



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2022.0000447931

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2201038-97.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TURISMO – CNTUR, são réus PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "POR VOTAÇÃO UNÂNIME, AFASTARAM AS PRELIMINARES E, POR MAIORIA DE VOTOS, JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE. VENCIDOS OS EXMOS. SRS. DES. TORRES DE CARVALHO (COM DECLARAÇÃO) E FIGUEIREDO GONÇALVES.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, JARBAS GOMES, LUIZ ANTONIO DE GODOY, FIGUEIREDO GONÇALVES, GOMES VARJÃO, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, FRANCISCO CASCONI, ADEMIR BENEDITO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, AROLDI VIOTTI, CRISTINA ZUCCHI E JACOB VALENTE.

São Paulo, 8 de junho de 2022.

JAMES SIANO
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº: 39908

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº: 2201038-97.2021.8.26.0000

COMARCA: São Paulo

AUTOR (S): Confederação Nacional do Turismo CNTUR

RÉU (S): Presidente da Câmara Municipal de São Paulo e Prefeito do Município de São Paulo

SGOF

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Pretensão em face da Lei nº 17.453/2020, de 09 de setembro de 2020, do Município de São Paulo, que *“dispõe sobre a oferta gratuita de Água da Casa nos estabelecimentos comerciais que específica. Norma impugnada impõe a bares, hotéis, restaurantes, lanchonetes, padarias, cafeterias e estabelecimentos congêneres que comercializam água engarrafada na Cidade de São Paulo a obrigação de servirem gratuitamente água filtrada a seus clientes, sempre que solicitada, sob pena de multa que pode atingir R\$ 8.000,00.* Alegação de ofensa aos princípios da razoabilidade e da livre iniciativa.

Preliminares suscitadas pela Câmara Municipal de ilegitimidade ativa. Autora é entidade sindical de categoria econômica com objetivo de *“representar, no plano nacional, os direitos e interesses das categorias econômicas de empresa de turismo, hotéis, apart-hotéis e demais meios de hospedagem, restaurantes comerciais e coletivos, bares, casas de diversões e de lazer e demais empresas de gastronomia, empresas organizadoras de eventos, parques temáticos e demais empresas de turismo”* (item I do art. 3º do Estatuto Social). Entidade postulante representa o ramo de empresas que comercializam bebidas e alimentos, além do setor de hotéis e turismo, sendo aquelas nitidamente alcançadas pela norma impugnada, o que lhe consente a discutida pertinência temática. Atuação nacional como consequência de sua constituição na forma de confederação, associação sindical de grau superior (art. 533 da CLT), não significa empecilho para o reconhecimento de sua legitimidade no âmbito estadual ou municipal em defesa do interesse jurídico de seus agremiados. Maior abrangência espacial pela natureza própria da entidade



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

não pode ser considerada como fator restritivo da sua legitimação.

Representação processual. Advogada subscritora da inicial é registrada na seccional da OAB de outro Estado. Irrelevância. Nada obsta o efetivo exercício da advocacia em território nacional. Eventual irregularidade administrativa não prejudica a capacidade postulatória.

Ausência de procuração de advogada peticionante no curso da ação. Mera irregularidade. Acolhida pelo Relator a manifestação do órgão ministerial no sentido de concessão de prazo para sanção do vício, nos termos do art. 76, *caput*, do CPC, o que restou providenciado pela parte interessada.

Mérito. Arguição de ofensa aos princípios da razoabilidade (art. 111 da Constituição Estadual) e da livre iniciativa (art. 1º, inciso IV, e 170 da Constituição Federal). Controle concentrado de constitucionalidade de leis municipais em face de princípios e normas da Constituição Federal, desde que haja repetição obrigatória na Carta Estadual. Tese firmada pelo STF no Tema 484, pela técnica da repercussão geral. Art. 144 da Constituição Bandeirante determina aos municípios a observância dos princípios estabelecidos também na Constituição Federal.

Norma impugnada impõe aos estabelecimentos destinatários a oferta gratuita de um produto (água filtrada), que possui custo, sem qualquer contrapartida estatal, e ao mesmo tempo obriga o empresário a abrir mão de parte da receita com a venda de águas engarrafadas e outras bebidas.

Se nem mesmo o Estado oferece gratuitamente água filtrada aos cidadãos, exigir dos comerciantes tal comportamento, alguns de pequeno porte financeiro, configura modelo desproporcional e irrazoável às exigências regulares da atividade econômica, em desprezo ao princípio da livre iniciativa.

Intromissão estatal na atividade econômica em desconformidade com o princípio da razoabilidade, imbricado com a proporcionalidade, e também com o primado da livre



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

iniciativa.

