



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

Ação direta de inconstitucionalidade. Lei municipal sobre a venda de óculos com lentes sem correção, entre outras providências. Exigência de licença da Vigilância Sanitária Municipal. Interpretação conforme.

O Município pode dispor sobre a venda de produtos óticos e a prestação de serviços correspondentes no âmbito da sua competência legislativa.

Em interpretação conforme, a lei municipal regulamentadora não pode condicionar a comercialização de óculos com lentes sem correção mediante as exigências sanitárias cabíveis à comercialização de produtos e à prestação dos serviços características e típicas aos óculos com grau.

Quando se trate de estabelecimento com a finalidade exclusiva de comerciar óculos sem grau de correção visual, são inexigíveis licenciamento de responsabilidade técnica de profissional optometrista e documentação da disponibilidade de equipamentos técnicos específicos, atinentes aos óculos com grau.

AÇÃO	DIRETA	DE	ÓRGÃO ESPECIAL
INCONSTITUCIONALIDADE			
Nº 70050507045		COMARCA DE PORTO ALEGRE	
PROCURADOR-GERAL DE JUSTICA			PROPONENTE
MUNICIPIO DE TRAMANDAI			REQUERIDO
CAMARA MUNICIPAL DE VEREADORES DE TRAMANDAI			REQUERIDO
PROCURADOR-GERAL DO ESTADO			INTERESSADO
SINDICATO COMERCIO VAREJISTA MATERIAL OPTICO - SINDIOPTICA			INTERESSADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, em julgar improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, vencidos parcialmente os



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

Desembargadores Carlos Cini Marchionatti (Relator), Glênio José Wasserstein Hekman, Túlio de Oliveira Martins, Ney Wiedemann Neto, Lúcia de Fátima Cerveira, Marcelo Cezar Müller, Arminio José Abreu Lima da Rosa, Sylvio Baptista Neto e Irineu Mariani e, vencidos integralmente, os Desembargadores Luiz Felipe Brasil Santos, Aymoré Roque Pottes De Mello, José Aquino Flôres de Camargo, Guinther Spode, Orlando Heemann Júnior, André Luiz Planella Villarinho, Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Marilene Bonzanini e Marcelo Bandeira Pereira (Presidente).

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DESEMBARGADORES MARCELO BANDEIRA PEREIRA (PRESIDENTE), ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA, NEWTON BRASIL DE LEÃO, SYLVIO BAPTISTA NETO, JAIME PITERMAN, FRANCISCO JOSÉ MOESCH, LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, IRINEU MARIANI, SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, ELAINE HARZHEIM MACEDO, AYMORÉ ROQUE POTTES DE MELLO, JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO, GUNTHER SPODE, ORLANDO HEEMANN JÚNIOR, ALEXANDRE MUSSOI MOREIRA, ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO, ANTÔNIO CORRÊA PALMEIRO DA FONTOURA, MARILENE BONZANINI, GLÊNIO JOSÉ WASSERSTEIN HEKMAN, TÚLIO DE OLIVEIRA MARTINS, NEY WIEDEMANN NETO, LÚCIA DE FÁTIMA CERVEIRA E MARCELO CEZAR MÜLLER.**

Porto Alegre, 01 de abril de 2013.

DES. CARLOS CINI MARCHIONATTI,
Relator.



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

RELATÓRIO

DES. CARLOS CINI MARCHIONATTI (RELATOR)

Refiro-me ao despacho das folhas 125-6:

Vistos.

O Procurador-Geral de Justiça ajuizou ação direta de inconstitucionalidade da Lei n. 1912, de 27 dezembro de 2002, do Município de Tramandaí, que regulamenta a venda e os serviços de produtos óticos, exigindo dos respectivos estabelecimentos comerciais licença da Vigilância Sanitária municipal.

A pretensão é de conferir à lei interpretação conforme a constituição, extirpando a expressão “óculos com lentes sem correção” (Parágrafo Único do artigo 2º), afastando, assim, a exigência de licença da vigilância sanitária para o caso de estabelecimentos que comercializem apenas óculos de proteção solar sem grau.

O Procurador-Geral de Justiça arrazoa seu pedido, afirmando que, no caso de óculos de proteção solar sem grau, a lei impõe exigências e restrições aos estabelecimentos que o comercializam ineficazes, no sentido de tutelar a saúde da coletividade de consumidores, o que fere a regra de ponderação de princípios da proporcionalidade.

Não há requerimento de medida cautelar liminar.

Como se depreende, a matéria é relevante.

Notifiquem-se as autoridades municipais requeridas, de modo que prestem informações no prazo previsto em lei.

Cite-se o Procurador-Geral do Estado, artigo 95, § 4º, da Constituição Estadual.

O processo teve curso regular e obedeceu ao rito que lhe é próprio, pronunciaram-se o Município de Tramandaí, o Procurador Geral do Estado, com ratificação do Sr. Vice Governador, e o Procurador de Justiça (fls. 134-9, 258 e 262-8).

A Câmara de Vereadores não se manifestou, embora notificada (fls. 141/v e 259), e o Sindicato do Comércio Varejista de Material Óptico, Fotográfico e Cinematográfico do Estado do Rio Grande do Sul – SINDIÓPTICA/RS manifestou-se como *amicus curia* (fls. 144 e seguintes).

É o relatório.



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

VOTOS

DES. CARLOS CINI MARCHIONATTI (RELATOR)

Antecipo a conclusão do meu voto no sentido de julgar parcialmente procedente a ação, declarando a parcial inconstitucionalidade do dispositivo legal impugnado, sem redução de texto, conferindo-lhe interpretação conforme a Constituição.

Pela correta reconstituição das circunstâncias do caso, integro ao meu voto o parecer final do Dr. Procurador-Geral de Justiça (fls. 262-8):

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE SUL** com o fito de que seja declarada a inconstitucionalidade, com redução de texto, da **Lei Municipal n.º 1.912**, de 27 de dezembro de 2002, do **Município de Tramandaí**, conferindo-lhe **interpretação conforme a Constituição**, afastando sua incidência quanto aos estabelecimentos que vendam, apenas, óculos de proteção solar sem grau e **extirpando, de seu texto**, a expressão **óculos com lentes sem correção**, inserida no parágrafo único de seu artigo 2º, por afronta aos artigos 8º, *caput*, 19, *caput*, 157, inciso V, e 266 da Constituição Estadual, combinados com os artigos 1º, inciso IV, 170, *caput*, incisos IV e V, e parágrafo único, da Constituição Federal.

O Município de Tramandaí, notificado, prestou suas informações, asseverando, de plano, a competência concorrente do Município para legislar sobre a matéria, sendo atribuição do Poder Público implementar políticas visando preservar e proteger a saúde pública. Aduziu que os Decretos Federais n.º 20.931/1932 e n.º 24.492/1934 regulam a matéria no mesmo sentido. Pleiteou, por fim, a improcedência do pedido (fls. 134/139).

O Sindicato do Comércio Varejista de Material Óptico, Fotográfico e Cinematográfico do Estado do Rio Grande do Sul – SIDIÓPTICA/RS – postulou sua habilitação como *amicus curiae*, o que foi deferido (fl. 293).

A Câmara Municipal de Vereadores de Tramandaí, embora notificada (fl. 141/v), não prestou informações (fl. 259).

O Procurador-Geral do Estado ofereceu a defesa da norma, nos termos do parágrafo 4º do artigo 95 da Constituição Estadual, pugnano pela sua manutenção no ordenamento jurídico, forte no princípio da presunção de constitucionalidade das leis (fl. 258).

Vieram os autos com vista.

É o breve relatório.

2. Em que pesem os argumentos expendidos pelos requeridos, merece integral acolhimento a pretensão deduzida na peça vestibular, impondo-se reiterar, neste passo, todos os fundamentos já lançados na peça vestibular.



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

Inicialmente, cumpre reafirmar que a impugnação feita à norma municipal em apreço diz respeito, apenas, ao seu aspecto material, não estando em discussão qualquer vício de natureza formal por ela eventualmente apresentado.

De outra parte, importante registrar, também, *ab initio*, a manifestação do Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que bem apreciou a conduta do SINDIÓPTICA/RS quando da edição das normas municipais e estaduais, intenções traduzidas, também, em sua manifestação nestes autos, entendendo que ele incorreu nas infrações à ordem econômica descritas no artigo 21, incisos II e IV, combinado com o artigo 20, incisos I a IV, da Lei Federal n.º 8.884/1994, visto que suas ações tem o *potencial de influenciar todo o mercado estadual de óculos escuros sem grau, prejudicando competidores legítimos que perfazem, na análise aqui formulada, 79% do mercado legal. Entende-se que houve dolo em suas intenções/ações* (fls. 65/87).

