

DA CONCESSÃO OBRIGATÓRIA DE DESCONTOS OU MEIA PORÇÃO PARA CONSUMIDORES SUBMETIDOS À CIRURGIA DE REDUÇÃO DE ESTÔMAGO

THE MANDATORY DISCOUNTS OR HALF PORTION FOR CONSUMERS SUBMITTED TO STOMACH REDUCTION SURGERY

Cláudio Kaminski Tavares¹

Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

ÁREA(S) DO DIREITO: direito econômico; direito constitucional; direito do consumidor.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo tecer considerações a respeito de decisão judicial proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que declarou a inconstitucionalidade da lei que obrigava os restaurantes e estabelecimentos similares a conceder descontos ou meia porção para pessoas submetidas à cirurgia de redução de estômago.

PALAVRAS-CHAVE: ordem econômica; livre iniciativa; intervenção do Estado; constitucionalidade.

ABSTRACT: *This paper aims to make considerations about judgment given by the Court of São Paulo, which declared the unconstitutionality of the law which required*

restaurants and similar establishments to grant discounts or half portion for people submitted to stomach reduction surgery.

KEYWORDS: *economical order; free enterprise; intervention of the State on the economical domain; constitutionality.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Resumo da decisão; 2 Análise crítica; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Summary of the decision; 2 Critical analysis; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Inicialmente, cumpre tecer algumas considerações acerca da relevância do tema tratado no presente trabalho. Primeiro, interessa mencionar que a Lei nº 5.511,

¹ Advogado. Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Integrante do Grupo de Pesquisa Empresa e Desenvolvimento Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), coordenado pelo Professor Dr. Ricardo Lupion. E-mail: claudio_tavares@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/2860002924682964>.

de 12 de agosto de 2013, do Município de Sumaré, foi fortemente inspirada na Lei nº 14.524, de 5 de dezembro de 2012, do Município de Campinas. Ambas, por sua vez, inspiraram a edição da Lei nº 5.537/2013, do Município de Americana.

Após o julgamento objeto de análise do presente trabalho, ambas as Leis do Município de Campinas e de Americana também foram declaradas inconstitucionais pelo Órgão Especial do Tribunal paulista, conforme julgamentos proferidos nos Processos nºs 2042147-22.2014.8.26.0000 e 0015556-91.2013.8.26.0000, respectivamente.

Não obstante, em que pese a referida declaração de inconstitucionalidade, tem-se notícia que municípios de outros Estados brasileiros editaram leis de teor semelhante, servindo como exemplo a Lei nº 11.746, de 19 de dezembro de 2014, do Município de Porto Alegre, capital do Estado do Rio Grande do Sul.

Portanto, dado o nítido intuito de promoção de direitos de parcela da sociedade que, em face de imperativo de saúde, foi obrigada a se submeter a procedimento cirúrgico para redução do estômago, bem como ante a flagrante intervenção no comércio municipal, ao impor, mediante lei, a concessão especial desconto especial, resta evidente que o assunto possui grande relevância, a qual, por si só, já justifica a análise do caso.

1 RESUMO DA DECISÃO

A decisão objeto de análise diz respeito ao acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2038277-66.2014.8.26.0000, julgada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em 3 de dezembro de 2014.

O caso apresentado versa sobre inconstitucionalidade da Lei nº 5.511, de 12 de agosto de 2013, do Município de Sumaré, que “dispõe sobre a obrigatoriedade dos restaurantes e similares em conceder descontos ou meia porção para pessoas que passaram por intervenção cirúrgica de redução de estômago, na forma que específica e dá outras providências”.

A referida ação direta de inconstitucionalidade foi proposta pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, aduzindo que a lei contestada era verticalmente incompatível com o ordenamento constitucional pátrio, na medida em que, ao dispor sobre a obrigatoriedade dos restaurantes e similares em conceder descontos e/ou meia porção para as pessoas que realizaram cirurgia bariátrica ou qualquer outra gastroplastia, ofende a repartição constitucional de competências e, por conseguinte, viola o princípio federativo.

