

## VOTO

### **O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

#### **DO AFASTAMENTO DAS QUESTÕES PRELIMINARES**

Registro, preliminarmente, que a matéria encontra-se suficientemente prequestionada pelas instâncias de origem, bem como que a controvérsia possui densidade constitucional, uma vez que decidida com fundamento nas disposições de competência e em princípios consagrados na Constituição da República.

Ademais, cabe ressaltar que o Tribunal de Origem, à luz da Constituição do Estado de São Paulo, concluiu ter a ABRASCE legitimidade para ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade estadual. Tem, assim, a ABRASCE legitimidade para interpor o recurso extraordinário.

Atendidos os pressupostos recursais, conheço do presente apelo extremo e passo ao exame do mérito.

#### **INTRODUÇÃO**

Cuida-se na origem de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em face das Leis municipais nºs 10.947/91 e 11.649/94 e do Decreto nº 29.728/91.

As normas impugnadas dispõem, em suma, sobre a obrigação de os centros comerciais denominados Shopping Centers implantarem, em suas dependências, ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro equipado para o atendimento de emergência, com pelo menos um médico e uma ambulância.

O Órgão Especial do TJSP afastou as preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e da ilegitimidade ativa da ora recorrente, Associação Brasileira de Shopping Centers (ABRASCE) e, no mérito, afastou as alegações de inconstitucionalidade formal e material dos dispositivos suscitados, asseverando, em síntese, que não houve usurpação da competência da União na hipótese e tampouco afronta aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da livre iniciativa.

Nas razões do extraordinário, a parte recorrente defende que o

acórdão recorrido, ao julgar improcedente a ação, violou preceitos inculpidos na Constituição Federal, a saber: artigos 1º, IV; 22, XXIII; 170; 174; 196 e 199, vez que compete à União, privativamente, legislar sobre seguridade social; não há interesse local a justificar a edição das normas; é dever do Poder Público prestar serviços de assistência médica, função que em nada se relaciona com a atividade exercida por esses Centros Comerciais, fato que demonstra direta afronta ao princípio da livre iniciativa.

Como se nota, a causa gira em torno de se perquirir sobre a existência ou não de interesse local a respaldar a edição das normas impugnadas, se há vício formal nas leis questionadas, e, por fim, se há afronta aos princípios da livre iniciativa, da razoabilidade e da proporcionalidade nas normas impugnadas.

O presente caso é paradigma do Tema nº 1.051, que está assim intitulado: “Obrigatoriedade, instituída por lei municipal, de implantação de ambulatório médico ou unidade de pronto-socorro em shopping centers”.

#### **DAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASO CONCRETO**

Delineado o objeto da presente causa, registro que o Tribunal de origem adotou a seguinte fundamentação para julgar improcedente a ação (e-Doc. 3, fls. 227 a 239):

“A Lei Municipal nº 10.947/1991 foi alterada pela Lei nº 11.647/94 e regulamentada pelo Decreto nº 29.728/91.

A Lei nº 10.947/91, em seu artigo 1º impôs a implantação de ambulatório médico de serviços de pronto socorro nos shopping centers existentes na cidade de São Paulo, concedendo aos estabelecimentos já existentes o prazo de 180 dias para adequação. Quanto aos shoppings construídos após a sua vigência, dispôs o art. 2º que não seria concedido “auto de conclusão” e o conseqüente alvará de funcionamento quando a edificação não comportasse área exclusivamente destinada à

instalação dos serviços de urgência.

(...)

O art. 1º da lei 10.947/91 foi alterado pela Lei Municipal nº 11.649/91, para exigir também a presença de pelo menos um médico e uma ambulância:

(...)

O Decreto Municipal nº 29.728/91, que regulamentou a Lei nº 10.947/91 dispôs:

Art. 1º - Nos "shoppings-centers" existentes no Município, é obrigatória a implantação, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a partir da publicação deste decreto, de ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro equipados para atendimento de emergência.

Art. 2º - No caso de novas construções de "shoppings-centers", não serão concedidos o Auto de Conclusão e o conseqüente Alvará de Funcionamento, quando a edificação não comportar área exclusivamente destinada à instalação dos serviços médicos de que cuida este decreto.

Art. 3º - As instalações para atendimento médico de urgência deverão possuir, no mínimo:

I - compartimento para recepção e espera;

II - compartimento para imediato atendimento;

III - compartimento para manipulação, expurgo e desinfecção.

Parágrafo único - A soma das áreas previstas no "caput" deste artigo deverá ser igual ou superior a 20,00m<sup>2</sup> (vinte metros quadrados).

