



ESTADO DE SANTA CATARINA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APELAÇÃO Nº 5005879-08.2023.8.24.0080/SC

APELANTE: DIMED S/A - DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS (AUTOR)

APELANTE: MUNICÍPIO DE XANXERÊ (RÉU)

APELADO: OS MESMOS

DESPACHO/DECISÃO

Trata-se de **pedido de tutela incidental** formulado pelo Município de Xanxerê, alegando, em suma, que a decisão monocrática não poderia ser proferida monocraticamente, informando a existência de situação fática em decorrência da decisão quanto à abertura de farmácias no regime de rodízio estabelecido pela legislação municipal. Requer a suspensão dos efeitos da decisão do evento 10 que deu provimento monocrático ao recurso interposto.

Decido.

Ao contrário do que afirma a peticionante, a decisão não proibiu o Município de estipular a exigência de abertura obrigatória [aspecto positivo], em regime de rodízio, das farmácias do Município de Xanxerê, em face do interesse coletivo subjacente [acesso aos medicamentos]. O que a decisão afirmou é ser vedado ao Município impedir [aspecto negativo] a atividade econômica de outras drogarias/farmácias em qualquer dia ou horário [funcionamento], em face da superveniência da Lei da Liberdade Econômica [LLE].

A decisão monocrática impugnada se funda justamente em julgado do STF que aborda a influência da Lei de Liberdade Econômica no âmbito de abrangência da Súmula Vinculante 38 que, por sua vez, subsiste no seu aspecto positivo [obrigatoriedade de rodízio], enquanto perdeu a eficácia no aspecto negativo [limitação de dia e/ou horário de funcionamento]. A decisão citada no pleito [STF, ARE 1487578, Min. Flávio Dino] analisou o tema sem considerar a Lei de Liberdade Econômica, enquanto as decisões a seguir, também da Corte Suprema, baseam-se no impacto da nova conformação no exercício da atividade econômica.

O STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 1.476.571, em 28/02/2024, o Ministro Nunes Marques, analisando questão similar, deixou assentado que a orientação da Súmula Vinculante 38 deve se adaptar à superveniência da Lei da Liberdade Econômica, impedindo a limitação da atividade de serviços, ao mesmo tempo que não impede que o Município imponha "rodízio" de plantão de farmácias, sem a limitação, entretanto, de que outras drogarias/farmácias também possam funcionar.

O caso é bem equivalente, conforme relatado pelo Min. Nunes Marques, envolvendo Município do Estado de Santa Catarina:

"O **Município de Itapema/SC** formalizou, com fundamento na alínea 'a' do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, recurso extraordinário (eDoc 16) contra acórdão (eDoc 14) do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. A ementa desse julgamento apresenta o seguinte teor:

"MANDADO DE SEGURANÇA. NEGATIVA, PELO MUNICÍPIO, DO PEDIDO ADMINISTRATIVO DE AMPLIAÇÃO DE HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO DE FARMÁCIA. EXISTÊNCIA DE NORMA LOCAL QUE REGULA A MATÉRIA. SUPERVENIÊNCIA PORÉM DA LEI FEDERAL N. 13.874/2019, QUE ESTABELECE REGRAS DE PROTEÇÃO À LIVRE INICIATIVA E AO LIVRE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS CLARA NO SENTIDO DE QUE NÃO É RAZOÁVEL A LIMITAÇÃO DO HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO. SUSPENSÃO AUTOMÁTICA DA EFICÁCIA DA LEI MUNICIPAL NA PARTE EM QUE FOR CONTRÁRIA À LEGISLAÇÃO FEDERAL. REFORMA DA DECISÃO. CONCESSÃO DA ORDEM. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO"

Consta do voto do RE 1476.571 e do ARE 1471984, também do Min. Nunes Marques, a lógica subjacente:

"Reputo relevantes as razões recursais.

"Não desconheço que o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudenciano sentido de que os entes federativos municipais dispõem de aptidão, considerada a competência a eles outorgada pela Constituição para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I), para fixarem o horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais, inclusive positivando essa orientação na Súmula Vinculante n. 38, com o seguinte teor:

"É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial".