Isso porque o proponente entende que, na hipótese em exame, o art. 22, I, da Constituição Federal² atribui privativamente à União legislar sobre norma que se reveste de nítido caráter comercial (direito civil). Não obstante, aponta que, por força do art. 144 da Constituição paulista^{3,4}, os Estados e Municípios também estão sujeitos aos princípios gerais da atividade econômica positivados na Constituição, de modo que não pode haver divórcio da iniciativa parlamentar da lei local com os preceitos da Constituição Federal, cuja observância é obrigatória.

Quanto ao mérito da questão, o Desembargador Relator Ferreira Rodrigues assinalou, inicialmente, que a norma acoimada de inconstitucionalidade não era muito clara no que se refere ao fornecimento de “meia porção”, de modo a permitir o entendimento de que ou o 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), sob pena de incorrer no pagamento de multa.

Nesse passo, entendeu o Relator que, independente do entendimento levado em consideração, a inconstitucionalidade da norma era manifesta. Aponta que, em primeiro lugar, ao impor aos estabelecimentos comerciais 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, da Constituição Federal) ou sobre relação de consumo (art. 24, inciso V, da Constituição Federal)⁵, neste último caso concorrentemente com o Estado, daí o reconhecimento de inconstitucionalidade da norma por ofensa ao princípio federativo.

² “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

[...]”

³ “Art. 144. Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.”

⁴ Impende referir que o dispositivo citado reproduz o texto do art. 29 da Constituição Federal de 1988.

⁵ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]”

V - produção e consumo;

[...]”

Não obstante, atenta o Relator para o fato de que a lei em discussão concede o benefício para pessoas de dentro do município ou de fora dele, sem qualquer distinção. Portanto, não se trata de norma que discipline assunto predominantemente local na acepção do art. 30, inciso I, da Constituição Federal⁶, sobretudo tendo em vista que a questão referente à situação especial das pessoas submetidas à cirurgia bariátrica é de ordem geral.

Por fim, assinala que ao impor aos estabelecimentos a obrigação de conceder desconto de 50% em relação ao preço original ou de fornecer meia porção, a lei em comento, a pretexto de promover incentivo às pessoas que foram submetidas à cirurgia bariátrica, acaba por afrontar o princípio da livre iniciativa. Isso porque o Município, em situação que não exige tamanha intervenção, concede benefício a um grupo determinado de pessoas as expensas dos empresários, sem lhes promover qualquer contrapartida.

Conclui apontando que, no caso em análise, o Estado não está promovendo uma ação social, mas, ao contrário, está impondo à iniciativa privada a obrigação de promovê-la. Para o julgador, “a adesão da iniciativa privada aos objetivos colimados pelo Estado no sentido de promover alguma ação ou benefício social, deve se der de forma opcional, e não por meio de medida coercitiva e com imposição de multa, como ocorre no presente caso”.

Assim, aduz ser importante considerar que a lei impugnada, além dos vícios já apontados, não tem por objetivo assegurar o exercício de garantias constitucionais, como, por exemplo, o direito à educação, à cultura e à ciência, de modo a justificar a intervenção estatal.

Nos termos do voto do Relator, resta claro o entendimento de que a referida lei municipal objetiva, tão somente, conferir maior conforto e atenção aos pacientes que se submeteram ao referido procedimento cirúrgico, de modo que tal providência, mesmo que fosse exigível e necessária do ponto de vista constitucional, deveria ser promovida pelo Estado, e não às custas da iniciativa privada, e, sobretudo, por meio coercitivo.

Assim, por unanimidade de votos, o Órgão Especial do egrégio Tribunal de Justiça paulista declarou, por unanimidade de votos, a inconstitucionalidade da Lei nº 5.511, de 12 de agosto de 2013, do Município de Sumaré, ante a ofensa

⁶ “Art. 30. Compete aos Municípios:
I - legislar sobre assuntos de interesse local;
[...]”

às disposições do art. 144 da Constituição paulista e dos arts. 22, inciso I, e 170, *caput* e inciso IV, da Constituição Federal⁷.

2 ANÁLISE CRÍTICA

Impende esclarecer, ainda que em apertada síntese, a possibilidade de ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade no âmbito da Justiça Estadual, objetivando a declaração de inconstitucionalidade de lei municipal.

A forma federativa de Estado adotada pela Constituição de 1988 dá ensejo, também, a uma modalidade de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade no âmbito dos Estados. O texto constitucional, mais especificadamente em seu art. 125, § 2^o, prevê a possibilidade da instituição de uma ação direta de inconstitucionalidade, no caso sendo impropriamente referida como representação, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição Estadual. Ademais, embora ausente a referência expressa no texto constitucional, a competência para processar e julgar, originariamente, a referida ação é do Tribunal de Justiça⁹.

