Constituição Federal, principalmente quando se nota que a questão referente à situação especial das pessoas submetidas à cirurgia bariátrica é de ordem geral, devendo eventual disciplina sobre o assunto, portanto, ter abrangência nacional ou regional, já que *“a competência constitucional dos municípios de legislar sobre interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição das competências, atribui à União ou aos Estados”* (RT 851/128).

Não bastasse, é importante considerar, também, que ao



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

impor aos estabelecimentos a obrigação de conceder desconto de 50% em relação ao preço original ou de fornecer meia porção (gratuitamente ou paga), a lei impugnada - a pretexto de promover incentivo às pessoas que foram submetidas à cirurgia bariátrica – acaba por afrontar o princípio da livre iniciativa (art. 170 da Constituição Federal), uma vez que concede benefício a um grupo determinado de pessoas, à custa do empresário e em situação em que não se exige essa intervenção, e ainda sem qualquer contrapartida, ou seja, na verdade, o Estado não está promovendo uma ação social, mas impondo à iniciativa privada a obrigação de promovê-la, o que justifica, aqui, o uso da expressão popular de que não se deve fazer *“cortesia com chapéu alheio”* para, em poucas palavras, reconhecer e debelar esse sentido obscuro da norma.

Como bem ressaltou Luís Roberto Barroso “ *o que o Estado não pode pretender, sob pena de subverter os papéis, é que a empresa privada, em lugar de buscar o lucro, oriente sua atividade para consecução dos princípios-fins da ordem econômica como um todo, com sacrifício da livre-iniciativa. Isto seria dirigismo, uma opção por um modelo historicamente superado. O Poder Público não pode supor, e.g., que uma empresa esteja obrigada a admitir um número ‘x’ de empregados, independentemente de suas necessidades, apenas para promover o pleno emprego. Ou ainda que o setor privado deva compulsoriamente doar produtos para aqueles que não têm condições de adquiri-los, ou que se instalem fábricas obrigatoriamente em determinadas regiões do País, de modo a impulsionar seu desenvolvimento. Ao Estado, e não à iniciativa privada, cabe desenvolver ou estimar práticas redistributivas ou assistencialistas. É do Poder Público a responsabilidade primária. Poderá desincumbir-se dela por iniciativa própria ou estimulando comportamentos da iniciativa privada que conduzam a esses resultados, oferecendo vantagens fiscais, financiamentos, melhores condições de exercício de determinadas atividades, dentre outras formas de fomento*” (“A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E OS LIMITES À ATUAÇÃO ESTATAL NO CONTROLE DE PREÇOS”, Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 14, maio, junho e julho/2008, Salvador/BA).

Nessa linha, é correto afirmar que a adesão da iniciativa



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

privada aos objetivos colimados pelo Estado no sentido de promover alguma ação ou benefício social, deve se dar de forma opcional, e não por meio de medida coercitiva, como ocorre no presente caso, pois, dessa forma o Legislador está obrigando o particular, fora de qualquer situação de excepcionalidade ou anormalidade, a cumprir uma responsabilidade que, na verdade, é do próprio Estado.

Nesse particular é elucidativa a lição de Eros Grau:

“No caso das normas de intervenção por indução defrontamo-nos com preceitos que, embora prescritivos (deonticos), não são dotados da mesma carga de cogência que afeta as normas de intervenção por direção. Trata-se de normas dispositivas. Não, contudo, no sentido de suprir a vontade do seu destinatário, porém, na dicção de Modesto Carvalhosa, no de 'levá-lo a uma opção econômica de interesse coletivo e social que transcende os limites do querer individual'. Nelas, a sanção, tradicionalmente manifestada como comando, é substituída pelo expediente do convite (...). Ao destinatário da norma resta aberta a alternativa de não se deixar por ela seduzir, deixando de aderir à prescrição nela vinculada. Se adesão a ela manifestar, no entanto, resultará juridicamente vinculado por prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão. Penetramos, aí, o universo do direito premial” (“A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988”, 1990, p. 164).

Assim, se o Estado pretende promover algum benefício com participação da iniciativa privada, deve, em primeiro lugar, criar mecanismos de incentivo para obter as adesões necessárias, e não impor diretamente ao particular a responsabilidade pelo cumprimento de suas escolhas políticas, pois, conforme entendimento jurisprudencial *“com o advento da Constituição Federal de*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

1988, tornou-se enfaticamente explícito que nem mesmo o planejamento econômico feito pelo Poder Público para algum setor de atividade ou para o conjunto deles pode impor-se como obrigatório para o setor privado. É o que está estampado, com todas as letras, no art. 174: 'Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (...)' (Celso Antonio Bandeira de Mello, in "Curso de Direito Administrativo", 14ª ed, Malheiros, 2002, p. 619/620). Ou seja, "a dicção categórica do artigo deixa explícito que, a título de planejar, o Estado não pode impor aos particulares nem mesmo o atendimento às diretrizes ou intenções pretendidas, mas apenas incentivar, atrair os particulares, mediante planejamento indicativo que se apresente como sedutor para condicionar a atuação da iniciativa privada" (Celso Antonio Bandeira de Mello, Liberdade de iniciativa. Intromissão estatal indevida no domínio econômico, 1999, in Revista de Direito Administrativo e Constitucional nº 1, p. 178/179).

No mesmo sentido a lição de Paulo Henrique Rocha Scott:

"...quanto ao setor econômico privado, o planejamento surge como uma ferramenta que induz, inspira, persuade alguém a realizar algo. Os agentes econômicos atuantes no setor privado aderirão aos propósitos do plano somente se for da sua conveniência ou, no caso de não haver vantagens explícitas e imediatas, se compreenderem a importância de participarem interativamente com o Estado na busca da concretização de algumas metas que trarão, ao final, resultados que justificarão a sua adesão (...) Em termos gerais, o planejamento indicativo da atividade econômica praticada no setor privado deve tão somente convidar a iniciativa particular a realizar algo que se compatibilize imediata ou mediatamente com as estratégias e ambições estatais, de maneira a produzir alguns resultados econômicos positivos" ("Direito Constitucional Econômico: estado e normalização da economia, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2000).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Por fim, é importante considerar que a lei impugnada, além dos vícios apontados, também ofende o princípio da razoabilidade, na medida em que cria um ônus desnecessário para os empresários, considerando que para o período pós-operatório, em casos de cirurgia bariátrica, a literatura médica recomenda aos pacientes a reeducação alimentar, vale dizer, prioriza principalmente a qualidade e não só a quantidade de alimentos (porção inteira ou meia porção).

Ademais, a norma não tem por objetivo assegurar o exercício de garantias constitucionais, como, por exemplo, o direito à educação, à cultura e à ciência (art. 23, inciso V, da Constituição Federal), de forma a justificar a intervenção estatal, tal como nos casos de concessão de meia entrada aos estudantes para ingresso em cinemas e teatros, mas, simplesmente, procura conferir maior conforto e atenção aos pacientes que se submeteram à cirurgia bariátrica, cuja providência, entretanto, mesmo que fosse exigível e necessária do ponto de vista constitucional, deveria ser tomada pelo Estado, e não às custas da iniciativa privada, e ainda mais por meio coercitivo.

Pelo exposto e em suma, pelo meu voto, julga-se procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 14.524, de 05 de dezembro de 2012, do município de Campinas, por ofensa às disposições do art. 22, inciso I, 170, "caput" e inciso IV, da Constituição Federal, aplicáveis aos municípios por força do artigo 144 da Constituição Estadual.

FERREIRA RODRIGUES
Relator



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo