



MB

Nº 70066209982 (Nº CNJ: 0306376-94.2015.8.21.7000)  
2015/CÍVEL

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO E DA CORRESPONDENTE MULTA. LEI MUNICIPAL DE SANTA CRUZ DO SUL QUE GARANTE O LIVRE ACESSO AOS DOADORES DE SANGUE A CASAS DE DIVERSÃO, COMO CINEMAS. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE INICIATIVA E DA PROPRIEDADE PRIVADA.**

- Conflita com a Constituição Federal lei municipal que assegura aos doadores de sangue o acesso gratuito a casas de diversão, de espetáculos teatrais, musicais, circenses, cinemas e similares.

- “Procede a arguição de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei Municipal n.º 5.44/2008 do Município de Santa Cruz do Sul, pois a limitação instituída pela legislação à livre iniciativa e à propriedade privada afigura-se desproporcional” (Incidente de Inconstitucionalidade Nº 70066931957, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Mussoi Moreira, Julgado em 16/05/2016).

**RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO.**

APELAÇÃO CÍVEL

VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Nº 70066209982 (Nº CNJ: 0306376-94.2015.8.21.7000)

COMARCA DE SANTA CRUZ DO SUL

EMPRESA DE CINEMAS ARCO-IRIS  
LTDA

APELANTE

MUNICIPIO DE SANTA CRUZ DO SUL

APELADO

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, [à unanimidade, em dar provimento ao recurso de apelação.](#)

Custas na forma da lei.



MB

Nº 70066209982 (Nº CNJ: 0306376-94.2015.8.21.7000)  
2015/CÍVEL

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH (PRESIDENTE) E DES.<sup>a</sup> DENISE OLIVEIRA CEZAR.**

Porto Alegre, 10 de novembro de 2016.

**DES.<sup>a</sup> MARILENE BONZANINI,**  
**Relatora.**

## **RELATÓRIO**

**DES.<sup>a</sup> MARILENE BONZANINI (RELATORA)**

Trata-se de recurso de apelação interposto por EMPRESA DE CINEMAS ARCO-ÍRIS LTDA, nos autos da ação anulatória movida em face do MUNICÍPIO DE SANTA CRUZ DO SUL, contra a sentença que julgou improcedente os pedidos, nos seguintes termos:

(...)

*Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE a presente ação de nulidade de auto de infração e consequente multa administrativa cumulada com ação declaratória de inexistência de relação jurídica obrigacional, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pela EMPRESA DE CINEMAS ARCO-ÍRIS LTDA em face do MUNICÍPIO DE SANTA CRUZ DO SUL.*

*Condeno a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios do procurador do réu, que estabeleço em R\$ 1.200,00, com fulcro no art. 20, §4º do CPC.*

(...)

Nas razões, discorreu sobre a nulidade do procedimento administrativo que lhe aplicou multa equivalente a R\$ 7.179,10. Apontou irregularidades das notificações. Referiu que apresentou recurso administrativo, sendo que, até o momento, não lhe notificaram da resposta. Renovou o argumento da inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 5.445/08, em especial sobre o art. 1º, que concedeu aos doadores de sangue entrada gratuita em cinemas, teatros, circos, salões de baile dentre outros locais, por violar os arts. 24, I, 170, II, e 174, todas da



MB

Nº 70066209982 (Nº CNJ: 0306376-94.2015.8.21.7000)  
2015/CÍVEL

Constituição Federal. Mencionou que a Lei Federal nº 10.205/01, no seu art. 10, III, veda qualquer tipo de comercialização da doação de sangue. Pediu o provimento do recurso.

Foram apresentadas contrarrazões.

Os autos foram remetidos a este Tribunal, vindo conclusos, após distribuição por sorteio.

Instado a se manifestar, o representante do Ministério Público opinou pelo conhecimento e improvimento do apelo.

Foi suscitado por esta Câmara o Incidente de Inconstitucionalidade do disposto no artigo 1º da Lei nº 5.445/08, do Município de Santa Cruz.

Após parecer no sentido de não conhecimento do incidente, e, no mérito, pela procedência, de lavra do Procurador-Geral de Justiça, o Incidente de Inconstitucionalidade foi unanimemente julgado procedente para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 5.445/08, do Município de Santa Cruz, acórdão exarado pelo Órgão Especial desta Corte e de relatoria do Desembargador Alexandre Mussoi Moreira (fls. 205/218).

Registro que os procedimentos dispostos nos arts. 549, 551 e 552 do CPC e 931, 934 e 935 do NCPC foram observados, com a adoção do sistema informatizado de sessões por esta Corte

É o relatório.