Não obstante, as Constituições estaduais, em maior ou menor medida, disciplinaram o controle abstrato de constitucionalidade, de modo que, ao lado da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal, em que o controle de constitucionalidade recai sobre leis ou atos normativos federais ou estaduais e tem como parâmetro a Constituição Federal, há a jurisdição constitucional exercida pelos Tribunais de Justiça, cujo objeto de controle recai sobre leis e atos normativos estaduais e municipais, tendo como parâmetro de controle a Constituição Estadual¹⁰.

⁷ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...] IV - livre concorrência;

[...]”

⁸ “Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

[...]

§ 2^o Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.”

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 128.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1170.

Pois bem, retornando ao exame da decisão, é possível denotar que, conforme já explicitado, a declaração de inconstitucionalidade da referida lei funda-se em dois motivos: a violação ao princípio federativo e a violação ao princípio da livre iniciativa. Ou seja, em que pese não referir expressamente, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça entendeu que a lei em exame era *formal e materialmente* inconstitucional.

No caso, a inconstitucionalidade formal da referida lei se deve ao fato de, como bem ressaltou o julgador, o Município legislou sobre matéria de competência privativa da União. Isso porque, conforme leciona Luiz Guilherme Marinoni¹¹, a inconstitucionalidade formal deriva de defeito na formação do ato normativo, havendo vício de competência quando editada norma em matéria de competência privativa da União, conforme outorgado pelo art. 22 da Constituição Federal.

Conforme anota José Afonso da Silva¹², a forma federativa de Estado então adotada pelo Brasil surgiu com a Constituição norte-americana de 1787, baseada na união de coletividades políticas autônomas. O Brasil somente assumiu a forma de *Estado federal* em 1889, com a proclamação da República, tendo tal sistema se mantido nas Constituições posteriores.

Interessa a referida forma de organização do Estado na medida em que é entre as entidades componentes do Estado federal que se repartem as competências legislativas. Tal repartição é norteadada pelo princípio geral de predominância do interesse, segundo o qual cabe à União legislar sobre as matérias e questões de predominante interesse geral e nacional, cabendo aos Estados legislar sobre as matérias e assuntos de predominante interesse regional e, por fim, aos Municípios toca legislar sobre os assuntos de interesse local¹³.

Portanto, os assuntos mais relevantes e de interesse comum à vida social no País nos seus vários rincões estão enumerados no catálogo do já mencionado art. 22 da Constituição. Não obstante, cumpre recordar que seu parágrafo único prevê a possibilidade de lei complementar federal vir a autorizar que os Estados-membros legislem sobre as matérias ali relacionadas¹⁴.

¹¹ Idem, p. 776.

¹² SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 99.

¹³ Idem, p. 478.

¹⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 868.

Assim, revela-se acertada a decisão ao considerar que a lei municipal possui caráter e alcance nacional, na medida em que sua aplicação não se restringe somente à população do Município, bem como dispendo sobre o comércio de alimentos e o consumo, e não havendo qualquer autorização adequada a tanto, nos termos do parágrafo único do art. 22 da Constituição Federal, impossível não reconhecer que a referida lei invade a competência da União e extrapola a limitação imposta pelo art. 30, inciso I, da Constituição Federal, o que lhe torna, portanto, formalmente inconstitucional.

Contudo, a lei em questão também figura materialmente inconstitucional. Conforme assinala Luiz Guilherme Marinoni, a inconstitucionalidade material diz respeito à não conformação do conteúdo da lei para com as regras e os princípios constitucionais, de modo que a liberdade do legislador deve ser exercida dentro dos limites constitucionais¹⁵. No caso, consoante entendeu o Tribunal paulista, a discutida lei não está em consonância com a disciplina e os valores constitucionais, mais especificadamente no que tange à proteção da livre iniciativa.

Se comparada às suas antecessoras, inegável o fato de que a Constituição Federal de 1988 inovou, na medida em que não apenas estabeleceu a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica, nos termos do disposto no art. 170¹⁶, mas também referiu expressamente que a República Federativa do Brasil tem como um dos seus fundamentos “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”¹⁷.

Não obstante, no que tange à disciplina atinente à ordem econômica, interessa salientar que a Constituição de 1988 dispensou um longo tratamento, que vai dos arts. 170 a 192, motivo pelo qual Celso Ribeiro Bastos¹⁸ destaca que o

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 783.

¹⁶ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
[...]”

¹⁷ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
[...]”

¹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, v. 7, 1990. p. 13.

rol de princípios que a informam é bem mais amplo do que aquele contemplado na Constituição de 1969.

Em virtude de tal inovação, ou não, o fato é que o sentido atribuído pela doutrina à livre iniciativa difere em alguns aspectos. Primeiramente, impende ressaltar, conforme refere André Ramos Tavares¹⁹, que

a liberdade de iniciativa *econômica* não abarca, porém, em sua totalidade, a amplitude do princípio constitucionalmente garantido da liberdade de iniciativa. Em outras palavras, a liberdade de iniciativa não se resume à iniciativa econômica, englobando a iniciativa associativa, a iniciativa cooperativa e a iniciativa contratual.

Isso porque, conforme leciona Eros Grau, a livre iniciativa, considerada desde a perspectiva substancial, deve ser entendida tanto como resistência ao poder estatal quanto como reivindicação por melhores condições de vida, de modo que pode ser descrita, nas palavras do referido autor, como *sensibilidade* e *acessibilidade*²⁰. Entretanto, feita tal ressalva, tendo em vista o objetivo ao que se destina o presente trabalho, interessa a análise da face econômica da livre iniciativa.

Originalmente, o princípio da liberdade de iniciativa econômica é postulado no édito do Turgot²¹, de 9 de fevereiro de 1776. Em seguida, a livre iniciativa é plenamente reafirmada no decreto d'Allarde, de março de 1791, o qual determinava que, a partir de 1º de abril daquele ano, a realização de qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício seria livre a qualquer pessoa, desde que essa se provesse previamente de uma “patente” (imposto direto), pagasse as taxas exigíveis e se sujeitasse aos regulamentos de polícia então existentes. Sem embargo, ainda no ano de 1791, surge o decreto que passou a ser denominado de Lei *Le Chapelier*, o qual reiterou o princípio da livre iniciativa ao proibir todas as espécies de corporações de ofício²².

¹⁹ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional da empresa*. São Paulo: Método, 2013. p. 33.

²⁰ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 199.

²¹ Anne Robert Jacques Turgot, economista francês do século XVIII, responsável por algumas reformas durante o reinado de Luís XVI, entre elas a dissolução de todas as corporações de ofício.

²² GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 203.

Assim, é possível constatar que, desde sua origem, a busca pela liberdade de iniciativa econômica está intrinsecamente ligada à liberdade de atuação e ao repúdio aos privilégios tradicionalmente concedidos pelo Estado a apenas alguns agentes econômicos²³.

Ademais, imperioso constatar que é justamente durante o chamado Estado Liberal que foram concebidos os direitos fundamentais tidos como de primeira dimensão, descritos por Ingo Sarlet²⁴ como os direitos do indivíduo frente ao Estado, ou, melhor, direitos que não apenas demarcam uma zona de não intervenção do Estado, como também reivindicam uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. O direito à livre iniciativa econômica se encaixa nessa classificação.

Não é por menos que Modesto Carvalhosa reconhece a livre iniciativa como uma prerrogativa fundamental da personalidade. Aduz o referido autor que, enquanto direito, pode a livre iniciativa ser considerada como uma das liberdades fundamentais atribuídas à personalidade, revestindo-se, portanto, de caráter de direito fundamental. Ademais, aponta que, tratando-se de uma liberdade fundamental, constitui-se a livre iniciativa, ainda, como um direito subjetivo cuja inviolabilidade não pode ser questionada²⁵.

Para José Afonso da Silva²⁶, em se considerando a preocupação constitucional com a realização da justiça social, a liberdade de iniciativa econômica não poderia significar mais do que a liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo Poder Público, de modo que seu exercício somente seria legítimo quando voltado para o interesse da justiça social. Ou seja, quando exercido com o objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário, o exercício à liberdade de iniciativa seria, para o referido autor, ilegítimo.

²³ FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 168-169.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 260.

²⁵ CARVALHOSA, Modesto. *A ordem econômica na Constituição de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 112-113.

²⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 794.

De outra banda, Luciano Timm²⁷ entende que tal conclusão figura equivocada, na medida em que o acesso ao mercado cria pressupostos fáticos para a eficácia de outros direitos fundamentais. Para ele, a livre iniciativa deve significar a liberdade de atuar e de participar do mercado, seja produzindo, vendendo ou adquirindo bens e serviços, ou, ainda, alienando sua força de trabalho. A livre iniciativa estabelece, *a priori*, uma liberdade econômica que antecede a sua regulação pelo Estado, sendo inerente ao sistema capitalista de mercado.

Assim, Paula Forgioni²⁸ resume bem o papel central do princípio da livre iniciativa na economia capitalista reside na garantia que os agentes econômicos tenham acesso ao mercado e possam nele permanecer, ou seja, na garantia dos agentes em lançar-se à atividade, desenvolvê-la e abandoná-la.

Nesse passo, Fabio Ulhoa Coelho²⁹ recorda que a liberdade de iniciativa é elemento essencial ao capitalismo, que é o modo de produção adotado pela Constituição de 1988. Nesse passo, figura um tanto óbvio que o capitalismo depende, para funcionar com eficiência, de um ambiente econômico e institucional em que a liberdade de iniciativa esteja assegurada. Não obstante, assinala o referido autor que a livre iniciativa possui dois vetores de atuação distintos:

De um lado, antepõe um freio à intervenção do Estado na economia. De outro, coíbe determinadas práticas empresariais. O primeiro vetor liga-se a questões estudadas pelo direito público, como, por exemplo, as atinentes às atividades econômicas constitucionalmente reservadas à União, as condições para o estabelecimento de novas empresas, as posturas municipais definindo zonas em que a localização destas é autorizada ou proibida, etc.

²⁷ TIMM, Luciano Benetti. O direito fundamental à livre iniciativa na teoria e na prática institucional brasileira. In: TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil, ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 104-106.

²⁸ FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 167.

²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2014. p. 66.

O direito comercial ocupa-se do segundo vetor, vale dizer, da coibição das práticas empresariais incompatíveis com a liberdade de iniciativa.

Destarte, elucidado o conceito e sentido que a doutrina atribui à livre iniciativa, revela-se interessante uma análise, ainda que de forma breve, acerca do tratamento que o Supremo Tribunal Federal dá para o tema.

Um marco foi o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319, em 1993. No caso, pretendia a Confederação Nacional dos estabelecimentos de Ensino (Confenen), impugnar os critérios de reajuste das mensalidades escolares estabelecidos pela Lei nº 8.039/1990. A autora da ação sustentava, entre outros argumentos, a violação aos princípios da livre iniciativa e concorrência, sob o fundamento de que o intervencionismo estatal só se justificaria *a posteriori*, para conter lucros abusivos, nos termos do art. 173, § 4º, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, portanto, em julgamento sob a relatoria do Ministro Moreira Alves, decidiu que a referida lei não era inconstitucional. O fundamento utilizado pelo referido Relator foi o de entender haver necessidade de conciliar a livre iniciativa com a justiça social e a redução das desigualdades sociais. Ou melhor, nas palavras utilizadas pelo próprio Ministro:

Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros.³⁰

Entretanto, ainda no que diz respeito à regulação de preços pelo Estado, impende mencionar que o referido entendimento acerca da necessidade de conciliação do princípio da livre iniciativa não vigorou por muito tempo. Exemplo que pode ser citado é a recente decisão proferida em 3 de fevereiro de 2015, pela 1ª Turma no julgamento do Agravo Regimental nº 631.016, em que se reiterou o entendimento favorável às usinas sucroalcooleiras, que buscavam o ressarcimento devido diante da fixação, pelo Estado, de preços em valores

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319, Rel. Min. Moreira Alves, J. 03.03.1993. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: jun. 2015.

abaixo da realidade de mercado. No caso, entendeu o pretório excelso haver flagrante ofensa do princípio da livre iniciativa e impedimento do livre exercício da atividade econômica³¹.