Apesar dos precedentes citados nas informações prestadas, quanto ao reconhecimento da constitucionalidade de leis semelhantes pelos Tribunais de Justiça do Distrito Federal e do Rio de Janeiro, tem-se que em outros dois Estados, Espírito Santo e Minas Gerais, normas com o mesmo escopo foram reputadas inconstitucionais.

Precedentes deste Órgão Especial reconheceram a inconstitucionalidade de leis que impõem a estabelecimentos comerciais o fornecimento gratuito de produto ou com relevante desconto do preço da alimentação para determinados frequentadores.

Ação procedente.

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional do Turismo em face da Lei nº 17.453/2020, de 09 de setembro de 2020, do Município de São Paulo, que “*dispõe sobre a oferta gratuita de Água da Casa nos estabelecimentos comerciais que especifica*” (f. 31).

Sustenta a autora: (i) legitimidade ativa porque tem como objeto institucional a defesa dos interesses de seus filiados e a representação perante terceiros, figurando entre seus associados pessoas jurídicas que administram restaurantes, bares, lanchonetes e demais empresas do ramo de gastronomia; (ii) lei impugnada pretende impor aos restaurantes, bares e estabelecimentos similares a obrigação de fornecer gratuitamente água filtrada a seus clientes; (iii) inconstitucionalidade material por ofensa ao princípio da razoabilidade entalhado no art. 111 da Constituição Estadual; (iv) indevida intromissão estatal no exercício de atividade econômica privada; (v) não cabe ao município determinar o tipo de produto a ser fornecido por estabelecimentos comerciais; (vi) imposição de fornecimento gratuito, gera prejuízos, porque a água filtrada tem custo; (vii) situação prejudica a venda de água mineral e outros tipos de bebida; (viii) norma contraria o direito à livre iniciativa; (ix) requer a suspensão liminar da eficácia da norma.

Determinado o processamento da ação, sem a concessão da



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

liminar pleiteada (f. 100/103).

O Prefeito Municipal prestou informações (f. 124/128), sustentando a constitucionalidade da norma impugnada: (i) dever do Município de garantir o direito à saúde, competindo-lhe, entre outras atribuições, "participar da fiscalização e inspeção de alimentos, compreendido inclusive o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e água para o consumo humano" (Lei Orgânica do Município - LOM, arts. 213 e 216, IV); (ii) consumo de água potável é essencial à saúde humana e ao seu desenvolvimento, como consta da justificativa apresentada quando do projeto que resultou a lei impugnada; (iii) livre iniciativa e liberdade econômica não podem se sobrepôr à dignidade humana; (iv) Município deve promover, em cooperação com o Estado e a União, a preservação do meio ambiente (art. 180 da LOM); (v) medida preconizada resultará em efeitos positivos para o meio ambiente, porque reduzirá a geração de resíduo pelo consumo de garrafas de água mineral, o que se coaduna com o dever universal de uso racional dos recursos hídricos; (vi) proteção ao consumidor ao se resguardar a oportunidade de obter bem essencial à vida e à saúde, nos termos do art. 170 da CF; (vii) lei atacada não impede a comercialização de outras bebidas; (viii) prática comum em diversos países europeus e nos Estados Unidos, onde não se observou que a medida tenha significado empecilho à atividade econômica; (ix) invoca precedente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em que se reconheceu a constitucionalidade de lei semelhante (ADI 2017.00.2.022985-3, processo 0023878-89.2017.807.0000, j. em 04/12/2018), e também precedente do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

A Câmara Municipal prestou informações (f. 130/155), sustentando: (i) ilegitimidade ativa, porque a autora é entidade de classe de atuação nacional, estabelecida no Distrito Federal, enquanto o art. 90, inciso V, da Constituição Estadual, autoriza apenas aquelas de atuação estadual ou municipal para a propositura de ação de declaratória de inconstitucionalidade; (ii) também ilegitimidade ativa, porque a requerente representa empresas de turismo, inclusive agências que comercializam pacotes turísticos, organizadores de evento e parques temáticos, de modo que os atingidos pela lei impugnada, bares e restaurantes, por exemplo, são mera fração da categoria econômica representada, sendo que em relação à maioria das associadas a ação não guarda pertinência temática; (iii) vício de representação, porque a advogada



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

subscritora da inicial possui inscrição na OAB do Estado do Rio de Janeiro, não constando em site específico que tenha inscrição suplementar em São Paulo, nem comprovou que tenha atuado em menos de cinco causas no ano na seccional de São Paulo; (iv) invoca o art. 104 do CPC e o art. 10, § 2º, do Estatuto da OAB; (v) advogada que assinou digitalmente a petição de juntada de guia de custas (f. 110) não foi identificada na própria peça nem consta da procuração de f. 95; (vi) pugna pela extinção do feito, sem resolução do mérito, por ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo (artigo 485, inciso IV do CPC); (vii) análise da demanda deverá se ater apenas à compatibilização da norma com o art. 111 da Constituição Estadual, no que se refere ao princípio da razoabilidade, não sendo possível o contraste com a Constituição Federal ou norma infraconstitucional, nos termos do 125, § 2º, da Carta Magna; (viii) norma impugnada está em conformidade com os ditames constitucionais que determinam à três esferas de Governo a instituição de políticas públicas tendentes à proteção da Saúde Pública (ante a disponibilização da melhor bebida ao corpo humano), ao Meio Ambiente (com o fito de impedir o descarte das respectivas garrafas), bem como aos Consumidores (acesso a bem considerado essencial à dignidade e subsistência), conforme prescrição inserta nos artigos 1º, inciso III, 5º, inciso XXXII, 23, incisos II e VI, 24, incisos V, VIII e XII combinados com os artigos 30, incisos I e II e 170, incisos V e VI da Carta Magna, além dos artigos 191 e 275 da Constituição do Estado de São Paulo; (ix) incorrente intromissão à livre iniciativa; (x) inexistência de ofensa ao princípio da razoabilidade porque a oferta da “Água da Casa” gera custo muito baixo face aos benefícios gerados ao meio ambiente, ao consumidor e à saúde pública; (xi) oferta da “Água da Casa” em restaurantes e similares é amplamente aplicada em países desenvolvidos, devendo-se indicar que a lei não vedou a comercialização de água mineral engarrafada, competindo ao consumidor a opção; (xii) defeso ao Poder Judiciário adentrar no mérito do juízo de oportunidade e conveniência dos parlamentares e/ou do Chefe do Poder Executivo, a fim de que não haja violação ao Princípio da Separação dos Poderes; (xiii) invoca precedente do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na ADI nº 0014273-23.2016.8.19.0000 e também do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, na ADI nº 0023878-89.2017.8.07.0000.

A Procuradoria Geral do Estado, apesar de citada, deixou de se



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

manifestar (f. 285).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela concessão de prazo para que a autora sane o vício na representação processual quanto à advogada que sobrescreveu petição sem mandato ou substabelecimento, pelo afastamento das preliminares e pela improcedência do pedido (f. 290/308).

O Relator acolheu a manifestação da Procuradoria Geral de Justiça para o fim de determinar a regularização da representação processual do polo ativo em relação à advogada que subscreveu digitalmente a petição de f. 110, para que apresentasse o instrumento de mandato. Também na ocasião foi concedido prazo para que a autora se manifestasse sobre a matéria preliminar arguida nas informações (f. 310).

A autora juntou substabelecimento em favor da indigitada advogada para o fim de regularização da representação processual (f. 313/314).

É o relatório.

A ação é procedente.

A pretensão é de que seja declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 17.453/2020, de 09 de setembro de 2020, do Município de São Paulo, que “*dispõe sobre a oferta gratuita de Água da Casa nos estabelecimentos comerciais que especifica*”.

A norma contestada assim dispõe:

Art. 1º Os bares, hotéis, restaurantes, lanchonetes, padarias, cafeterias e estabelecimentos congêneres que comercializam água engarrafada na Cidade de São Paulo ficam obrigados a servirem Água da Casa a seus clientes, sempre que esta for solicitada, de forma gratuita.

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se Água da Casa a água de composição normal, proveniente de fontes naturais ou artificialmente captadas, que tenha passado por dispositivo filtrante no estabelecimento onde é servida e que se enquadre nos parâmetros federais de potabilidade para o consumo humano.

Art. 3º A Água da Casa será incluída no cardápio dos



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

estabelecimentos, de modo visível, informando os consumidores sobre sua oferta.

Art. 4º A infração às disposições desta Lei acarretará as seguintes penalidades:

I - na primeira autuação, advertência e intimação para cessar a irregularidade;

II - na segunda autuação, multa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), com nova intimação para cessar a irregularidade;

III - na terceira autuação, multa no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com nova intimação para cessar a irregularidade;

IV - na quarta autuação, multa no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), com nova intimação para cessar a irregularidade;

V - na quinta autuação e nas seguintes, multa no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

§ 1º Em qualquer caso, será garantida a ampla defesa aos acusados da infração, antes da imposição definitiva da multa.

§ 2º A multa de que trata este artigo será atualizada anualmente pela variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, apurado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, do ano anterior, sendo adotado o índice oficial que o suceder, no caso da extinção deste índice.

§ 3º (VETADO)

Art. 5º As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, suplementadas se necessário.

Art. 6º Esta Lei entra em vigor no prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, contados a partir de sua publicação.