Com efeito, os argumentos trazidos pelo Sindicato têm por escopo, visivelmente, muito mais proteger o mercado das ópticas no campo da venda de óculos de proteção solar sem grau do que garantir a qualidade do produto e sua efetividade, pois as exigências legais formuladas não traduzem maiores garantias aos usuários desses óculos.

É evidente que as ópticas, assim como as lojas regularmente instaladas, oferecem melhores condições de exposição do produto e de atendimento ao consumidor do que os camelôs, mas a existência do comércio informal não é suficiente, por si só, para justificar exigências legais inseridas na lei municipal, que não atingem apenas estes últimos, mas, também, lojistas sérios que vendem, apenas, óculos de proteção solar sem grau.

As condições insalubres de venda do produto ao consumidor, na verdade, devem ser objetos, isto sim, de fiscalização dos órgãos competentes, a fim de coibir a venda irregular, sendo certo, contudo, que a lei em tela, não tem o condão de impedir o comércio informal, a venda por camelôs ou ambulantes na beira da praia durante o verão, o que só pode ser obstaculizado por uma ação efetiva dos órgãos a quem incumbe o Poder de Polícia nesta área.

É claro, e isso foi reconhecido expressamente na inicial, que os Edis tiveram as melhores intenções ao aprovar a lei ora em exame, não tendo se dado conta, todavia, de que, quanto aos óculos de proteção solar sem grau, as exigências feitas não acarretariam uma efetiva proteção ao consumidor.

A norma municipal atacada, na parte em que o regramento é dirigido aos óculos de grau, traz inquestionável proteção à saúde visual dos consumidores, exigindo a presença de um óptico responsável em cada estabelecimento e que cada um deles seja dotado, no mínimo, de alguns equipamentos indispensáveis, não destoando, assim, em linhas gerais, das normas já estabelecidas pela União, nos termos dos Decretos Federais n.º 20.931/1932 e n.º 24.492/1934, ambos com força de lei, pois editados pelo Chefe do Governo Provisório, e em vigor, por força da decisão proferida, pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 533/DF, que contém exigências similares.



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

A disciplina legal promovida, entretanto, foi direcionada para a venda e prestação de produtos e serviços ópticos que envolvam lentes de grau, na esteira das normas gerais federais estatuídas pela União, nada dispondo que venha a proteger o interesse e a saúde visual dos consumidores dos óculos de proteção solar sem grau.

Mais do que isso, as exigências contidas na norma municipal não ensejam qualquer garantia ou proteção à saúde visual dos consumidores de óculos de proteção solar sem grau, pois a mera presença de um técnico óptico no estabelecimento ou a existência dos equipamentos nominados pela lei não são idôneos, por si sós, para assegurar que os óculos de proteção solar sem grau comercializados ofereçam a proteção pretendida, ou seja, que promovam a defesa dos olhos dos usuários contra as radiações UVA e UVB.

Nessas condições, a Lei Municipal n.º 1.912/2002 não trouxe qualquer norma ou exigência que proteja a saúde dos consumidores e usuários de óculos de proteção solar sem grau, razão pela qual sua incidência em relação aos estabelecimentos que apenas comercializam esse tipo de produto viola princípios consagrados pela nossa ordem constitucional, especialmente os da proporcionalidade, razoabilidade, livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor.

A norma legal editada, no que diz respeito aos óculos de proteção solar sem grau, impõe exigências e restrições aos estabelecimentos que comercializam esses produtos sem que tais medidas se revelem como idôneas a imprimir a proteção esperada pela coletividade, em clara violação ao princípio da proporcionalidade, pois a norma municipal acarreta um ônus financeiro significativo aos proprietários dessas empresas, que são obrigados a contratar óptico habilitado e adquirir os equipamentos mínimos exigidos, sem que com isso seja atingida a finalidade última da Administração, que era a proteção da saúde visual dos usuários, no caso, dos consumidores de óculos de proteção solar sem grau, pois a mera presença de um óptico ou desses equipamentos não é suficiente, como se viu, para que se possa aferir o grau de proteção à radiação UVA e UVB dos óculos expostos à venda.

No caso em testilha, os meios adotados pela lei municipal em comento sequer são adequados para a promoção do fim pretendido, já que as exigências inseridas na norma legal municipal não se prestam, como antes demonstrado, para proteger a saúde visual dos consumidores de óculos de proteção solar sem grau, sendo totalmente inadequadas e desproporcionais as exigências feitas relativamente à comercialização desses produtos.

Igualmente maculado pela incidência da lei municipal impugnada quanto à comercialização de óculos de proteção solar sem grau resta, ainda, o postulado da razoabilidade, contemplado no artigo 19, *caput*, da Constituição Estadual, na medida em que as exigências nela contidas estão destituídas de qualquer motivo razoável, pois nenhuma das exigências feitas conduz, efetivamente, a uma maior proteção da saúde visual dos consumidores desse tipo de óculos.

A mácula constitucional mencionada, entretanto, não se restringe à ofensa aos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, impondo-se reconhecer que, se incidentes as exigências da lei municipal fustigada à



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)

2012/CÍVEL

comercialização de óculos de proteção solar sem grau, restarão malferidos, também, os princípios da livre concorrência, livre iniciativa e proteção ao consumidor.

A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, em seu artigo 157, *caput* e inciso V, assegura, entre os princípios que nortearão a organização da economia em âmbito estadual, a convivência da livre concorrência com a economia estatal.

No caso vertente, o legislador municipal criou uma série de exigências tendentes a proteger a saúde visual do consumidor, mas a norma editada não confere qualquer proteção a uma parcela desses consumidores, ou seja, aos usuários de óculos de sol sem grau, tornando a obrigatoriedade de contratação de óptico responsável ou a aquisição obrigatória dos equipamentos nominados para os estabelecimentos que apenas comercializam esse tipo de produto como forma indevida de intervenção do Estado no domínio econômico, trazendo desequilíbrio ao mercado e à livre concorrência, já que os custos dessas empresas será muito superior ao de suas concorrentes, o que poderá levar, inclusive, a que muitas empresas sequer se instalem no Município de Tramandaí ou sejam obrigadas a sair daquele mercado, trazendo prejuízos ao ente municipal e aos consumidores, que terão um número menor de opções e preços mais elevados, já que restará reduzida a concorrência.

E, aqui, resta violado mais um dos princípios constitucionais assegurados pela Carta Federal, especificamente o previsto no inciso V do seu artigo 170, que trata da defesa do consumidor, em prol do qual o constituinte estadual fixou a obrigação do Estado de promover ações sistemáticas de proteção, de modo a garantir-lhe não só a segurança e a saúde, mas, também, os interesses econômicos, na forma do artigo 266 da Carta da Província, podendo, para tanto, o Estado intervir no domínio econômico.

No caso em testilha, se mantida a incidência da norma atacada também aos estabelecimentos que vendem, tão somente, óculos de proteção solar sem grau, a proteção pretendida pelos constituintes federal e estadual restará totalmente prejudicada, já que a lei municipal não traz qualquer dispositivo que assegure ou proteja a saúde visual dos consumidores desses óculos de proteção solar, acarretando, apenas, a diminuição da concorrência, em claro prejuízo à coletividade.

A propósito, importante transcrever parte da Nota Técnica emitida pela Coordenação-Geral de Controle de Mercado do Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça nos autos do Processo Administrativo n.º 08012.010648/2009-11, onde figura como representante a Associação Brasileira dos Fabricantes, Distribuidores, Comerciantes e Importadores de Óculos de Sol, a qual bem examina as condutas que ensejaram a edição da lei atacada e suas consequências para o mercado de venda de óculos de proteção solar sem grau:

E como agiu o Sindióptica/RS? Diferentemente do Sindióptica/SP, aquele sindicato não tentou, a princípio, restringir os pontos de venda, mas buscou criar outras barreiras à entrada, como a obrigatoriedade de responsáveis



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)

2012/CÍVEL

técnicos e de equipamentos. Também, de forma diversa aos paulistas, o Sindióptica/RS promoveu campanhas comerciais/educativas.