Retornando ao caso analisado no presente trabalho, interessa salientar que a justificativa da Lei do Município de Sumaré baseia-se no fato de que

as pessoas que passam por esse tipo de intervenção cirúrgica tem sua capacidade de ingestão de alimentos diminuída, porém, não querem deixar de se socializar e freqüentar bares e restaurantes. O problema é que muitos estabelecimentos não são sensíveis à esta situação, e quando solicitados a fornecer meia porção de algum item do cardápio, negam. A medida não onera o caixa dos estabelecimentos pois o consumo daqueles que tem esse direito é mínimo, sendo injusto pagar por algo que não será utilizado em sua totalidade. Sumaré já tem, desde 2007 a Lei nº 4.432 que trata do assunto, porém, não foi amplamente divulgada e nem passadas orientações ao comércio local sobre a medida. Isto posto, concito aos nobres edis dessa egrégia casa que sejam favoráveis à aprovação do projeto ora apresentado.

Ocorre, entretanto, que não há como deixar de lado o fato de que a sociedade vive hoje em uma realidade profundamente globalizada e na qual impera o capitalismo. E, como toda e qualquer atividade praticada no mundo capitalista, os serviços prestados pelos restaurantes e estabelecimentos similares visam à obtenção de vantagem econômica, isto é, de lucros. Ou seja, nenhuma atividade econômica se mantém sem lucratividade.

CONCLUSÃO

Diante do exposto no presente trabalho, podemos verificar que o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo revelou-se acertada, seja no que diz respeito ao exame formal de constitucionalidade, seja quanto ao exame material de constitucionalidade.

No que tange ao exame da material da constitucionalidade, que mais interessou na análise do presente trabalho, em que pese algum dissenso quanto

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental nº 631016, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 03.02.2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: jun. 2015.

à questão relativa à livre iniciativa poder ser encarada como um direito absoluto em face de outros direitos, foi possível constatar que não há discussão no que tange à sua fundamentalidade e importância na Constituição de 1988.

Ademais, foi possível concluir que, ainda que considerado direito de primeira dimensão, cuja característica geral revela-se na abstenção de ação do Estado, a livre iniciativa também poderá demandar prestações positivas, no intuito de garantir ao cidadão não só de adentrar a arena de trocas, mas também de a possibilidade de se manter nela, não podendo a intervenção Estatal vir a prejudicar tal equação.

No caso específico, a intervenção estatal mediante imposição de desconto ou concessão de meia porção, cuja diretriz não era clara e poderia implicar pena de multa, revelou-se profundamente cara ao empresariado. Ademais, o intuito de promover direitos de minorias, que aparentemente não possuía qualquer caráter fundamental, sem contraprestação equivalente, promoveria a transferência de um dever do Estado ao ente privado, o qual não é incumbido a fazê-lo.

Não obstante, a alegação de que os estabelecimentos não são sensíveis à situação dos beneficiados pela lei em comento e que somente objetivam o lucro, na verdade, nada justifica, uma vez que o lucro é o escopo do empreendimento econômico. Isso porque o Estado deve repelir o lucro abusivo, obtido mediante abuso do poder econômico, e não o lucro que operacionaliza a atividade empresarial e subsidia o exercício da livre iniciativa.

Por fim, ao realizar uma análise mais pragmática do caso, em que se vê Estado impondo ao particular limites à liberdade de exercício de seus direitos, sem qualquer contraprestação, somente lhe implicando custos, não há como não rememorar a célebre frase do economista norte-americano Milton Friedman, quando adverte que “não existe almoço grátis”.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, v. 7, 1990.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília/DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319, Rel. Min. Moreira Alves, J. 03.03.1993. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental nº 631016, Rel. Min. Dias Toffoli, J. 03.02.2015. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: jun. 2015.

CARVALHOSA, Modesto. *A ordem econômica na Constituição de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2014.

FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SÃO PAULO. Constituição do Estado de São Paulo. Diário Oficial do Estado de São Paulo, São Paulo, 5 de outubro de 1989. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/interacao/constituicoes/constituicao_sp.pdf>. Acesso em: jun. 2015.

_____. Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2038277-66.2014.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues, J. 03.12.2014. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional da empresa*. São Paulo: Método, 2013.

TIMM, Luciano Benetti. O direito fundamental à livre iniciativa na teoria e na prática institucional brasileira. In: TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil, ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Submissão em: 02.08.2016

Aceito em: 02.01.2017