Da legitimidade ativa.

Dispõe o art. 90, inciso V, da Constituição Estadual:

***Artigo 90** - São partes legítimas para propor ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estaduais ou municipais, contestados em face desta*



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Constituição ou por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio desta Constituição, no âmbito de seu interesse:

V - as entidades sindicais ou de classe, de atuação estadual ou municipal, demonstrando seu interesse jurídico no caso;

A autora é entidade sindical de categoria econômica (f. 96/97) com objetivo de “*representar, no plano nacional, os direitos e interesses das categorias econômicas de empresa de turismo, hotéis, apart-hotéis e demais meios de hospedagem, restaurantes comerciais e coletivos, bares, casas de diversões e de lazer e demais empresas de gastronomia, empresas organizadoras de eventos, parques temáticos e demais empresas de turismo*” (f. 63), nos termos do item I do art. 3º do Estatuto Social.

O item VI do aludido art. 3º especifica que lhe cabe “*representar, perante as autoridades administrativas, executivas, legislativas e judiciais, em todas as instâncias e todos os graus de jurisdição, os interesses individuais ou coletivos das federações associadas e de seus sindicatos e de igual forma os interesses individuais ou coletivos das empresas integrantes das categorias de gastronomia, hospedagem e turismo representadas*” (f. 64).

Observa-se que a entidade postulante representa o ramo de empresas que comercializam bebidas e alimentos, além do setor de hotéis e turismo, sendo aquelas nitidamente alcançadas pela norma impugnada, o que lhe consente a discutida pertinência temática.

Ou seja, a maior abrangência de empresas representadas não se mostra como incompatível para a defesa do interesse de uma parcela daquelas associadas.

A autora não defende mera fração dos destinatários da norma “sub judice”, mas sim efetivamente aquelas empresas envolvidas, em razão de estarem inseridas no ramo da gastronomia, além da sua possibilidade de desempenho em favor de outras atreladas ao turismo e eventos.

Outrossim, a atuação nacional como consequência de sua



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

constituição na forma de confederação, associação sindical de grau superior (art. 533 da CLT¹), não significa empecilho para o reconhecimento da legitimidade no âmbito estadual ou municipal em defesa do interesse jurídico de seus agremiados.

Não se pode considerar a maior abrangência espacial, pela natureza própria da entidade, como fator restritivo da sua legitimação.

Nesse sentido, precedente deste Órgão Especial citado pela Procuradoria Geral de Justiça:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Art. 65, § 2º da LCE nº 207/1979 (Lei Orgânica da Polícia do Estado de São Paulo). Parágrafo acrescido pela LCE nº 922/02. Reintegração do policial civil, em razão de absolvição pela justiça criminal, por negativa de existência de autoria ou do fato ensejador da demissão. Alegação de ofensa ao art. 136 da Constituição Estadual. Independência e comunicabilidade das instâncias cível, penal e administrativa. Entendimento doutrinário e jurisprudencial. Alcance restritivo da norma constitucional.

*1. Preliminares. Representação processual. Ilegitimidade ativa. A necessidade de apresentação de procuração com poderes específicos para propositura de ação direta de inconstitucionalidade tem assento em firme jurisprudência do STF e do Órgão Especial; trata-se de vício sanável, já regularizado nos autos. O art. 90, V da Constituição Estadual prevê a legitimidade das entidades sindicais ou de classe, de âmbito estadual ou municipal, desde que demonstrado o interesse jurídico no caso. **O caráter interestadual da FEIPOL/Sudeste não impede que ser reconheça a legitimidade ativa 'ad causam' para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição Estadual. É uma***

¹ Art. 533 - Constituem associações sindicais de grau superior as federações e confederações organizadas nos termos desta Lei.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

associação sindical de grau superior, nos termos do art. 533 da CLT, com base territorial também no Estado de São Paulo, extraindo-se do Estatuto Social o interesse jurídico e a representatividade da categoria. Já em relação à entidade sindical SINPOLSAN a preliminar deve ser acolhida, uma vez que representa a categoria profissional dos Policiais Civis lotados nos órgãos setoriais e sub-setoriais de apenas 23 municípios, sendo evidente a atuação restrita à fração da categoria e a consequente falta de legitimidade (...) (ADI nº 2193419-53.2020.8.26.0000, Rel. Des. TORRES DE CARVALHO, j. 04.08.2021, g.n.).

Em relação à alegada irregularidade da representação processual da advogada que subscreveu a petição inicial, porque possui registro na seccional da OAB do Estado do Rio de Janeiro e não em São Paulo, cabe considerar ser questão irrelevante, uma vez que nada obsta o exercício da advocacia em todo território nacional.