Apelou ao Poder Executivo procurando a edição de normativo restritivo. Também foi a diversas casas legislativas pelo mesmo motivo.

Só não fez o que aparenta ser óbvio ao senso comum: defender a edição de normativo que exija um produto efetivo, vale dizer, com proteção contra UVA e UVB. Considerando os normativos aprovados com a concorrência do representado, parece que este preferiu lutar pela exigência de caixa térmica ou ventilete, pupilômetro e lensômetro, além, claro, de um técnico responsável.

Caixas térmicas servem para aquecer armações, facilitando a sua moldagem (fls. 530). O mesmo objetivo tem o ventilete, que, não se pode deixar de notar, tem o funcionamento parecido com um secador de cabelos, aquecendo e soprando o ar (fls. 531 e 532) Pupilômetros medem a distância entre “os eixos visuais dos olhos direito e esquerdo” ou distância nasopupilar (DNP). (fls. 527 e 529). E lensômetros medem as correções existentes nas lentes [(do inglês lensmeter. Em tradução livre, lens = lente e meter = medidor) (fls. 522 a 526)].

Não é preciso ser especialista, ou melhor dito, mesmo uma pessoa que não tem nenhuma especialização, nem em aparelho visual nem em óptica como disciplina da física, poderá perceber que **nenhum dos instrumentos listados é imprescindível ao bom funcionamento de um comércio de óculos escuros sem grau.** Caixas térmicas e ventiletes podem ser substituídos por paciência e tempo no trabalho de ajustar as armações com as mãos, coisa que todo usuário de óculos já fez um dia.

Medir a DNP só é realmente necessária nos casos em que há correção visual, já que o centro do foco precisa ser ajustado em função da DNP. No caso de uma lente não corretiva, que foco ajustar, já que não há modificação do ponto focal pela lente?

Quanto aos lensômetros, servem para medir as correções das lentes. Se a lente não tem correção, os medidores de lentes não tem serventia. **Se o objetivo fosse averiguar o nível de proteção que as lentes dão contra raios UVA e UVB, o aparelho que deveria ter sido listado seria o espectrofotômetro, o qual mede a transmitância de raios.** Ou, pelo menos, lensômetros especiais que contam com a capacidade de medir a transmissão de raios UV, ou seja, têm um espectrofotômetro incorporado. Juntamos aos autos informações sobre um exemplo deste tipo de lensômetro às fls. 526, justamente para frisar a exceção à regra.

O único caso de lentes não corretivas em que o lensômetro simples seria útil seria no caso em que houvesse uma distorção da lente, mas isso seria visto, literalmente visto, pelo usuário no momento em que colocasse os óculos. Na verdade, essa é a regra de ouro: qualquer problema que exista com uma lente, no caso de uma pessoa que não precisa de correção visual, será imediatamente percebida pelo usuário, que verá o problema. A exceção importante é a filtragem de raios UV, que não é percebida pelo sentido visual. **Assim, justamente naquilo em que o usuário precisa da ajuda de um**



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)

2012/CÍVEL

aparelho, a proteção contra os raios UVA e UVB, não há aparelhagem e nem ela foi requerida pela Sindióptica/RS.

*Ou seja, o Sindióptica/RS lutou por equipamentos que, no contexto de óculos escuros sem grau, são inúteis, já que nenhum deles averigua a proteção contra UVA e UVB, não garantindo a saúde da população. **Poder-se-ia argumentar que o responsável técnica, pelo qual o representado também lutou, poderia sanar esta falha, mas tal não é verdade, pois um optometrista sem acesso ao aparelho que mede a transmitância de raios UVA e UVB nada pode fazer ou atestar. Mais, não é preciso ser optometrista para manusear um espectrofotômetro. Na verdade, qualquer um pode fazê-lo.***

*No que diz respeito à edição concorrente de normas pelos estados e municípios com a intenção de proteger a saúde popular, concorda-se com o Sindióptica/RS de que nada, a princípio, a impediria. Por óbvio, se espera que esses normativos tenham um custo/benefício social positivo, como muito bem ponderado no julgado da ADIN nº 2004.030631-3, sobre Lei editada em Joinville/SC (fls. 533 a 547). **A verdade, no entanto, é que os normativos que contaram com o apoio do Sindióptica/RS apenas aumentam os custos, majorando as barreiras à entrada, pois a presença de um optometrista se afigura como um custo extra e inútil, assim como os equipamentos listados, os quais nada garantem quanto à proteção contra UVA e UVB em óculos escuros sem grau.***

*Assim, os varejos que vendem óculos de sol sem prescrição teriam o custo de aquisição de equipamentos que não usarão e do pagamento profissional que não trabalhará. É importante notar que os mesmos custos já fazem parte da planilha de custos de óticas, por serem realmente necessários em estabelecimentos que vendem óculos com prescrição. **Para as óticas, os normativos não trazem nada de novo, nenhum custo extra. Apenas seus concorrentes são prejudicados.***

*Considerando todo o dito, pode-se afirmar que **os estabelecimento não-ópticos teriam como opção sair do mercado ou repassar os custos extras, e inúteis, aos seus preços, prejudicando a população em geral. O resultado é uma clara verdade de bem estar geral e um possível efeito contrário ao esperado que o seria de diminuição da pirataria, pois, com a elevação de custos estes, possivelmente, seriam repassados ao consumidor final que, ao perceber que o produto pirata possui preços bem inferiores ao produto original poderia incorrer no risco de comprar o produto pirata em detrimento do produto original.** Como dito anteriormente, o combate à pirataria deve ter como um dos seus pilares a redução de custos dos produtos originais e não o contrário como quer fazer o Sindióptica/RS.*

Nessa ordem, clara a inconstitucionalidade da norma fustigada quanto à sua incidência às empresas que vendem óculos de proteção solar sem grau, visto que a intervenção estatal na hipótese em exame não representa efetiva proteção à saúde dos usuários desse produto, implicando, apenas, violação aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor, impondo-se, pois, que seja a ela dada



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)

2012/CÍVEL

interpretação conforme a Constituição, afastando sua incidência quanto aos estabelecimentos que vendam, apenas, óculos de proteção solar sem grau.

Em derradeiro, cumpre trazer a lume acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina no mesmo sentido:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ORDINÁRIA N. 4.901/2003, DE JOINVILLE - FISCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DOS ESTABELECIMENTOS QUE FABRICAM OU COMERCIALIZAM PRODUTOS ÓPTICOS - COMPETÊNCIA ASSEGURADA AO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE A DEFESA DA SAÚDE, COM O INTUITO DE RESGUARDAR SEUS HABITANTES DE PRODUTOS POTENCIALMENTE LESIVOS - INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 23, II, 24, XII E 30, I, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - LEI MUNICIPAL QUE SUBORDINA O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE COMERCIAL À CONTRATAÇÃO DE OPTOMETRISTA E À AQUISIÇÃO DE RESPECTIVOS EQUIPAMENTOS, INCLUSIVE NOS ESTABELECIMENTOS QUE VENDEM APENAS ÓCULOS DE SOL SEM GRAU - EXIGÊNCIA QUE EXTRAVASA A POLÍTICA DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA E CRIA BARREIRA DESNECESSÁRIA AO LIVRE COMÉRCIO - VIOLAÇÃO AO ART. 134 DA CARTA ESTADUAL - PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2004.030631-3, TJSC, Tribunal Pleno, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 27/07/2009)

3. Pelo exposto, requer o PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL que seja o pedido julgado integralmente procedente, declarando-se a inconstitucionalidade, com redução de texto, da **Lei Municipal n.º 1.912**, de 27 de dezembro de 2002, do **Município de Tramandaí**, conferindo-lhe **interpretação conforme a Constituição**, afastando sua incidência quanto aos estabelecimentos que vendam, apenas, óculos de proteção solar sem grau e **extirpando, de seu texto**, a expressão **óculos com lentes sem correção**, inserida no parágrafo único de seu artigo 2º, por afronta aos artigos 8º, *caput*, 19, *caput*, 157, inciso V, e 266 da Constituição Estadual, combinados com os artigos 1º, inciso IV, 170, *caput*, incisos IV e V, e parágrafo único, da Constituição Federal.

Estando de acordo com a reconstituição do caso segundo as suas circunstâncias, interpreto diferente como se deva considerar a lei municipal em discussão.

A lei em si, quanto ao seu teor e finalidade, não diria que seja totalmente inconstitucional, mas que depende de boa interpretação, de interpretação conforme com a Constituição.