Art. 4º - Para uso dos funcionários do atendimento

médico e, eventualmente, das pessoas atendidas, deverá ser previsto sanitário com antecâmara, com área total mínima de 4,00m<sup>2</sup> ( quatro metros quadrados).

Art. 5º - As instalações previstas neste decreto deverão atender às normas de conforto e salubridade exigidas pela legislação de construções em vigor, devendo situar-se na edificação, de modo a possibilitar o acesso por ambulância.

Art. 6º - As edificações existentes e as já licenciadas, mesmo que lhes falte o Auto de Conclusão, que não atendam às disposições deste decreto, deverão apresentar projeto de reforma ou projeto modificativo a fim de obter a licença de adequação às novas disposições.

Parágrafo único - Nos casos devidamente justificados e a critério da Comissão de Edificações e Uso do Solo - CEUSO da Secretaria da Habitação e Desenvolvimento urbano - SEHAB, poderão ser aceitas disposições diversas das estabelecidas nos artigos 4 e 5 deste decreto.

Pela análise dos textos, verifica-se que o objetivo da lei é tutelar a segurança, a integridade física e a proteção dos frequentadores dos referidos estabelecimentos comerciais – shopping centers.

(...)

O texto legal limita-se a proteger os usuários locais, ou seja, levando-se em conta aspectos de segurança do ambiente ditos “shopping centers”, cujo comércio atrai grande contingente de pessoas em busca de consumo, lazer e atividades similares.

Ademais, o cumprimento das referidas leis revelam atuação pró-ativa do Executivo Municipal em consonância com os ditames constitucionais da dignidade da pessoa humana cuja

observância e fiscalização também compete à Administração local.

Nesse aspecto, cumpre ressaltar que não há inconstitucionalidade quando há evidente interesse local, como na hipótese em comento com preservação da integridade física do grande contingente de pessoas que são atraídas ao referidos centros comerciais.

Neste sentido, dispõe a Constituição do Estado de São Paulo:

“Artigo 220 – As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.

A Lei Municipal nada mais fez do que exercer o Poder de Polícia diante do risco em potencial que os referidos centros comerciais podem oferecer aos seus usuários e frequentadores resguardando a integridade física dos frequentadores.

Não se pode perder de vista que o poder de polícia é atividade da administração pública que limita e disciplina a prática de atos em conformidade com interesse público que no caso é local. Nessa ótica, não há que se falar em vício de iniciativa ou ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Também não se trata de transferência de obrigação inerente ao Estado ao particular. Como já ressaltado a imposição de atendimento médico de urgência e sua disciplina visa resguardar apenas o público frequentador dos referidos centros comerciais – shopping centers – que atraem um grande número de consumidores, com possível exposição a risco.

Na hipótese, segundo a Constituição Federal, art. 30,

incisos I e II, o Município tem competência material para legislar sobre assuntos de interesse local e de suplementar a legislação federal e estadual, no que couber.

Vale lembrar as considerações feitas pelo Des. Paulo Dimas Mascaretti, por ocasião do julgamento da ADIN n. 0062282-60.2012:

‘Não se trata, portanto, de transferir à iniciativa privada a obrigação do Estado de prestar assistência à saúde, dirigindo-se a imposição legal exclusivamente à garantia do bem-estar do público que diariamente circula naqueles locais, com a disponibilização de serviço médico emergencial para atendimento de situações internas específicas; aliás, tal providência já implicitamente integra o vínculo obrigacional existente entre as partes, razão pela qual não havia óbice a que o Município dispusesse acerca da forma pela qual esta deveria ser efetivada; destarte, não há que se falar em afronta aos artigos 219 e 220, §§ 2º e 3º, da Constituição Estadual, bem como ao princípio da livre iniciativa, inserido no artigo 170 da Constituição Federal, máxime porque este mesmo dispositivo constitucional elege a defesa do consumidor como um dos princípios a serem observados no exercício da atividade econômica (inciso V).’

Como visto, podemos resumir as razões pelas quais o Juízo de origem julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade da seguinte forma: i) as normas impugnadas se propuseram a tutelar a segurança, a integridade física e a proteção dos frequentadores dos shopping centers, levando-se em conta aspectos de segurança do ambiente, em razão deste tipo de empreendimento atrair grande contingente de pessoas em busca de consumo, lazer e atividades

similares; ii) na atuação do Município em resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana; e iii) no exercício do Poder de Polícia que busca proteger seus frequentadores dos riscos em potencial desses estabelecimentos, matéria afeita ao interesse local, não havendo falar em vício formal ou ofensa ao princípio da separação dos poderes.