Eventual descumprimento da regra de inscrição suplementar na seccional de São Paulo ou atuação além de cinco causas por ano fora de seu domicílio profissional, nos termos do art. 10, § 2º, da Lei nº 8.96/94² (Estatuto da OAB), configura mera irregularidade administrativa que pode ser suscitada perante o órgão de classe, mas não interfere na apreciação da ação, uma vez que tal circunstância não a destitui da capacidade postulatória. Além disso, a referida advogada foi regularmente constituída para o ingresso da demanda, por meio de procuração dotada de poderes específicos (f. 16 e 95).

Quanto a ausência de procuração de advogada petionante no curso da ação, restou acolhida pelo Relator a manifestação do órgão ministerial no sentido de concessão de prazo para sanção do vício, nos termos do art. 76, *caput*, do

² Art. 10. A inscrição principal do advogado deve ser feita no Conselho Seccional em cujo território pretende estabelecer o seu domicílio profissional, na forma do regulamento geral.

§ 2º Além da principal, o advogado deve promover a inscrição suplementar nos Conselhos Seccionais em cujos territórios passar a exercer habitualmente a profissão considerando-se habitualidade a intervenção judicial que exceder de cinco causas por ano.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CPC³, o que restou providenciado pela parte interessada (f. 313/314).

Mérito.

A autora aduz que a imposição às empresas que lhe são associadas, vinculadas ao ramo de gastronomia, de concessão de água filtrada graciosamente aos seus clientes vulnera o princípio da razoabilidade instituído no art. 111 da Constituição Estadual, que assim dispõe:

Artigo 111 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência. (NR)

Isso porque a norma em debate configuraria indevida intromissão do Estado no exercício de atividade econômica privada, em transgressão ao princípio da livre iniciativa, insculpido entre os princípios fundamentais da República no art. 1º, inciso IV, e também estatuído no art. 170 da Constituição Federal, os quais preconizam:

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;

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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

³ Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

V - defesa do consumidor;

~~*VI - defesa do meio ambiente;*~~

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003\)](#)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

~~*IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.*~~

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995\)](#)

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.

Cabe de antemão reconhecer o entendimento pacificado pela Excelsa Corte de que os Tribunais Estaduais podem realizar o controle concentrado de constitucionalidade de leis municipais e estaduais em face de princípios e normas da Constituição Federal, desde que sejam de reprodução obrigatória pela Carta Estadual.

Com efeito, o STF por meio do julgamento do RE nº 650898/RS, pela técnica da repercussão geral (Tema 484), assim fixou as balizas da aludida orientação:

Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados

O art. 144 da Constituição Estadual dispõe: “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”.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Como visto, a Carta Bandeirante impõe aos Municípios de forma abrangente que sejam observados os princípios constitucionais, de modo a autorizar o controle concentrado de constitucionalidade sob tal enfoque.

Acerca do princípio da livre iniciativa, preleciona Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins:

A liberdade de iniciativa e de empresa pressupõe o direito de propriedade da mesma sorte que é de certa forma uma decorrência deste. O seu exercício envolve uma liberdade de mercado, o que significa dizer que são proibidos os processos tendentes a tabelar os preços ou mesmo a forçar a sua venda em condições que não sejam as de mercado. A liberdade de iniciativa exclui a possibilidade de um planejamento vinculante. O empresário deve ser senhor absoluto na determinação do que produzir, como produzir, quando produzir e por que preço vender. Esta liberdade, como todas as outras de resto, não pode ser exercida de forma absoluta. Há necessidade sim de alguns temperamentos. O importante, contudo, é notar que a regra é a liberdade. Qualquer restrição a esta há de decorrer da própria Constituição ou de leis editadas com fundamento nela". (Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. V. 7. Arts 170 a 192. Saraiva, 1990, pp. 16/17, g.n.).

Pois bem. Possível vislumbrar que a lei impugnada impõe aos estabelecimentos comerciais destinatários a oferta de um determinado produto, água potável filtrada, e de forma gratuita, ainda que sabidamente haja custos de natureza econômica para aquisição da água disponibilizada pela concessionária do serviço público (Sabesp) e também para a manutenção do sistema de filtragem que é exigido para conservação e observância dos parâmetros adequados de potabilidade.

Além do incremento do custo para o fornecedor, o oferecimento



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

gratuito também seguramente representa em algum nível redução da venda de bebidas que estão no portfólio e fazem parte da receita ordinária dos indigitados estabelecimentos comerciais.

Ou seja, impõe um produto específico a ser ofertado gratuitamente pelo empresário e por consequência faz com que ele abra mão de uma parte da receita, sem haver qualquer compensação estatal, o que se revela em desconformidade com os princípios da razoabilidade, imbricado com a proporcionalidade, e da livre iniciativa.