## VOTOS

### DES.<sup>a</sup> MARILENE BONZANINI (RELATORA)

No acórdão de fls. 175/182, encaminhei voto por suscitar incidente de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 5.445/08, do Município de Santa Cruz, cujos fundamentos transcrevo:

(...)

*Pretende o apelante a anulação da notificação de penalidade, e da respectiva multa, em razão da transgressão do art. 1º, da Lei Municipal nº 3.566/00, na redação dada pela Lei nº 5.445/08.*

*Rememoro o caso.*



MB

Nº 70066209982 (Nº CNJ: 0306376-94.2015.8.21.7000)  
2015/CÍVEL

*O apelado notificou o apelante para que cumprisse o disposto no art. 1º, da Lei Municipal nº 3.566/00, na redação dada pela Lei nº 5.445/08, que assim determina:*

*Art. 1º Fica assegurado, aos doadores de sangue, o livre acesso a casas de diversão, de espetáculos teatrais, musicais, circenses, salões de baile, a cinemas, praças esportivas e similares das áreas de esportes, cultura e lazer do Município de Santa Cruz do Sul.*

*O apelante, em resposta a notificação, informou que a exigência vai além do razoável e impõe condições que tornam difícil a atividade comercial, ferindo o princípio do livre comércio, disposto no art. 170, IV, da Constituição Federal, ressaltando que continuaria concedendo o desconto máximo de 50% aos doadores cadastrados e em dia com as doações (fl. 72), o que restou indeferido (fl. 74/77).*

*Posteriormente, diante da constatação que a apelante estava descumprindo o disposto no art. 1º, da Lei Municipal nº 5.445/08 (fl. 71), o apelado impôs multa ao apelante, nos termos do art. 4º, da Lei Municipal nº 3.566/00, que assim reza:*

*Art. 4º - A transgressão ao disposto nesta Lei sujeitará o infrator as seguintes penalizações:*

*I - na primeira infração será dada a advertência;*

*II - na segunda infração será cobrada uma multa de 30 (trinta) UPMs;*

*III - sucedendo-se mais infrações, será cassado o alvará de licença do infrator.*

*O apelado, a rigor, nada mais fez do que cumprir a legislação municipal, sobretudo porque está adstrito ao princípio da legalidade.*

*Ocorre, porém, que a questão ultrapassa a mera aplicação do princípio da legalidade – critério da subsunção –, merecendo maior reflexão.*

*Ao meu sentir, a legislação local, ao conceder acesso gratuito aos doadores de sangue a casas de diversão, de espetáculos teatrais, musicais, circenses, salões de baile, a cinemas, praças esportivas e similares das áreas de esportes, cultura e lazer do Município de Santa Cruz do Sul violou frontalmente a livre iniciativa, fundamento não só do Estado, mas também fundamento da ordem econômica, (arts. 1º, IV e*



MB

Nº 70066209982 (Nº CNJ: 0306376-94.2015.8.21.7000)  
2015/CÍVEL

170, caput), bem com o princípio da propriedade privada (art. 170, II, da CF)<sup>1</sup>.

*Como bem observa José Afonso da Silva, "não só aqui, como no mundo ocidental em geral, a ordem econômica consubstanciada na Constituição, não é senão uma forma econômica capitalista, porque ela se apóia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada"*<sup>2</sup>.

*Dentro desse sentido, não se pode deixar de considerar que intervenção do apelado – é bem verdade que com espírito altruístico e solidário – na atuação da empresa – impondo-lhe, sem contraprestação, ônus relativo à concessão de gratuidade total aos doares de sangue – está a ferir de morte os princípios da livre iniciativa e da propriedade privada, pois restou criada obrigação nova que poderá afetar drasticamente o faturamento da apelante e em consequência o seu lucro, características de sua atuação empresarial que estão em sintonia com a ordem constitucional em vigor.*

*Sobre o tema, não desconheço a existência de precedente do STF em sentido contrário, qual seja, ADI 3.215/ES, cuja ementa passo a transcrever:*

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.737/2004, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. GARANTIA DE MEIA ENTRADA AOS DOADORES REGULARES DE SANGUE. ACESSO A LOCAIS PÚBLICOS DE CULTURA ESPORTE E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONTROLE DAS DOAÇÕES DE SANGUE E COMPROVANTE DA REGULARIDADE. SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ARTIGOS 1º, 3º, 170 E 199, § 4º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.**

*1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado*

<sup>1</sup> O art. 158, da CE dispõe: "A intervenção do Estado no domínio econômico dar-se-á por meios previstos em lei, para orientar e estimular a produção, corrigir distorções da atividade econômica e prevenir abusos do poder econômico."