A meu juízo, ao regulamentar a comercialização ou os serviços, poderia ou deveria distinguir as exigências quanto aos tipos dos



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

óculos conhecidos, mas inclui todos em um só dispositivo, ao dizer, no parágrafo único do artigo 2º, estão submetidos à lei “*o comércio de óculos com lentes corretoras, óculos de proteção, óculos com lentes sem correção, de cor ou sem lentes de contato*”.

No parecer, antes transcrito, preferiu-se a exclusão do direito para afastar a incidência da lei quanto aos estabelecimentos que comercializem apenas óculos de proteção solar em grau e retirando do texto “**óculos com lentes sem correção**”.

Como Relator, prefiro deixar a lei como está, sem prejuízo de que o legislador municipal promova o seu aperfeiçoamento.

A lei, mesmo inconstitucional em parte, deve ser aplicada condicionada à interpretação conforme.

O Município pode dispor e vigiar sobre a venda de produtos óticos e a prestação de serviços correspondentes no âmbito da sua competência legislativa.

Em interpretação conforme, a lei municipal regulamentadora não pode condicionar a comercialização de óculos com lentes sem correção mediante as exigências sanitárias cabíveis à comercialização de produtos e à prestação dos serviços características e típicas aos óculos com grau.

Quando se trate de estabelecimento com a finalidade exclusiva de comercializar óculos sem grau de correção visual, são inexigíveis licenciamento de responsabilidade técnica de profissional optometrista e documentação da disponibilidade de equipamentos técnicos específicos, atinentes aos óculos com grau.

Faço, ainda, uma ponderação final em justificção do meu voto para deixar a lei como está, desde que aplicada adequadamente.



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

É possível investigar mais ampla e profundamente a finalidade e a eficácia da lei à do usuário.

Neste sentido, poder-se-ia investigar e conhecer a situação latente a respeito da comercialização de óculos escuros, diga-se assim devido à menção popular, quanto à procedência das suas lentes, se fornecem proteção à luz solar.

Esta também é uma preocupação saliente de saúde pública ainda não satisfatoriamente resolvida.

Seja como for, a imposição de licenciamento específico pela Vigilância Sanitária de Tramandaí para a venda de óculos de sol sem grau sob as mesmas exigências aos óculos com grau constitui excesso que exige interpretação conforme.

Assim, nos limites da ação, quando se trate de comercialização exclusiva de óculos sem grau, ou sem correção, não havendo comercialização conjunta de óculos com grau, ou com correção, é dispensável optometrista.

Voto, pois, em julgar parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada, para o efeito de reconhecer que a Lei Municipal em referência deve sujeitar-se à interpretação conforme quanto aos óculos sem lente de correção.

O meu voto, no seu modelo original, deu-se até aqui, mas devo acrescentar-lhe considerações, a partir das ponderações feitas durante o julgamento desta ADI pelo Colendo Órgão Especial.

Assim, na primeira sessão de julgamento, após o meu voto, seguido da concordância de muitos dos Desembargadores integrantes do Colendo Órgão, houve pedido de vista por causa de menção feita pela procuradora do SINDIOPTICA/RS, admitida como *amicus curiae* na ação de inconstitucionalidade, sobre precedente específico deste Órgão Especial.



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

Na preparação de meu voto, procedi à pesquisa dos precedentes entre nós, mas não encontrei, e continuo a não encontrar. Há um precedente referido na petição da procuradora do *amicus curiae* que não é específico sobre o tema e foi proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (páginas 15-6 da petição, disponível no sistema); outro, também abordando parte do tema, e não exatamente a questão aqui discutida, proferido pela Egrégia 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; nenhum específico deste Órgão Especial.

A procuradora fez referência a precedentes paralelos, quanto à vigilância como exercício do poder de polícia, não quanto aos equipamentos de ótica e quanto à responsabilidade de optometrista para comércio de óculos sem grau.

Foi o que disse em meu voto, a vigilância não se pode impedir e deve ser feita, mas a exigência de equipamentos e responsabilidade de optometrista, do próprio optometrista no estabelecimento, não se pode exigir quando se trate de comércio exclusivo de óculos sem grau.

Na verdade, os precedentes no âmbito do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul são afirmatórios, como não poderia deixar de ser, do poder de polícia municipal, estão eles a apoiar o meu voto.

Reproduzo a ementa do precedente quanto ao poder de polícia, relacionado no memorial da procuradora do *amicus curiae*:

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. COMÉRCIO DE ÓCULOS DE SOL SEM A RESPECTIVA LICENÇA. LEI MUNICIPAL Nº 9.345/03. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA LEGISLAR SOBRE SAÚDE PÚBLICA. VIGILÂNCIA SANITÁRIA. PODER DE POLÍCIA. ARTS. 23, II C/C 198 E 200 DA CF/88. REGULARIDADE DAS AUTUAÇÕES. APELO PROVIDO. SEGURANÇA DENEGADA. REEXAME PREJUDICADO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70017349069, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em 13/12/2006).



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

O Desembargador Aquino fez referência a precedente muito discutido e que dividiu o Órgão Especial, mas esse precedente dizia respeito a uma disputa entre os profissionais médicos oftalmologistas e os optometristas, no âmbito de legislação estadual, conforme ementa que também reproduzo, tendo por ênfase as prerrogativas do aviamento de receita ótica e a vedação aos oftalmologistas de comercializarem produtos óticos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS ÓPTICOS. LEI ESTADUAL Nº 12.903/2008. SINDICATO MÉDICO DO RIO GRANDE DO SUL. Ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo SIMERS contra regras da Lei Estadual nº 12.903, de 14 janeiro de 2008, que dispôs acerca da "comercialização de produtos ópticos e o licenciamento do comércio varejista e de prestação de serviços de produtos ópticos e afins no Estado do Rio Grande do Sul", bem como do respectivo decreto regulamentar (Decreto nº 45.650/2008). Preliminares de ilegitimidade ativa do sindicato demandante rejeitadas. Não conhecimento da alegação de inconstitucionalidade material por inocorrência de afronta direta à Constituição Estadual (art. 125, § 1º, da Constituição Federal). Reconhecimento da inconstitucionalidade formal, em face da competência privativa da União para regular matéria relativa ao exercício de profissão, afrontando diretamente o art. 22, XVI, da Constituição Federal, bem como o art. 52 da Constituição Estadual. Declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, estabelecendo-se uma interpretação conforme à Constituição Federal dos enunciados normativos dos artigos 2º e 8º da Lei Estadual nº 12.903/2008. Precedentes jurisprudenciais. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, POR MAIORIA. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70026213694, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Julgado em 16/08/2010).

Posso adicionar mais um fundamento ao meu voto.

Nos limites da ação, que tem por objeto óculos sem correção de grau, as exigências caracterizam excesso no exercício do poder de polícia preventivo do Município, e a legislação municipal, ao cometer tal excesso, invade a competência federal para legislar sobre a organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões.



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

Reitero, por oportuno, que a autoridade municipal deve exercer o seu poder de polícia, restringindo a atividade privada em atendimento ao bem estar social, ao interesse coletivo e ao interesse público. Contudo, ao fazê-lo, deve evitar excessos, e no caso concreto do presente controle de constitucionalidade da norma em concreto, constitui excesso e invasão de competência da União a exigência de optometrista em estabelecimentos que comercializam produtos diversos, dentre os quais se inserem os óculos sem correção de grau, em especial os óculos de sol; se o estabelecimento comercial não comercializa lentes corretivas, que dependem de receita médica e da expertise complementar do optometrista, não cabe exigir a presença do optometrista para concessão ou renovação do alvará de funcionamento desse estabelecimento; o exercício de poder de polícia preventivo ou repressivo, por parte do Município, nem por isso fica vulnerado e deve ser exercido pelo ente político e seus órgãos com atribuição; corrige-se a invasão de competência e o excesso, por meio da interpretação conforme as Constituições (Federal e do Estado), sem redução de texto.

Essa é a via equilibrada que, de um lado, garante o poder de polícia, mas, de outro, evita o excesso, que caracteriza, por via reflexa, regulação profissional por parte de ente política sem competência constitucional para tanto.

Por fim, para maior clareza ainda, transcrevo esclarecimentos quando votei em sessão, objetivos, colhidos em notas taquigráficas:

DES. CARLOS CINI MARCHIONATTI - Eu vou sintetizar as posições possíveis: rejeitar a ação de inconstitucionalidade, acolher a posição sustentada pelo Ministério Público para retirar da lei municipal as expressões indicadas ou dar uma interpretação conforme a esse dispositivo de lei, que adotei no meu voto.