#### **DA ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL**

Sustenta a requerente, ora recorrente, que as normas hostilizadas padecem de inconstitucionalidade formal por legislarem sobre matéria de competência privativa da União, uma vez que impõem aos empreendimentos a prestação de serviços de assistência à saúde, que integram o conjunto de ações da seguridade social (art. 22, XXIII); e por não tratarem de assunto de interesse local ou suplementarem legislação federal ou estadual (art. 30, I e II).

É certo que, ao menos em tese, podem os municípios, no exercício da competência suplementar, legislar sobre proteção e defesa da saúde, nos termos do art. 24, XII, c/c art. 30, I e II, ambos da Constituição da República.

No julgamento da ADPF nº 672, o Plenário desta Corte reafirmou a autonomia e a consequente repartição de competências legislativas, administrativas e tributárias, dos entes que compõem nosso Estado Federal.

Em relação à saúde, foi registrado que a Constituição Federal estabelece, no inciso II do artigo 23, a competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios para cuidar da saúde e da assistência pública e, no artigo 24, XII, prevê a competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde, possibilitando aos Municípios, nos termos do artigo 30, II, suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local.

O acórdão da ADPF nº 672 foi assim ementado:

“CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). RESPEITO AO FEDERALISMO. LEI FEDERAL 13.979/2020. MEDIDAS SANITÁRIAS DE CONTENÇÃO À DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS. ISOLAMENTO SOCIAL. PROTEÇÃO À SAÚDE, SEGURANÇA SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA. COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). COMPETÊNCIAS DOS ESTADOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS EM LEI FEDERAL. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Proposta de conversão de referendo de medida cautelar em julgamento definitivo de mérito, considerando a existência de precedentes da CORTE quanto à matéria de fundo e a instrução dos autos, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/1999. 2. A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes, que devem ser cada vez mais valorizados, evitando-se o exacerbamento de quaisquer personalismos prejudiciais à condução das políticas públicas essenciais ao combate da pandemia de COVID-19. 3. **Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23, II e IX, da CF), bem como prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, da CF), permitindo aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local (art. 30, II, da CF); e prescrevendo ainda a descentralização político-administrativa**

do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990). 4. O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias previstas na Lei 13.979/2020 no âmbito de seus respectivos territórios, como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, sem prejuízo do exame da validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal editado nesse contexto pela autoridade jurisdicional competente. 5. Arguição julgada parcialmente procedente” (ADPF nº 672 MC-Ref, Tribunal Pleno, Relator Ministro **Alexandre de Moraes**, DJe de 29/10/20).

No mesmo sentido, colaciono os seguintes precedentes: RE nº 741.596/PR-AgR, Segunda Turma, Relator Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 9/4/18; ADI nº 6.088/AM, Tribunal Pleno, Relator Ministro **Edson Fachin**, DJe de 26/9/22; ADPF nº 567/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro **Alexandre de Moraes**, DJe de 29/3/21.

Por outro lado, cabe lembrar o que sustentou a Procuradoria-Geral da República: as normas municipais impugnadas adentraram na seara do direito do trabalho e do direito comercial, ao obrigarem os shopping centers a manterem serviço de atendimento de emergência **com a exigência de contratação de profissional médico**.

Insta ressaltar já ter a Corte assentado que determinada lei municipal, **ao ter exigido de supermercados a contratação de**

**funcionário para prestação de serviço de condicionamento ou embalagem de compras**, invadiu a competência da União para legislar sobre **direito do trabalho e comercial** (Tema nº 525, RE nº 839.950/RS). A mesma lógica se aplica, **mutatis mutandis**, no presente caso.

#### DA ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

Vislumbro, no ponto, vício de inconstitucionalidade material, por contrariedade ao princípio da livre iniciativa.

Alçado a fundamento da República (art. 1º, inciso IV, da CF/88) e da ordem econômica (art. 170, **caput**, da CF/88), o princípio da livre iniciativa, enquanto corolário da autonomia individual, manifestado na liberdade negocial e na liberdade contratual, se relaciona com as demais liberdades fomentadas pela Constituição de 1988. Não se trata, porém, de liberdades absolutas, eis que devem se coadunar com outros fundamentos posicionados em patamar equivalente pelo constituinte, em defesa dos quais seria cabível uma ingerência estatal.