"Inclusive, em controvérsias envolvendo o horário de funcionamento de farmácias e drogarias, entre outros precedentes, já assim anuiu:

"Agravamento no agravo de instrumento. Farmácia. Horário de funcionamento. Competência



municipal. Precedentes. 1. A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que os Municípios são competentes para fixar o horário de funcionamento de farmácias e drogarias, o que não implica em violação aos princípios constitucionais da isonomia, da livre iniciativa, da livre concorrência e da defesa do consumidor". 2. Agravo regimental não provido. (AI 629.125 AgR, ministro Dias Toffoli)

"AGRAVO REGIMENTAL. FIXAÇÃO DE REGIME DE PLANTÃO PARA FARMÁCIAS E DROGARIAS. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, LIVRE CONCORRÊNCIA E INICIATIVA E DEFESA DO CONSUMIDOR.

"Legislação municipal que, dentro de sua competência, fixa horário de funcionamento de farmácias, sem contrariar os princípios sob enfoque, conforma-se com a jurisprudência do STF (RE 218.749, Rel. Min. Ilmar Galvão). Agravo regimental desprovido. (RE 313.107 AgR, ministro Ilmar Galvão)

"No entanto, em decisão da Primeira Turma da Suprema Corte na Rcl 35.075 AgR, ministro Roberto Barroso, considerando discussão envolvendo a incidência da Súmula Vinculante n. 38 para fazer prevalecer legislação local limitativa do horário de funcionamento de farmácia e drogaria não incluída em escala de plantão, firmou a seguinte orientação:

"DIREITO CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. COMPETÊNCIA MUNICIPAL. HORÁRIO DE COMÉRCIO LOCAL. SÚMULA VINCULANTE 38.

"1. Reclamação em que se impugna sentença na qual se afirmou, incidentalmente, a inconstitucionalidade material de dispositivo da Lei nº 5.954/2013 do Município de Colatina-ES que veda o funcionamento ininterrupto de farmácias.

"2. A Súmula Vinculante 38 afirma a competência Municipal para estabelecer o horário de funcionamento do comércio local. Do seu texto, no entanto não decorre a afirmação de constitucionalidade material de todas as normas editadas sob o exercício de tal competência.

"3. Agravo interno desprovido, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015.

(Primeira Turma, Sessão Virtual de 20 a 26.9.2019, DJe de 10.10.2019)

"Essa acepção foi, inclusive, abonada pela Segunda Turma, consoante se observa do que restou decidido na Rcl 53.194 AgR, Redator para o acórdão o ministro Edson Fachin.

"Desse modo, considerando esses dois precedentes, entendo que a Corte Suprema deu adequada dimensão do âmbito de incidência da Súmula Vinculante n. 38 no ramo comercial de venda de produtos farmacêuticos, *pois o que se discute nestes e naqueles autos reclamatórios é o direito fundamental da liberdade, em sua vertente da liberdade de iniciativa, econômica, a qual tem por fim assegurar existência digna às pessoas e, inclusive, ser fundada na valorização do trabalho humano, conforme dispõe o art. 170 da Constituição Federal.*

"Nesse conjuntura, tem-se presente que a Constituição atribuiu ao Estado, no contexto econômico, o exercício, na forma da lei, além das funções de fiscalização e planejamento, da de incentivo às atividades econômicas (art. 174, CF).

"Ainda, a necessidade de se dar efetividade a tal posituação de autonomia econômica e de iniciativa é tamanha que o próprio legislador, em lei nacional, qual seja a Lei de nº 13.874/2019, fez instituir a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.

"Transcrevo, com meu destaque, excertos deste regramento que dão a grandeza do ambiente de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício da atividade econômica que decorre do prescrito no inciso IV do *caput* do art. 1º, no parágrafo único do art. 170 e no *caput* do art. 174, todos da Constituição de 1988, *verbis*:

"Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do *caput* do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do *caput* do art. 174 da Constituição Federal.

"Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:

I – a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

"III – a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e

"Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

"II – desenvolver atividade econômica em qualquer horário ou dia da semana, inclusive feriados, sem que para isso esteja sujeita a cobranças ou encargos adicionais, observadas:

a) as normas de proteção ao meio ambiente, incluídas as de repressão à poluição sonora e à perturbação do sossego público; b) as restrições advindas de contrato, de regulamento condominial ou de outro negócio jurídico, bem como as decorrentes das normas de direito real, incluídas as de direito de vizinhança; e c) a legislação trabalhista";

"Assim, se é certo que o comando sumular vinculante diz ser o município competente para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial, não é certo que se está a autorizar, a toda evidência, toda e qualquer restrição de horário desprovida de razoabilidade, inclusive de forma a se macularem preceitos e normas constitucionais de cunho protetivo do cidadão frente ao Estado.

"Não se pode conceber ou, para se utilizar de uma expressão do jargão popular, não se está a dar um verdadeiro cheque em branco para o ente municipal estabelecer toda sorte de restrição na agenda de funcionamento do comércio local.

"Com isso, não se está a sonegar a atribuição de os municípios legislarem sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, CF), e regular o horário do comércio local está abarcado por tal dispositivo constitucional, porém há de se ter parcimônia, temperança, razoabilidade, em tais emanações legislativas.

"Assentadas tais premissas, cabe referir os fundamentos do acórdão recorrido nesta sede extraordinária (eDoc 15 - grifei):

"Nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição Federal, "compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local". E, ao interpretar o referido dispositivo constitucional, o Supremo Tribunal Federal definiu que é atribuição da municipalidade "fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial" (súmula vinculante nº 38).

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 174645/SP, o Relator Ministro Maurício Corrêa registrou que "a fixação de horário de funcionamento para o comércio dentro da área municipal pode ser feita mediante a edição de lei local por se tratar de matéria de interesse do Município. Não há aí qualquer afronta aos princípios constitucionais da isonomia, da livre iniciativa, da livre concorrência, do livre comércio ou ao direito do consumidor. Ao contrário, para proteger o interesse deste cabe ao Administrador, nos limites da competência legislativa e administrativa da Municipalidade relativamente à ordenação da vida urbana, disciplinar a atividade comercial, não apenas garantindo a oferta da

mercadoria, mas, indiretamente, evitando a dominação do mercado por oligopólio, possibilitar ao pequeno comerciante retorno para as despesas decorrentes do plantão obrigatório".

"Desse modo, especificamente quanto à discussão nos presentes autos e tal como consta do acórdão recorrido, a norma municipal estabelece um regime de plantão de funcionamento entre as farmácias e drogarias em determinados horários, notadamente no período noturno, de sorte que, nesses horários, só pode haver o funcionamento daquele estabelecimento autorizado pelo ente municipal.

"Ou seja, mesmo que a farmácia ou a drogaria, por sua liberalidade, queira funcionar ininterruptamente, de domingo a domingo, 24 (vinte e quatro) horas por dia, não lhe será assistida essa possibilidade se não estiver abarcada pela escala do plantão estabelecido pelo município.

"Tenho para mim que tal exigência vai de encontro a parâmetros saudáveis de razoabilidade e logicidade e, mais ainda, macula os valores sociais e de valorização do trabalho humano, bem assim da livre iniciativa preconizados no arts. 1º, IV, e 170, caput, da Carta.

"Afim, veja-se: a razão de se ter um regime de plantão de drogarias e de farmácias no âmbito municipal é ter, sempre, pelo menos um desses estabelecimentos aberto com o fito de atender as necessidades inadiáveis da comunidade, já que os produtos os quais comercializam têm, por óbvio, caráter de extrema essencialidade à saúde e à vida humanas.

"E aqui me vem a seguinte indagação: Qual a razão? Qual a lógica de vedar a abertura, àquele comerciante ou empresário, de sua farmácia ou drogaria que queira, voluntariamente, atender as necessidades inadiáveis da comunidade? Efetivamente, não há razoabilidade, não há fundamento lógico".

"Estar-se-á, observo, avalizando prática de cunho anticoncorrencial, pois se somente um restrito número de estabelecimentos desse gênero pode abrir em certo horário, evidentemente não haverá qualquer disputa pela preferência do consumidor, inclusive quanto aos preços praticados pelos produtos e serviços, em franca violação, também, ao princípio da defesa do consumidor (art. 170, V, CF) a que a ordem econômica deve proteção.

"Não é diferente a compreensão se vista a situação sob o ângulo do mercado de trabalho, pois veja-se que, quanto mais houver estabelecimentos por períodos a mais em funcionamento, obviamente, há de se ter funcionários em quantidade suficiente para cumprir os turnos de trabalho ininterrupto. Inversamente, períodos diminutos de funcionamento e restrição à quantidade de comércios abertos redundam, por certo, em menor demanda no mercado laboral".

Por isso a decisão do ev. 10 deixou claro que se trata de direito analisado exclusivamente em relação à parte autora, sem declaração da inconstitucionalidade da Lei Municipal, com a preservação da eficácia dos demais aspectos regulados, isto é, a Lei Municipal 4182/2020 pode obrigar o funcionamento em plantão [rodízio], em face do interesse público subjacente, de interesse local [municipal], mas não pode impedir a atividade econômica das demais farmácias não escaladas para o rodízio de também abrirem livremente os seus estabelecimentos, por se tratar de abuso do poder regulatório.

Aliás, constou expressamente:

"Ressalto, ainda, que a Lei Municipal n. 4.182/2020 estabeleceu penalidades para as farmácias ou drogarias que descumprirem o horário de funcionamento regular, conforme se infere:

Art. 3º O descumprimento dos preceitos previstos nesta Lei sujeitará o estabelecimento infrator à pena de multa de 325 (trezentos e vinte e cinco) UFRM e à suspensão do alvará de localização e funcionamento até regularização.

Art. 4º No caso de reincidência no cometimento da infração, a multa será aplicada em dobro, além de o infrator ter o alvará de localização e funcionamento suspenso por um período de 180 (cento e oitenta) dias.

Assim, no caso em comento, a ampliação do horário de funcionamento somente é possível com a participação da escala de plantão ininterrupto, pois o descumprimento do horário de funcionamento regular implicará multa, o que prejudica a apelante.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso para:

[a] reconhecer o direito subjetivo da apelante de abrir e manter em funcionamento o seu estabelecimento, no qual esteja instalada farmácia ou drogaria, **a qualquer dia e hora da semana, inclusive nas hipóteses em que não haja contemplação na escala de funcionamento [horário de plantão];**

[b] determinar que o ente municipal se abstenha de praticar qualquer ato tendente a proibir ou turbar a abertura e o funcionamento do estabelecimento comercial da apelante, no qual esteja instalada farmácia ou drogaria, a qualquer dia e hora da semana".

Destaco, uma vez mais, que o item [a] deixou clara a subsistência da eficácia da escala do regime de plantão estabelecida pela Lei Municipal em relação à autora/apelante. Em consequência, todas as farmácias, inclusive a autora, devem se submeter ao horário de plantão [rodízio]. Entretanto, a autora poderá funcionar a qualquer dia ou horário, obrigatoriamente quando em plantão, além dos outros dias e horários por liberalidade. As demais farmácias podem procurar exercer o seu direito de funcionar livremente, caso o Município não ajuste a legislação, recebendo no máximo, o direito conferido à autora de funcionamento livre, mantida a obrigatoriedade de submetimento ao rodízio de plantão.

A virada promovida pela Lei de Liberdade Econômica orienta-se no sentido de que o Estado deve intervir o mínimo possível no mercado. O Município de Xanxerê situa-se no território nacional e se submete às disposições da Lei de Liberdade Econômica. Em consequência, salvo na preservação das normas de proteção ao meio ambiente, incluindo poluição sonora e perturbação do sossego público, de direito real ou da legislação trabalhista, toda e qualquer restrição [aspecto negativo], perdeu eficácia [retrospectiva], nem poderá ser objeto válido de novas limitações pelo Poder Legislativo municipal [efeitos prospectivos]. Por isso, ao Município é vedado limitar a atividade econômica em face de critérios adicionais aos da proteção ao meio ambiente [abuso do poder regulatório conferido ao Município], autorizando restrições quanto à poluição sonora, zoneamento da instalação do comércio e/ou indústria e outros temas de interesse municipal.