Eu penso que não se pode impedir a fiscalização, a vigilância, de parte do Município, mas, quando se trata de óculos sem grau, as exigências da lei municipal quanto à existência de equipamentos e à responsabilidade de optometrista não me parecem justificadas.



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

Então, o meu voto representa uma posição intermediária. E esta discussão já ocorreu também - houve divisão de opiniões - no precedente, citado inclusive pelo ilustrado órgão do Ministério Público em seu parecer, quanto ao reconhecimento da inconstitucionalidade ou fazer-se uma interpretação conforme.

Conclusivamente, o meu voto é no sentido de que, quando se tratar de comercialização exclusiva de óculos sem grau, é dispensável optometrista. Isso também equivale dizer que o Município, dentro do seu poder de polícia, pode exercer a vigilância, mas, quando se trata dessa espécie de óculos, não pode exigir a aparelhagem e a responsabilidade profissional que se exige quando se trata de óculos com lente corretiva.

É o meu voto, eminente Presidente.

DES. GLÊNIO JOSÉ WASSERSTEIN HEKMAN (REVISOR) - De acordo com o Relator.

DES. TÚLIO DE OLIVEIRA MARTINS – Acompanhamento, Senhor Presidente.

DES. NEY WIEDEMANN NETO – De acordo.

DES.^a LÚCIA DE FÁTIMA CERVEIRA – De acordo.

DES. MARCELO CEZAR MULLER – Acompanhamento.

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA (PRESIDENTE) – Em também.

DES. ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA – Senhor Presidente, o Relator chega a uma posição intermediária, afastando dos óculos que não têm grau as exigências que seriam mais próprias aos óculos com grau, e preserva a lei no mais, o que me parece inteiramente correto. No art. 2º, a vigilância sanitária do Município não exclui esses óculos sem grau da sua fiscalização. Parece-me uma posição perfeitamente adequada, de bom senso.



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

Estou acompanhando o eminente Relator, Senhor Presidente.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS – Senhor Presidente, eu adianto que vou pedir vista diante deste precedente referido nos memoriais. Eu quero examinar melhor o caso.

DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO – Com o Relator.

DES. SYLVIO BAPTISTA NETO – Também.

DES. JAIME PITERMAN – Também com o Relator.

DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH – Acompanho o Relator.

DES. IRINEU MARIANI – Com o Relator.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES – Eu também estou um pouco preocupado com esta questão. Vou aguardar a manifestação do Des. Luiz Felipe.

DES.^a ELAINE HARZHEIM MACEDO – Com o Relator.

DES. AYMORÉ ROQUE POTTES DE MELLO – Eu aguardo a vista do Des. Luiz Felipe.

DES. JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO – Eu confesso que também tinha essa dúvida em face do precedente, isso que foi julgado aqui por nós, e, se não me falha a memória, parece-me que foram 13 votos a 12 votos, e a



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

discussão foi bastante acirrada. E não sei se a proposta que está sendo feita - confesso que tenho essa dúvida - não está contrariando a maioria, inclusive eu fui vencido naquele julgamento.

Eu vou aguardar a vista também.

DES. GUNTHER SPODE – Também vou aguardar a vista.

DES. ORLANDO HEEMANN JUNIOR – Eu aguardo.

DES. ALEXANDRE MUSSOI MOREIRA – Aguardo.

DES. ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO – Eu vou aguardar a vista, Senhor Presidente.

DES. ANTÔNIO CORRÊA PALMEIRO DA FONTOURA – Aguardo.

DES.^a MARILENE BONZANINI – Vou aguardar também.

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70050507045, de Porto Alegre – "APÓS O VOTO DO DESEMBARGADOR CARLOS CINI MARCHIONATTI (RELATOR) JULGANDO PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, NO QUE FOI ACOMPANHADO PELOS DESEMBARGADORES GLÊNIO JOSÉ WASSERSTEIN HEKMAN, TÚLIO DE OLIVEIRA MARTINS, NEY WIEDEMANN NETO, LÚCIA DE FÁTIMA CERVEIRA, MARCELO CEZAR MÜLLER, MARCELO BANDEIRA PEREIRA (PRESIDENTE), ARMÍNIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA, NEWTON BRASIL DE LEÃO, SYLVIO BAPTISTA NETO, JAIME PITERMAN, FRANCISCO JOSÉ MOESCH, IRINEU MARIANI E ELAINE HARZHEIM



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

MACEDO, PEDIU VISTA O DESEMBARGADOR LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS. AGUARDAM A VISTA OS DESEMBARGADORES SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, AYMORÉ ROQUE POTTES DE MELLO, JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO, GUNTHER SPODE, ORLANDO HEEMANN JÚNIOR, ALEXANDRE MUSSOI MOREIRA, ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO, ANTÔNIO CORRÊA PALMEIRO DA FONTOURA E MARILENE BONZANINI.”

VISTA

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS – Registro, já ao início, minha discordância com o em. relator quando este encaminha a procedência parcial do pleito, propondo uma interpretação conforme à constituição, **sem redução de texto**.

Ocorre que esta solução, com a máxima vênia, não me soa, no caso, adequada.

Como sabido, a interpretação conforme, sem redução de texto, consiste no reconhecimento da inconstitucionalidade de uma das possíveis hipóteses abrangidas pela norma objeto de controle. Ou seja, dentre certo número de interpretações viáveis, uma delas se afigura inconstitucional. E, para esta, declara-se a inconstitucionalidade, sem necessidade de reduzir-se o texto da norma, a qual, para as demais hipóteses, é compatível com a Constituição. Ou seja: a lei será inconstitucional desde que considerada naquela específica hipótese reconhecida como contrária à Lei Fundamental.



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

Assim, expressamente afastada essa interpretação, sem necessidade de decotar o texto legal, sanada estará eventual inconstitucionalidade.

No caso em exame, porém, afigura-se inviável, com renovada vênua, a solução proposta, pois não se está diante de uma norma plurívoca. Ao contrário: o dispositivo em debate, qual seja o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 1.912/02, do município de Tramandaí, é bastante claro e só admite uma leitura. Veja-se:

***Parágrafo único:** Está sujeito ao presente o comércio de óculos com lentes corretoras, óculos de proteção, óculos com lentes sem correção, de cor ou sem cor, e lentes de contato.*

À vista dessa redação – de clareza solar, diga-se, com o perdão do trocadilho –, acaso mantida, não há como interpretar que no regramento legal constante daquele diploma legislativo não se incluem os **óculos com lentes sem correção**, pois é justamente o contrário que lá está escrito!

Desse modo, de duas uma: (1) ou se entende que o texto é constitucional, dando-se, então, pela improcedência do pleito ou (2) acolhendo-se inteiramente a tese da inicial, dá-se pela inconstitucionalidade parcial da Lei inquinada, com redução de texto, extirpando-se a expressão referida na inicial.

Posta essa ponderação preambular, adianto que acolho, na íntegra, o pedido.



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)

2012/CÍVEL

E, saliento, com isso não estou a desmerecer o reconhecido intuito do legislador em proteger a saúde visual da população. Penso, entretanto, que o dispositivo legal, como posto, não atende adequadamente essa finalidade, conforme demonstra a prova constante dos autos.

Ocorre que o art. 7º da lei em exame exige para o funcionamento dos estabelecimentos varejistas de produtos ópticos os seguintes equipamentos: lensômetro, pupilômetro e caixa térmica ou ventilete. No entanto, a informação do INMETRO, subscrita por seu Presidente, e constante na fl. 93 destes autos, dá conta de que:

(...) os equipamentos denominados caixas térmicas, ventiletes, pupilômetros e lensômetros não medem a transmitância de raios UVA e UVB de óculos de proteção solar sem grau e, conseqüentemente, não podem ser utilizados para determinar o nível de proteção ao usuário. (...) O nível de proteção contra a radiação UVA e UVB é avaliado através da medição da transmitância espectral do filtro solar por meio de um aparelho denominado espectrofotômetro (...). Um optometrista sem o equipamento apropriado não tem condições de aferir o grau de proteção contra a radiação UVA e UVB.

Essa informação, por sinal, é ratificada pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul (CREMERS), como se vê do ofício de fl. 91.