<sup>2</sup> "Curso de Direito Constitucional Positivo", ed. Saraiva, 9ª ed., p. 666.



MB

Nº 70066209982 (Nº CNJ: 0306376-94.2015.8.21.7000)  
2015/CÍVEL

*só intervirá na economia em situações excepcionais. Muito ao contrário.*

*2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170.*

*3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a priviligia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa.*

*4. A Constituição do Brasil em seu artigo 199, § 4º, veda todo tipo de comercialização de sangue, entretanto estabelece que a lei infraconstitucional disporá sobre as condições e requisitos que facilitem a coleta de sangue.*

*5. O ato normativo estadual não determina recompensa financeira à doação ou estimula a comercialização de sangue.*

*6. Na composição entre o princípio da livre iniciativa e o direito à vida há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário.*

*7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.*

*(ADI 3512, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 15/02/2006, DJ 23-06-2006 PP-00003 EMENT VOL-02238-01 PP-00091 RTJ VOL-00199-01 PP-00209 LEXSTF v. 28, n. 332, 2006, p. 69-82)*

*Observe, contudo, que aqui a situação é outra: envolve concessão de acesso gratuito (entrada gratuita, sem nenhuma contraprestação), estendendo-o obrigatoriamente ao setor privado; naquele julgado, a discussão restringia-se a meia-entrada e somente ao âmbito dos locais públicos, quer dizer, não envolvia o setor privado.*

*Aliás, é por isso, talvez, que o apelante, desde a inicial, vem argumentando que a gratuidade deve ficar restrita aos eventos realizados e promovidos pela própria administração pública, não podendo ser estendida ao setor privado.*

*Nesse sentido, como muito bem observado pelo Min. Marco Aurélio, no julgamento da ADI 1.950/SP – que envolveu a discussão acerca da constitucionalidade da Lei Estadual 7.844/92, de São Paulo,*



MB

Nº 70066209982 (Nº CNJ: 0306376-94.2015.8.21.7000)  
2015/CÍVEL

*que garantia meia-entrada aos estudantes em casas de diversão, esporte, cultura e lazer do próprio Estado –, “essa forma de dispor, entretanto, com interferência de fundo na livre iniciativa, sem contrapartida, cumprimentando o Estado – e a premissa é esta – com o chapéu alheio”, não é consentânea com a Constituição Federal, pois “conflita com o fundamento da República, que é a livre iniciativa”.*

*Realmente, o Estado ao conceder um privilégio a determinado seguimento social – doadores de sangue –, sem arcar com os custos dele advindos, está “cumprimentando com o chapéu alheio”.*

*É bem verdade que a referida ADI foi julgada improcedente, por maioria, mas o que quero salientar é que o caso concreto, ao contrário do que estava em discussão no STF – garantia de meia-entrada somente –, envolve garantia de livre acesso – gratuidade – aos doadores de sangue no estabelecimento do apelante, o que, ao meu sentir, repito, viola a livre iniciativa, ao transferir ônus ao setor privado sem nenhuma contraprestação.*

*E, sob essa perspectiva, a Lei Municipal nº 5.445/08 também contrasta com o art. 174, caput, da Constituição Federal, que assim determina:*

*Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.*

*Como informa Celso Antônio Bandeira de Mello, “com o advento da Constituição de 1988 tornou-se enfaticamente explícito que nem mesmo o planejamento econômico feito pelo Poder Público para o setor da atividade ou para o conjunto deles pode impor-se como obrigatório para o setor privado”, salientando, em seguida, que o referido “artigo deixa explícito que, a título de planejar, o Estado não pode impor aos particulares nem mesmo o atendimento às diretrizes ou intenções pretendidas<sup>3</sup>”.*

*Isso que dizer que o Estado – a pretexto de promover incentivo para que às pessoas doem sangue – acaba por afrontar o princípio da livre iniciativa, uma vez que concede benefício a um grupo determinado de pessoas à custa do empresário, e ainda sem qualquer contrapartida, ou seja, na verdade, o Estado não está promovendo uma ação social, mas impondo à iniciativa privada a obrigação de promovê-la.*

<sup>3</sup> “Curso de direito administrativo”, Ed. Malheiros, 30 ed., p.812.