Com efeito, é baliza da livre iniciativa a busca do lucro por meio da oferta de produtos e serviços necessários e desejados pela sociedade, o que se vincula com a concepção capitalista de produção, experiência humana que sabidamente mais permitiu o almejado crescimento econômico.

Induvidosamente a oferta graciosa de água filtrada é algo desejável, mas não pode superar sua natureza própria de uma cortesia, a qual se for considerada determinante pelo consumidor pode influenciar, por exemplo, na escolha de um restaurante, que conceda tal gentileza a seus clientes, de modo que as relações de mercado podem efetivamente torná-la determinante, mas não a imposição legal.

Uma dificuldade a mais ao comerciante, além daquelas notórias, como elevada carga fiscal, pesado custo para contratação de empregados e deficiência da segurança pública, sem se olvidar dos obstáculos supervenientes advindos da pandemia, gera com força peremptória maior desestímulo para atuação comercial e, por consequência, inibe o crescimento da concorrência, sendo que é regra ordinária da economia que “*a grande proteção do consumidor é a concorrência*” (Roberto Campos, *in Antologia do Bom Senso, Editora Topbooks, p. 23*).

Se nem mesmo o Estado oferece gratuitamente água filtrada aos cidadãos, exigir dos comerciantes tal comportamento, alguns de pequeno porte financeiro, configura modelo desproporcional e irrazoável às exigências regulares da atividade econômica, em despreço ao princípio da livre iniciativa. Na verdade, os estabelecimentos menores serão mais prejudicados e terão menor capacidade de obter espaço na cadeia de fornecimento.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O encarecimento e a dificuldade ocasionados ao empresário são fatores de desestímulo ao exercício da atividade, o que prejudica o consumidor pela possibilidade de redução da concorrência e, conseqüente, aumento do preço, como também pelo repasse genérico dos custos oriundos da adoção da medida, ainda que decida o cliente não usufruir da benesse imposta por lei.

A desproporcionalidade é tamanha que também gera prejuízo para o cidadão de modo geral, porque a redução do potencial econômico reflete forçosamente na diminuição da receita pública decorrente de tributos e assim deteriora as condições econômicas para o exercício de políticas públicas a serem implantadas em favor da sociedade, no que se insere aquelas necessárias à proteção da saúde e do meio ambiente.

Vale dizer, cria-se um círculo vicioso quando se concede uma gratuidade a ser sustentada por um determinado ramo da atividade comercial, desprovida de qualquer contrapartida do Poder Público, que impõe a gratuidade com base no risco de aplicação de multa, a qual pode atingir o elevado importe de R\$ 8.000,00 (art. 4º, inciso V, da norma fustigada).

Ora, se nem mesmo o tabelamento de preço é aceito no mercado de consumo, segundo o princípio da livre concorrência, quanto mais a obrigação de concessão gratuita de um produto que tem para o empresário um custo de aquisição, manejo e conservação.

A redução do consumo de bebidas engarrafadas e assim da utilização de plástico pode retratar algum benefício ambiental estritamente vinculado a esse produto, o que decerto resultaria de modo geral da restrição de qualquer atividade econômica.

Todavia, como já afirmado, terá também como subproduto indesejado a diminuição da obtenção de recursos financeiros, tanto para a iniciativa privada como para o setor público, em desfavor da capacidade de enfrentamento dos desafios inerentes ao excesso de plástico, inclusive no que se refere ao aprimoramento de programas de reciclagem, que demandam custos e dependem do fortalecimento da economia para seu eficiente desenvolvimento.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Assim sendo, afigura-se desproporcional a violência praticada à liberdade econômica, ainda que sejam respeitáveis os objetivos almejados.