Não bastassem tais dados, a Nota Técnica de fls. 65/89, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, destaca:



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

No que diz respeito à edição concorrente de normas pelos estados e municípios com a intenção de proteger a saúde popular, concorda-se com o Sidióptica/RS de que nada, a princípio, a impediria. Por óbvio, se espera que esses normativos tenham um custo/benefício social positivo, como muito bem ponderado no julgado da ADIN nº 2004.030631-3, sobre Lei editada em Joinville/SC (...). A verdade, no entanto, é que os normativos que contaram com o apoio do Sindióptica/RS apenas aumentam os custos, majorando as barreiras à entrada, pois a presença de um optometrista se afigura como um custo extra e inútil, assim como os equipamentos listados, os quais nada garantem quanto à proteção contra UVA e UVB em óculos escuros sem grau. (com grifo no original)

Desse modo, tenho que, no que diz respeito à comercialização de óculos sem grau, a normativa em exame efetivamente impõe exigências e restrições aos estabelecimentos comerciais que não se mostram idôneas ao fim visado, qual seja a proteção da saúde do consumidor, criando um ônus inútil, que mais parece direcionado a resguardar uma reserva de mercado. Saliento que, caso as exigências postas fossem tecnicamente adequadas à efetiva proteção da saúde do consumidor, outra, naturalmente, seria a solução.

Vale, neste passo, ressaltar o que foi apropriadamente sustentado pelo Ministério Público, em seu parecer final (fls. 263-v):

É evidente que as ópticas, assim como as lojas regularmente instaladas, oferecem melhores condições de exposição do produto e de atendimento ao consumidor do que os camelôs, mas a existência do comércio informal não é suficiente, por si só, para justificar exigências legais inseridas na lei municipal, que não atingem apenas estes últimos, mas, também, lojistas sérios que vendem, apenas, óculos de proteção solar sem grau.



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

As condições insalubres de venda do produto ao consumidor, na verdade, devem ser objeto, isto sim, de fiscalização dos órgãos competentes, a fim de coibir a venda irregular, sendo certo, contudo, que a lei em tela não tem o condão de impedir o comércio informal, a venda por camelôs ou ambulantes na beira da praia durante o verão, o que só pode ser obstaculizado por uma ação efetiva dos órgãos a quem incumbe o Poder de Polícia nesta área.

Por todo o exposto, vejo, no caso, violados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da livre concorrência, livre iniciativa e proteção ao consumidor, como bem sustenta o órgão ministerial.

Em arremate, assinalo que as apelações cíveis 70019498864 (1ª Câmara Cível, j. em 15.08.2007), 700314330036 (2ª Câmara Cível, j. em 21.03.2012), bem como a ADI 70026213694 (j. em 16.08.2010) não guardam pertinência temática com o debatido neste feito.

Isso posto, VOTO no sentido de JULGAR PROCEDENTE o pedido, declarando a inconstitucionalidade, com redução de texto, da Lei Municipal nº 1.912/02, do Município de Tramandaí, conferindo-lhe interpretação conforme à Constituição, afastando sua incidência quanto aos estabelecimentos que vendam apenas (além, eventualmente, de outros produtos não ópticos) óculos de proteção sem grau e extirpando de seu texto a expressão **óculos com lentes sem correção**, constante no parágrafo único de seu art. 2º, por afronta aos arts. 8º, *caput*, 19, *caput*, 157, inc. V, e 226 todos da Constituição Estadual, combinados com os arts. 1º, inc. IV, 170, *caput*, incs. IV e V, e parágrafo único, da Constituição Federal.

DES. AYMORÉ ROQUE POTTES DE MELLO – Pedindo a máxima vênia ao eminente Relator, acompanho a divergência inaugurada pelo ilustre Des.



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, para julgar procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade nos exatos termos do seu voto, *“com redução de texto, da Lei Municipal nº 1.912/02, do Município de Tramandaí, conferindo-lhe interpretação conforme à Constituição, afastando a sua incidência quanto aos estabelecimentos que vendam apenas (além, eventualmente, de outros produtos não ópticos) óculos de proteção sem grau e extirpando de seu texto a expressão **óculos com lentes sem correção**, constante no parágrafo único de seu art. 2º, por afronta aos arts. 8º, caput, 19, caput, 157, inc. V, e 226 todos da Constituição Estadual, combinados com os arts. 1º, inc. IV, 170, caput, incs. IV e V, e parágrafo único, da Constituição Federal”*.

É o voto.

DES. ALEXANDRE MUSSOI MOREIRA – Estou, com a máxima vênua do Eminentíssimo Relator e demais votos discordantes, julgando improcedente a presente ação, forte nas razões lançadas pelo Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, então Primeiro Vice-Presidente deste Tribunal, quando da apreciação da admissibilidade do recurso de recurso extraordinário 70019902899, *in verbis*:

“Verifica-se que o colegiado bem apreciou a controvérsia, adotando como razões de decidir o posicionamento do colegiado adotado no Agravo de Instrumento nº 70013008750, da Relatoria do Des. Henrique Osvaldo Poeta Roenick, cujas razões comporta transcrever, *in verbis*:

“... ”

*Em primeiro lugar, importante registrar meu posicionamento a respeito da possibilidade de o Município legislar sobre política de **vigilância sanitária**, em defesa da*



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

saúde, como o fez na hipótese em questão, ou seja, através da Lei Municipal n.º 9.345/03, dispondo, em seu art. 1º e § único, o seguinte:

“Art. 1º. Nenhum estabelecimento de venda e serviços de produtos ópticos instalar-se-á e funcionará sem prévia licença da Secretaria Municipal da Saúde.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, entende-se por estabelecimento de venda e serviços de produtos ópticos aqueles que comercializam óculos de proteção, óculos com ou sem lentes corretoras de cor ou sem cor, e lentes de contato.”

E tal possibilidade, ou seja, a competência concorrente para legislar em tal matéria, advém do texto constitucional, em especial o que dispõe o art. 23, II, da CF/88, forma expressa:

“Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;”

Da mesma forma, as disposições constitucionais a respeito do Sistema Único da Saúde, em especial o que dispõem os artigos abaixo transcritos.

“Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

III - participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

(...)

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;”

É merecedor de destaque, ainda, o fato de a Lei Municipal em questão ter vindo ao encontro do que dispõe a Lei Federal n.º 8.080/90, que criou o Sistema Único de Saúde (SUS), e que encarregou cada um dos entes federados de executarem a vigilância sanitária, de acordo e nos limites de seu poder de polícia, assim dispondo:

“Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

(...)

§ 1º Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo:

I - o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; e



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

II - o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.”

*Ora, desta forma, parece não haver dúvida que compete também ao Município, no âmbito da regulamentação e execução de ações relativas à vigilância sanitária, legislar. E parece também não haver qualquer dúvida que com base na Lei Municipal n.º 9.345/03, nada mais fez o Município do que aquilo que lhe competia e que lhe era devido fazer, ou seja, **vigilância sanitária**, proibindo qualquer estabelecimento comercial, quanto à venda ou serviço de produtos ópticos, de estabelecer-se e funcionar sem prévia licença da Secretaria Municipal da Saúde, isto é, sem o prévio alvará sanitário para a verificação da procedência e qualidade dos produtos a serem comercializados. Vê-se, pois, neste proceder do ente municipal, nítida execução de ação de vigilância sanitária, como dispõe, forma expressa, o inciso II, do art. 200, da Carta Política, acima reproduzido.*

*Com isso, em momento algum se poderia afirmar violentado o disposto no art. 24, XII, da CF/88, que dispõe competência concorrente da União, Estado e Distrito Federal para legislar sobre defesa da saúde. O que se tem, aqui, é competência constitucionalmente garantida aos Municípios, para a execução de ações relativas à vigilância sanitária. E é isto que o Município de Porto Alegre, com a Lei Municipal n.º 9.345/03 fez. Com base em **disposição legal**, deitou normas para o exercício de tal vigilância.*

Daí, já se vê impertinente e sem adequação à espécie, a jurisprudência coletada pela ora agravada. Isto porque, toda ela se refere, como não poderia deixar de ser, à inadequação



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

*da via lê então eleita pelo Município para tal vigilância, ou seja, a malsinada Portaria n.º 439/02, da Secretaria Municipal da Saúde, que tanto deu o que falar. Com efeito, o modo como o Município vinha até então fazendo tal fiscalização (via Portaria) era, sem dúvida, inadequado. Isto porque, as portarias são atos administrativos internos e que, segundo lição de HELY LOPES MEIRELLES, in Direito Administrativo Brasileiro, 19ª ed, pág. 167, “**não atingem nem obrigam os particulares, pela manifesta razão de que os cidadãos não estão sujeitos ao poder hierárquico da Administração**”.*

Por isso, também inadequada a decisão a quo, pois, com base em premissa equivocada, defere liminar supondo que a Administração Municipal tivesse tomado tais providências, quanto à execução de vigilância sanitária, com base em Portaria. Não foi, pois a malsinada Portaria encontra-se até revogada. Os atos foram tomados e executados com base em disposição legal, a Lei Municipal n.º 9.345/03.