Nesse sentido, Rafael Maffini [Comentários ao art. 3º, II. In: CRUZ, André Santa; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Lei da Liberdade Econômica – Lei 13874/19 Comentada Artigo por Artigo**. Salvador: JusPodivm, 2020, p.158-159] é certo:

"Não se desconhece a jurisprudência do STF, no sentido de que os Municípios teriam autonomia para legislar sobre a fixação de horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais, autonomia esta derivada do art. 30, I, da Constituição Federal. *Ocorre que tal orientação jurisprudencial é anterior ao surgimento da Lei de Liberdade Econômica e, reconhecida sua condição de legislação introdutora de normas gerais sobre Direito Econômico, parece ser absolutamente defensável que nem os Estados, nem o Distrito Federal e nem mesmo os Municípios possuem tal competência normativa para restrições que se contraponham ao art. 3º, II, da Lei 13.874/19.* Lembre-se, aliás, que o STF já reconheceu que a legislação municipal não poderia, ainda que sob pretexto de proteger interesses locais, contrariar o princípio da livre concorrência quando da fixação de zoneamentos e limitações comerciais. [...] *Diante disso, tem-se que o surgimento do direito de empreender em qualquer horário e dia da semana, contemplado no art. 3º, II, da Lei 13.874/19, tratando-se de norma geral de Direito Econômico de competência nacional da União, os Municípios – tanto quanto os Estados e o Distrito Federal – deixaram de ter a prerrogativa de instituir limitações que violem os parâmetros insculpidos no referido preceito legal, ainda que sob o pretexto de se tratar de tema de interesse local"*.

Por fim, seria inválida, por exemplo, a limitação de funcionamento de padarias, confeitarias, postos de combustível, enfim, toda e qualquer limitação à atividade econômica fora das hipóteses previstas na Lei de Liberdade Econômica. Do mesmo modo, eventual restrição de funcionamento [instalação; horário de funcionamento etc.] de restaurantes ou do comércio [bens; roupas; cooperativas; animais; veículos/tratores; insumos agrícolas etc.]; instalados na FEMI - Festa Estadual do Milho, ocorrida anualmente no Parque de Exposição Rovillo Bortoluzzi, situado no Município de Xanxerê, sob o argumento de que concorreria com a atividade econômica dos estabelecimentos que abrem durante todo o ano na cidade, porque extrapolaria o espaço de conformidade normativa do Município [abuso do poder regulatório municipal].

Em resumo, o Município pode obrigar a realização de "rodízio" [plantão] mínimo de abertura das farmácias, inclusive impondo sanções aos recalcitrantes, até porque o objeto do processo se refere exclusivamente ao direito da autora de abrir o estabelecimento livremente [escalada ou não para o rodízio]. A imposição de sanções por descumprimento do "rodízio" prevalece intacta.

2. DECISÃO

Por tais razões, **indefiro** o pedido de suspensão dos efeitos da decisão do ev. 10, mantendo aos comandos, com o esclarecimento do item [c]:

[a] reconhecer o direito subjetivo da apelante de abrir e manter em funcionamento o seu estabelecimento, no qual esteja instalada farmácia ou drogaria, *a qualquer dia e hora da semana, inclusive nas hipóteses em que não haja contemplação na escala de funcionamento [horário de plantão]*;

[b] determinar que o ente municipal se abstenha de praticar qualquer ato tendente a proibir ou turbar a abertura e o funcionamento do estabelecimento comercial da apelante, no qual esteja instalada farmácia ou drogaria, a qualquer dia e hora da semana".

[c] *esclarecer que a decisão manteve a validade e a eficácia da Lei Municipal 4.182/2020 no tocante à imposição do "rodízio de plantão" [aspecto positivo] de todos os estabelecimentos que exploram o ramo drogarias/farmácias, inclusive a apelante, sob pena de sanções em caso de descumprimento, autorizando, no entanto, que a DIMED S/A possa abrir seu estabelecimento também nos dias e horários em que não for escalada para o plantão.*

No mais:

[a] intimem-se as partes;

[b] voltem conclusos para inclusão em pauta.

Documento eletrônico assinado por **ALEXANDRE MORAIS DA ROSA, Juiz de Direito de Segundo Grau**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **5292436v16** e do código CRC **15e28f85**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): ALEXANDRE MORAIS DA ROSA
Data e Hora: 13/9/2024, às 12:27:25

5005879-08.2023.8.24.0080

5292436.V16