Apesar dos precedentes citados nas informações prestadas, quanto ao reconhecimento da constitucionalidade de leis semelhantes pelos Tribunais de Justiça do Distrito Federal e do Rio de Janeiro, tem-se que em outros dois Estados, Espírito Santo e Minas Gerais, normas com o mesmo escopo foram reputadas inconstitucionais, conforme ementas abaixo transcritas:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MÉRITO – LEI MUNICIPAL N.º 4.768/2018 DO MUNICÍPIO DA SERRA – OBRIGAÇÃO DOS ESTABELECIMENTOS QUE MENCIONA EM FORNECER, GRATUITAMENTE, ÁGUA POTÁVEL FILTRADA AOS CONSUMIDORES – INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA – AFRONTA AO POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE – PEDIDO JULGADO PROCEDENTE – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL COM EFICÁCIA “ERGA OMNES” E EFEITOS “EX TUNC”. 1 – Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em face da Lei Municipal n.º 4.768/2018, que obriga os bares, lanchonetes, restaurantes, hotéis, shopping centers e estabelecimentos similares a fornecer, gratuitamente, água potável e filtrada para consumo imediato pelo consumidor. 2 – Inexistência de inconstitucionalidade formal porque os Municípios possuem competência para suplementar a legislação federal no tocante às normas de consumo, adaptando-as aos interesses locais. Precedentes do e. STF. 3 – Toda norma legal, em maior ou menor grau, quase sempre irá afetar o Poder Executivo. Assim, a mera determinação de expedição de regulamentos para fiel cumprimento de lei emanada do Poder Legislativo não é capaz de ensejar interferência indevida de um Poder nas atribuições de outro, sob pena de tornar qualquer norma do Poder Legislativo inconstitucional no seu nascedouro, esvaziando a atribuição conferida pela Constituição às Casas Legislativas. Precedente do e. TJES. 4 – A lei questionada revela-se violadora dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência consagrados no art. 170, “caput” e inciso IV, da CF (por remissão normativa do art. 20 da Constituição Federal). Primeiro, porque transfere ao particular obrigação precípua do Poder Público, isto é, de salvaguardar a dignidade da pessoa humana e de garantir o consumo de bem essencial à vida humana. Segundo, porque gera despesas que, ao fim e ao cabo, irá afetar os pequenos



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

empresários, que terão que se adaptar à norma para concorrer com os centros comerciais de massa, que já fornecem hodiernamente água potável gratuitamente, como conveniência e para competir no mercado, aos seus consumidores. 5 – Também há violação ao princípio da proporcionalidade em pelo menos duas de suas três dimensões (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). 6 – A norma não é adequada porque não traz benefício à grande massa de consumidores (que se concentram mais nos grandes centros de compra, que já fornecem água gratuita), por aumentar o custo dos demais produtos e, ainda, por gerar prejuízo ou aumento de despesa justamente para o empresário que mais precisa de incentivo para concorrer com as grandes empresas. 7 - Desproporcional porque, em último caso, é capaz de acarretar o cancelamento do alvará de licenciamento das atividades do estabelecimento, isso sem prejuízo da multa já imposta, o que também atinge o princípio da livre iniciativa e, sobretudo, da livre concorrência. 8 – Pedido julgado procedente. 9 – Lei impugnada declarada inconstitucional com eficácia “erga omnes” e efeitos “ex tunc”. (Tribunal de Justiça do Espírito Santo, ADI nº 0033070-82.2018.8.08.0000, RELATOR DES. ARTHUR JOSÉ NEIVA DE ALMEIDA J. em 18/07/2019

Do qual se colhe o seguinte excerto:

No caso dos autos, ainda que se possa dizer que o fornecimento de água potável gratuita aos consumidores, levando em conta o custo reduzido cobrado pela CESAN, não é capaz de gerar prejuízo ou aumento significativo aos estabelecimentos atingidos pela norma impugnada, certo é, em meu sentir, que a observância à garantia da dignidade da pessoa humana é primordialmente do Estado (aqui empregado em sentido amplo).

Assim, não me parece sustentável, por esta perspectiva, que a garantia da dignidade da pessoa humana ou a de assegurar bem essencial à vida humana (água potável), ônus inequívoco do Estado, seja transferido inadvertidamente àquelas pessoas que exploram atividade econômica; há, no caso, violação direta e frontal à livre iniciativa.

Ora, água tem custo – ainda que reduzido – e este custo será inequivocamente repassado aos consumidores, sobretudo àqueles que optarem por adquirir a água industrializada e envasada em recipientes apropriados.

Ademais – e aí incide o princípio da livre concorrência –, a maioria dos grandes empreendimentos, a exemplo de “shoppings” e grandes redes de supermercados, já fornecem gratuitamente água potável aos consumidores, de modo que quem será realmente afetado pela norma é aquele pequeno empresário, que obrigatoriamente elevará seus custos,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

independentemente ou não de ter capital para tanto, para cumprimento da Lei impugnada.

Por esta linha, o fornecimento gratuito de água potável aos consumidores deve ser inserido, sim, no âmbito da livre iniciativa e da livre concorrência, servindo de facultativo estímulo ao empresário para, com tal conveniência, captar mais clientes, gerando concorrência leal e favorecendo os consumidores.

A obrigação desse fornecimento, todavia, afeta a livre iniciativa (também porque o particular recebe atribuição precípua do Estado) e, em meu pensar, viola sobremaneira a livre concorrência, prejudicando justamente aquele pequeno empresário que já enfrenta dificuldades cotidianas para competir com o mercado de massa que atualmente vivenciamos.