Por outro, não se queira argumentar ou afirmar que o comércio de óculos solar, sem grau, estaria fora de tal vigilância e, por isso, a impossibilidade ou ilegalidade de a impetrante submeter-se à fiscalização do Município dentro daquela competência que lhe assegura a Carta Política. É sabido que lentes inadequadas, ainda que não disponham de qualquer grau, podem causar sérios danos à saúde de seu usuário. Tem o cidadão o direito de adquirir um produto apropriado ao uso, com o fator de proteção adequado, sem que tal produto possa lhe causar qualquer dano à saúde visual. Ora, nestas circunstâncias, para que se possa garantir ao cidadão tal direito a saúde, garantia esta que deve ser assegurada pelo Estado através de todos os entes da



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

federação (art. 196, da CF), sem dúvida que compete ao Município o exercício da vigilância sanitária. E este exercício da vigilância sanitária pode e deve ser feito através de mecanismos como aqueles instituídos pela Lei Municipal n.º 9.345/03, ora combatidos pela impetrante.

E tanto é assim, que o STJ, em feito similar, já reconheceu o legítimo interesse público voltado à proteção da saúde visual do cidadão, no precedente abaixo transcrito. É verdade que tal precedente se refere à hipótese de política de vigilância sanitária executada pelo Estado. Mas em nada muda a questão, porquanto a CF, como acima se viu, dispõe que tais ações são de competência de todos os entes da federação, dentre eles o Município.

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PORTARIA EDITADA POR SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE. COMÉRCIO DE ÓCULOS ESPORTIVOS. RESTRIÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO A ESTABELECIMENTO COMERCIAL CLASSIFICADO COMO ÓTICA. LEGALIDADE. PODER DE POLÍCIA. PROTEÇÃO AO INTERESSE COLETIVO E À SAÚDE VISUAL DO CONSUMIDOR. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO NEM AO LIVRE COMÉRCIO.

1. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto contra v. Acórdão que denegou segurança contra ato do Secretário de Saúde do Estado de Mato Grosso, relativo à licença para comercialização de óculos de proteção solar sem grau.

2. O poder de polícia, ao apontar obrigação positiva ou negativa, representa restrição ao direito individual do administrado, em favor do interesse público. Em contrapartida, impõe-se à Administração Pública o dever de agir preventivamente, na preservação do interesse da coletividade, ameaçado de dano de alguma espécie, editando o elenco normativo aplicável, ou praticando os atos executivos correspondentes.

3. A proteção à saúde visual do consumidor é dever da Administração Pública, a qual, por meio do poder de polícia,



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

pode restringir a venda de óculos de sol, ainda que desprovidos de grau, aos estabelecimentos comerciais especializados, id est, as óticas.

4. São necessárias, para a venda de óculos de sol, mesmo desprovidos de grau, técnicas adequadas, por intermédio de equipamento próprio, capaz de aferir a qualidade dos óculos comercializados, e sua compatibilidade com cada cliente, consideradas as qualidades pessoais.

5. A utilização de óculos de sol, desprovidos de lentes fotossensíveis ou fotocromáticas, que atendem aos requisitos atinentes à efetiva proteção dos usuários, podem resultar em danos irreversíveis à saúde visual, ainda que seus efeitos maléficos não se apresentem de imediato.

6. Não fere direito líquido e certo ao livre exercício do comércio a expedição de Portaria por Secretaria de Saúde Estadual com o objetivo de determinar a venda de óculos de proteção sem grau, com ou sem cor, apenas por estabelecimentos comerciais do ramo de ótica, por ser medida da Administração que preserva a saúde visual da população.

7. Recurso não provido.” (ROMS nº 16082/MT. Primeira Turma do STJ, Relator: Min. José Delgado, julgado em 10.06.03. Decisão unânime).

Assim, dúvida não pode existir quanto à competência do ente municipal no legislar a respeito de ações tendentes à execução da política de vigilância sanitária que lhe é assegurada constitucionalmente. E nem poderia ser diferente, sob pena de alijar o ente municipal da execução de ações que lhe são determinadas, forma cogente, pela ordem constitucional ora vigente. Tem o cidadão o direito de ter sua saúde vigiada e assegurada tanto pela União, quanto pelos Estados, Distrito federal, ou mesmo pelos Municípios. Não poderia o Município de Porto Alegre, sob pena de descumprir de seu dever constitucional, de omitir-se na execução da vigilância sanitária..”

Concluindo:



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

“Nessa perspectiva, hígdas as autuações e a multa (fls. 43/44) impostas, e ora impugnadas, pois incontroverso no feito a ausência da respectiva licença pela impetrante.” (fls. 224 verso/227 verso)

Portanto, observa-se que o Órgão Julgador decidiu de acordo com as disposições constitucionais atinentes à matéria em discussão, não se verificando qualquer maltratos aos invocados dispositivos constitucionais.”

Saliente-se que a controvérsia aqui versava sobre lei similar à discutida neste processo - Lei Municipal 9.345, de Porto Alegre.

No mesmo sentido, vem decidindo esta Corte, como se pode ver na Apelação Cível 70031430036, Segunda Câmara Cível, relatora a Desa. Sandra Brisolara Medeiros; Apelação Cível 700173490969, Primeira Câmara Cível, relator o Des. Luiz Felipe Silveira Difini; Reexame Necessário 70046557302, Segunda Câmara Cível, relator o Des. Arno Werlang; Apelação Cível 70026743542, Quarta Câmara Cível, de minha relatoria; *verbi gratia*.

DES. CARLOS CINI MARCHIONATTI (RELATOR) - Senhor Presidente, estou me pronunciando novamente diante dos votos divergentes, dos quais discordo completamente, seja com relação ao mérito que os identifica, seja com relação ao julgamento em da ação direta de inconstitucionalidade, que corresponde ao pedido especificado na petição inicial.

Obviamente que não vou sustentar o voto que já proferi em toda a sua extensão, formado do voto primitivo e do acréscimo proporcionado pelos votos divergentes, estes plenos de considerações, como de modo apreciável se vê, mas, para mim, respeitosamente, errôneas.



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

Tenho o propósito de reafirmar o meu voto diante dos votos divergentes, principalmente trazer à ponderação a essência do meu voto e o que acrescentei ao modelo inicial, que está na parte conclusiva já escrita.

Ao reafirmar o meu voto reafirmo também que, ao conferir interpretação conforme, sem redução de texto, corresponde ao julgamento de parcial procedência da ação, diferente de como se interpreta em alguns votos divergentes.

O Ministério Público requer que se exclua do texto da lei municipal “*óculos com lentes sem correção*”. A lei municipal de Tramandaí tem disposições quanto à vigilância sanitária e quanto à exigência de equipamentos e de optometrista.

Chamei a atenção de que três posições são possíveis: acolher o pedido e retirar do texto as expressões, o que corresponde à procedência da ação declaratória da inconstitucionalidade; não acolher o pedido, que é o fundamento do voto do Des. Mussoi, o que corresponde à improcedência da ação; e a posição intermediária, de dar à lei interpretação conforme sem redução do texto, o que corresponde à parcial procedência da ação.

Esta opção é básica e decorrente: primeiro, o Município tem o poder de polícia. Se excluirmos da lei a expressão *óculos com lentes sem correção*, retira-se da aplicação da lei a vigilância sobre comercialização dos óculos sem correção. O Município, tendo poder de polícia, tem que fiscalizar. Mas isso não significa que para os óculos sem correção sejam exigidos os mesmos equipamentos, as mesmas exigências técnicas e as mesmas exigências de profissional que são exigidos para os óculos com grau.

Então, esta é a essência do meu voto: permanece a lei como está e o Município continua mantendo a vigilância como deve fazer. Entretanto, não pode exigir para o comércio de óculos sem grau as mesmas exigências que faz para os óculos com grau.