MB

Nº 70066209982 (Nº CNJ: 0306376-94.2015.8.21.7000)  
2015/CÍVEL

*Luís Roberto Barroso, neste viés, verbera que “o que o Estado não pode pretender, sob pena de subverter os papéis, é que a empresa privada, em lugar de buscar o lucro, oriente sua atividade para consecução dos princípios-fins da ordem econômica como um todo, com sacrifício da livre-iniciativa. Isto seria dirigismo, uma opção por um modelo historicamente superado. O Poder Público não pode supor, e.g., que uma empresa esteja obrigada a admitir um número ‘x’ de empregados, independentemente de suas necessidades, apenas para promover o pleno emprego. Ou ainda que o setor privado deva compulsoriamente doar produtos para aqueles que não têm condições de adquiri-los, ou que se instalem fábricas obrigatoriamente em determinadas regiões do País, de modo a impulsionar seu desenvolvimento. Ao Estado, e não à iniciativa privada, cabe desenvolver ou estimar práticas redistributivas ou assistencialistas. É do Poder Público a responsabilidade primária. Poderá desincumbir-se dela por iniciativa própria ou estimulando comportamentos da iniciativa privada que conduzam a esses resultados, oferecendo vantagens fiscais, financiamentos, melhores condições de exercício de determinadas atividades, dentre outras formas de fomento”<sup>4</sup>.*

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

*Não destoa o ensinamento de Paulo Henrique Rocha Scott, in verbis:*

*“...quanto ao setor econômico privado, o planejamento surge como uma ferramenta que induz, inspira, persuade alguém a realizar algo. Os agentes econômicos atuantes no setor privado aderirão aos propósitos do plano somente se for da sua conveniência ou, no caso de não haver vantagens explícitas e imediatas, se compreenderem a importância de participarem interativamente com o Estado na busca da concretização de algumas metas que trarão, ao final, resultados que justificarão a sua adesão (...) Em termos gerais, o planejamento indicativo da atividade econômica praticada no setor*

<sup>4</sup> A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços, in Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 14, maio, junho e julho/208, Salvador/BA.





MB

Nº 70066209982 (Nº CNJ: 0306376-94.2015.8.21.7000)  
2015/CÍVEL

*privado deve tão somente convidar a iniciativa particular a realizar algo que se compatibilize imediata ou mediatamente com as estratégias e ambições estatais, de maneira a produzir alguns resultados econômicos positivos*<sup>5</sup>.

*Nesse passo, inegável que o art. 1º, da Lei Municipal nº 3.566/00, na redação dada pela Lei Municipal nº 5.445/08, de Santa Cruz do Sul, violou os arts. 1º, IV, 170, caput e inc. II, e 174, todos da Constituição Federal.*

(...)

No acórdão de fls. 205/217v, o Órgão Especial acolheu o incidente, considerando inconstitucional a disposição legal mencionada, cuja ementa transcrevo:

*INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 1º DA LEI MUNICIPAL Nº 5.445/2008 DE SANTA CRUZ DO SUL. GRATUIDADE DE INGRESSO EM ESTABELECIMENTOS DE LAZER, CULTURA E ESPORTE LOCALIZADOS NAQUELE MUNICÍPIO A DOADORES DE SANGUE. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. Procede a arguição de inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei Municipal n.º 5.44/2008 do Município de Santa Cruz do Sul, pois a limitação instituída pela legislação à livre iniciativa e à propriedade privada afigura-se desproporcional. POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR, REJEITARAM A PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO INCIDENTE E, NO MÉRITO, À UNANIMIDADE, JULGARAM PROCEDENTE O INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. (Incidente de Inconstitucionalidade Nº 70066931957, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Mussoi Moreira, Julgado em 16/05/2016)*

Em razão do decidido, nada resta a dizer, senão o provimento do recurso para o fim declarar a nulidade do auto de infração (fl. 30), e, por consequência, da multa imposta.

**Ante o exposto, dou provimento ao apelo, nos termos da fundamentação.**

<sup>5</sup> In Direito constitucional econômico: estado e normalização da economia, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2000.



MB

Nº 70066209982 (Nº CNJ: 0306376-94.2015.8.21.7000)  
2015/CÍVEL

Inverto os ônus sucumbenciais, com ressalva de que o apelado está isento do pagamento da totalidade das custas processuais, conforme disposto no art. 11, parágrafo único, da Lei Estadual nº 8.121/85, exceto as de reembolso e de condução dos Oficiais de Justiça, pois paga o auxílio-condução previsto no art. 29, § 1º, da Lei Estadual n.º 7.305/79, com redação dada pela Lei Estadual n.º 11.873/2002.

**DES.<sup>a</sup> DENISE OLIVEIRA CEZAR** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH (PRESIDENTE)** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH** - Presidente - Apelação Cível nº 70066209982, Comarca de Santa Cruz do Sul: "DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: JOSIANE CALEFFI ESTIVALET