As obrigações contidas na Lei impugnada e, principalmente, as punições nela previstas, também não atendem ao princípio da proporcionalidade em pelo menos duas de suas três dimensões (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Não são adequadas porque, como visto, não trazem benefício à grande massa de consumidores (que se concentram mais nos grandes centros de compra, que já fornecem água gratuita) – ao contrário, aumenta o custo dos demais produtos – e, ademais, gera prejuízo ou aumento de despesa justamente para o empresário que mais precisa de incentivo para concorrer com as grandes empresas.

E são desproporcionais porque, em último caso, é capaz de acarretar o cancelamento do alvará de licenciamento das atividades do estabelecimento, isso sem prejuízo da multa já imposta, o que também atinge o princípio da livre iniciativa e, sobretudo, da livre concorrência.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – NORMA CONSTITUCIONAL ESTADUAL REMISSIVA – PARÂMETRO NORMATIVO IDÔNEO PARA A REALIZAÇÃO DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO – PRELIMINAR REJEITADA – LEI MUNICIPAL QUE IMPÕE A INSTALAÇÃO DE BEBEDOUROS EM DANCETERIAS E CASAS NOTURNAS – INVALIDADE – VIOLAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA, ANALISADA COMO UM TODO HARMÔNICO E COERENTE.

- As normas constitucionais estaduais remissivas são parâmetros normativos idôneos para a realização de controle abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos estaduais e municipais pelos tribunais de justiça dos estados.

- A boa exegese das normas constitucionais que comandam a



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

nossa vida político-econômica depende não só de uma análise agregadora das disposições sobre a matéria, mas também da ponderação de uma ampla gama de fatos econômicos e sociais.

- Se o benefício que determinada norma, restritiva do preceito constitucional da livre iniciativa, traz para a saúde dos consumidores claramente não compensa os entraves por ela gerados na busca pela realização dos designios do desenvolvimento econômico estadual e do pleno emprego, o reconhecimento da sua invalidade é medida de rigor. (TJ de MINAS GERAIS, ADI nº 0909252-14.2013.8.13.0000, Rel. Des. CÁSSIO SALOMÉ, j. 25.06.2014).

O órgão Especial desta Corte Paulista em casos que guardam certa simetria com a presente questão também já reconheceu haver violação aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da livre iniciativa em leis que impõem a estabelecimentos comerciais o fornecimento gratuito de produto ou com relevante desconto do preço da alimentação para determinados frequentadores, conforme ementas abaixo transcritas:

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 3.076, de 22 de fevereiro de 2019, do Município de Tambaú, que “dispõe sobre o fornecimento gracioso de sacolas descartáveis para acondicionamento de produtos adquiridos em supermercados e mercados”. Alegação de ofensa aos princípios da razoabilidade e da livre iniciativa. Reconhecimento. Ao impor às empresas a obrigação de fornecer sacolas descartáveis gratuitas, a pretexto de cumprir compromisso com o meio ambiente, o Município de Tambaú não está promovendo uma ação ambiental, mas impondo à iniciativa privada a obrigação de promovê-la (às suas custas e sem qualquer contrapartida). Na verdade, **a adesão da iniciativa privada aos objetivos colimados pelo Estado no sentido de promover alguma ação ou benefício social ou ambiental deve se dar de forma opcional, e não por coerção, como ocorre no presente caso. Ou seja, se o Estado pretende***



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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. Ademais, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE 839.950/RS, em sede de repercussão geral, “são inconstitucionais as leis que obrigam supermercados ou similares à prestação de serviços de acondicionamento ou embalagens das compras, por violação ao princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV, e 170 da Constituição)” (Tema 525). Ação julgada procedente. (ADI nº 2017804-49.2020.8.26.0000, Rel. Des. FERREIRA RODRIGUES, j. 10.03.2021, g.n.).

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 cirúrgica bariátrica ou qualquer outra gastroplastia na forma que especifica e dá outras providências”. (...)

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



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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. “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) (...)

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. (ADI nº 0015556-91.2013.8.26.0000, Rel. Des. FERREIRA RODRIGUES, j. 03.12.2014, g.n.).



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Evidenciada a colisão da norma impugnada com os preceitos constitucionais que foram aduzidos, nomeadamente os artigos 111 e 144, da Constituição Estadual, e os artigos 1º, inciso IV, e 170 da CF, ante a imposição dirigida a bares, hotéis, restaurantes, lanchonetes, padarias, cafeterias e estabelecimentos congêneres que comercializam água engarrafada na Cidade de São Paulo que sirvam gratuitamente água potável filtrada a seus clientes, sempre que solicitada.

Ante o exposto, **julga-se procedente** a ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 17.453/2020, de 09 de setembro de 2020, do Município de São Paulo, que “*dispõe sobre a oferta gratuita de Água da Casa nos estabelecimentos comerciais que especifica*”.

JAMES SIANO
Relator