Há, portanto, situações em que a intervenção do Estado no domínio econômico se mostra legítima, no sentido de salvaguardar outros princípios constitucionais tão relevantes quanto o da livre iniciativa e que devem orientar o comportamento dos agentes estatais e privados em suas atividades, a exemplo da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da função social da propriedade.

Entendo, todavia, não ser o caso dos autos.

Em que pese seu nobre intuito, o legislador municipal invadiu indevidamente o espaço da liberdade de iniciativa.

Não se desconsidera que os direitos à vida, à dignidade da pessoa humana e à assistência à saúde têm estatura constitucional e podem ensejar uma intervenção do Poder Público caso o comportamento da iniciativa privada importe em obstrução a seu exercício.

Entretanto, na espécie, as imposições contidas nas leis impugnadas afrontam, desproporcionalmente, a liberdade econômica, consistindo em inadequada e impertinente intervenção estatal. Em que pese a necessidade da intervenção estatal no âmbito econômico se orientar na

direção de valores sociais, tal atuação não pode ser desproporcional.

Tangenciando a questão dos limites da intervenção do Estado na ordem econômica, leciona o Professor e Ministro 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 a 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” (BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. Revista de Direito Administrativo, [S. l.], v. 226, p. 187–212, 2001. DOI: 10.12660/rda.v226.2001.47240. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/47240>. Acesso em: 10 nov. 2023.).

No caso, a Lei Municipal nº 10.947/91, obriga os shopping centers existentes na área do Município de São Paulo a implantarem ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro equipado para o atendimento de emergência. A Lei Municipal nº 11.649/94, acrescentou à obrigação prevista anteriormente a exigência de se dispor de pelo menos um médico e uma ambulância. Por sua vez, o Decreto Municipal nº 29.728, ao regulamentar as citadas leis, estabeleceu padrões mínimos, como área mínima total de 20 metros quadrados, com sala de recepção,

atendimento, manipulação e sanitário com antecâmara.

Como se vê, tais obrigações transbordam os limites de intervenção estatal na atividade econômica desenvolvida por esses estabelecimentos, seja pela ausência de correlação com a prestação de serviços oferecida, seja pela imposição de altos custos na implantação e manutenção do espaço, incluindo gastos com contratação, afora o custo de oportunidade de utilização do espaço. Corroborando o entendimento, cito trecho do parecer da Procuradoria-Geral da República:

“Acresce que a restrição imposta pelas normas municipais impugnadas atenta contra o princípio da livre iniciativa, nos termos do citado precedente do STF. Não se mostra proporcional nem razoável, seja por impor a particulares a prestação de serviço que é de competência do Sistema Único de Saúde, por intermédio do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência – SAMU, seja por reduzir a competitividade do empreendimento, somando não desprezíveis custos indiretos à atividade”.

Outro ponto a se destacar é o que já afirmou a ora recorrente: o que, **a priori**, seria válido, com base no princípio da solidariedade, é “exigir de shoppings centers (...) que contem com facilidades aptas à prestação de ‘primeiros socorros’”, o que não se confunde com as exigências feitas pelas leis impugnadas, as quais se imiscuem com a imposição de prestação de assistência médica profissional. Aliás, informa a ABRASCE que aquilo (prestação de primeiros socorros) já acontece, de um modo geral, nos Shopping Centers a ela filiados.

Em suma, não obstante o valor tutelado pelas normas impugnadas, entendo que elas impõem demasiado ônus aos empresários do ramo, configurando intervenção estatal desarrazoada em clara afronta aos princípios da livre iniciativa, da razoabilidade e da proporcionalidade.

#### DA ANÁLISE DO CASO CONCRETO

Como se viu, o Tribunal de Origem julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade contra as Leis nºs 10.947/91 e 11.649/94 e do Decreto nº 29.728/91, todos do Município de São Paulo.

É o caso, portanto, de se dar provimento ao recurso extraordinário, declarando-se a inconstitucionalidade daquelas leis e, por arrastamento, do mencionado decreto.

#### **DO DISPOSITIVO**

Ante o exposto, dou provimento ao recurso extraordinário para declarar a inconstitucionalidade das Leis do Município de São Paulo nº 10.947/1991 e nº 11.649/1994, bem como, por arrastamento, do Decreto Municipal nº 29.728/1991.

Proponho a fixação da seguinte tese para o Tema nº 1.051:

É inconstitucional lei municipal que estabelece a obrigação da implantação, nos shopping centers, de ambulatório médico ou serviço de pronto-socorro equipado para o atendimento de emergência.

É como voto.