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

É esta a essência do meu voto, que corresponde a uma posição intermediária, é um equilíbrio preservando as atividades municipais de vigilância, permitindo com isso que o Município adote providências se perceber, na comercialização desses óculos, um prejuízo aos usuários ou aos munícipes, os adquirentes de óculos sem grau, mas as exigências para os óculos com grau não podem ser as mesmas para óculos sem grau.

A Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre a ação direta de inconstitucionalidade e dá outras providências, determina no artigo 24, proclamada a constitucionalidade, julga-se improcedente a ação. Não é o meu voto. Proclamada a inconstitucionalidade, julga-se procedente a ação. Também não é o meu voto, que corresponde ao disposto no artigo 28, parágrafo único: a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. À semelhança de inumeráveis precedentes do Supremo Tribunal Federal.

É o meu voto, que reafirmo em todos os seus termos.

DES. JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO – Da leitura do voto do Des. Mussoi e da manifestação feita pelo Des. Marchionatti, apreendo que, na realidade, Vossa Excelência estaria encaminhando pela improcedência da ação e não pela procedência parcial.

DES. CARLOS CINI MARCHIONATTI (RELATOR) – Voto pela interpretação conforme.

DES. JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO – Interpreto a manifestação de Vossa Excelência assim: deixa a lei como está, e, na prática, vamos ver a atuação no caso concreto. Embora Vossa Excelência diga que é parcial a procedência, eu entendo como improcedência.



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH – Rogando vênias ao nobre Relator, retifico meu voto para julgar improcedente a ação.

Recebi material complementar e, melhor refletindo acerca do comércio de “óculos com lentes sem correção”, concluí não ser excessiva a exigência constante da Lei nº 1.912/2002, do Município de Tramandaí, de licença da Vigilância Sanitária também para os estabelecimentos que comercializem apenas óculos de proteção solar sem grau, visto que há uma oferta muito grande de lentes sem nenhum controle.

O primeiro direito básico do consumidor é exatamente o direito à proteção da vida, à saúde e à segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos (art. 6º, inciso I, do CDC). Assim, sempre que o fornecedor tiver conhecimento de que o produto ou serviço que está alcançando ao mercado trazer risco à saúde, à segurança, deve retirá-lo do mercado, deve alertar de forma ostensiva acerca desse risco.

Hoje as pessoas estão adquirindo armações em flagrante descaminho, em alguns casos até em contrabando. O comércio eletrônico também viabiliza a venda sem controle dessas lentes que trazem risco à vida, à saúde, à segurança.

O Des. Mussoi trouxe um vasto elenco de precedentes, e eu tenho me impressionado com as exposições, porque estamos dando certa instabilidade ao nosso Órgão Especial.

É que se trata de uma questão de saúde pública e, também, de defesa do consumidor.

O direito à saúde é garantia constitucional, competindo ao Poder Público implementar medidas que assegurem ao cidadão a aquisição de um produto com fator de proteção adequado, reduzindo os riscos de causar danos à visão. E isso gera um mercado para as pessoas que



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)

2012/CÍVEL

trabalham nessa área, inclusive a criação de cursos intermediários e técnicos para essas medidas. Por outro lado, também gera recursos para tudo o que precisamos, pela concentração em atividades organizadas, registradas, inclusive com repartição de receitas para Estados, Distrito Federal e Municípios.

Sabe-se que qualquer norma infraconstitucional que ofender os direitos consagrados pelo Código de Defesa do Consumidor estará ferindo a Constituição.

O 4º Congresso do Consumidor, realizado em Gramado, concluiu que o direito de proteção ao consumidor é cláusula pétrea da Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXII). Com efeito, o Direito do Consumidor possui *status* de Direito Constitucional e, assim, não pode o legislador ordinário fazer regredir a valência de garantia fundamental.

A livre iniciativa e a livre concorrência são respeitáveis princípios constitucionais, mas não são princípios absolutos, impeditivos de qualquer regramento infraconstitucional. Assim, pode o Poder Público Municipal, de forma legítima e legal, ou seja, amparado em Lei do parlamento local, definir regras que garantam a proteção da saúde dos consumidores.

A Lei nº 1.912/2002, do Município de Tramandaí traz exigências cujo escopo é possibilitar a verificação da procedência e da qualidade dos produtos a serem comercializados, o que vem em benefício do consumidor.

Ainda que se possa questionar se as exigências nela contidas são capazes de proporcionar uma efetiva proteção à saúde, entendo que, se bem fiscalizada a sua aplicação, com certeza haverá uma redução dos riscos de danos à visão.

Por tais fundamentos, voto pela improcedência da ação.



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

DES. AYMORÉ ROQUE POTTES DE MELLO – Des. Moesch, Vossa Excelência permite um aparte ? Penso que estamos em face de uma ADI que argui a inconstitucionalidade material de um preceito de uma lei municipal.

O primeiro ponto, em face das ponderações que Vossa Excelência está fazendo, ocorre perante o memorial e o material argumentativo suplementar que recebeu do Sindióptica, patronal dos ópticos neste Estado.

O segundo ponto é que não podemos confundir política de segurança da saúde pública com instrumentos de vigilância sanitária, polícia administrativa e fiscalização municipal, que, embora digam respeito ao mesmo campo temático e mantenham estreitas relações taxionômicas entre si, não se confundem.

O terceiro ponto, na dicção colocada pelo eminente Des. Luiz Felipe, é que não podemos confundir critérios modais de interpretação e julgamento de lei infraconstitucional com os critérios modais de interpretação técnica e julgamento de leis em ambas as vias – concentrada e/ou difusa – do sistema de controles da (in)constitucionalidade no Brasil.

Eminente Presidente e demais Colegas, estou antecipando o voto no sentido de acompanhar o eminente Des. Luiz Felipe, para julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada.

Acresce que nós não estamos fazendo julgamento de lei infraconstitucional em sede de mandado de segurança. Estamos-nos defrontando, segundo o libelo deduzido pelo Ministério Público na peça vestibular dessa ação direta de inconstitucionalidade, com uma lesão material absoluta à plêiade de princípios constitucionais elencados pelo Des. Luiz Felipe Brasil Santos no seu voto.

Então, com todo o respeito ao direcionamento de alguns votos deduzidos aqui, está-se fazendo, em sede de ADI, um julgamento



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

como se fora em técnica modal e sede processual infraconstitucional, a exemplo do mandado de segurança. No plano do julgamento em sede de controle da (in)constitucionalidade, com todo o respeito às opiniões contrárias, creio que o Des. Luiz Felipe recoloca os trilhos da técnica hermenêutica no lugar de onde eles jamais deveriam ter saído, sob o ponto de vista metodológico de julgamento em interpretação conforme à Constituição Federal, com obrigatória redução de texto no caso ora sob exame. Uma questão simples e inegociável juridicamente.

Definidas essas vertentes sobre **como julgar** esta ADI, teremos clareza sobre **o que** julgar na sua resolução do mérito.

Creio que o eminente Des. Aquino empregou com propriedade, no plano da técnica, a polarização das posições aqui no plenário em torno da controvertida forma de julgar-se em interpretação conforme à Constituição Federal: de um lado, ou há improcedência da pretensão à declaração de inconstitucionalidade, e aí, naturalmente, não haverá redução de texto da lei municipal impugnada, cuja constitucionalidade material restará afirmada, ou, de outro lado, no sentido oposto, há a procedência da pretensão, a declaração de inconstitucionalidade e a – consequente e inevitável – redução da expressão ora coarctada no enunciado do **parágrafo único** do art. 2º da Lei nº 1.912/2001, do Município de Tramandaí, nos termos do voto divergente polarizado pelo eminente Des. Luiz Felipe. Nesta linha dicotômica, então, não se mostra viável, em interpretação conforme à Constituição Federal, proferir o veredicto de parcial procedência da ADI **sem redução de texto**, deste modo deixando de expungir da Lei Municipal a expressão coarctada na peça vestibular dos autos.

Então, peço que Vossa Excelência, no decorrer da sua fundamentação de voto, enfrente essas questões graduais, pelas quais



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

passa, necessariamente, um julgamento técnico da pretensão à (in)constitucionalidade material deduzida pelo Ministério Público.

DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH – Em resposta ao Des. Aymoré, digo que é essa conotação constitucional que quero dar à proteção do consumidor, é exatamente esse o sentido, para alcançar o que ele reclama e para encaminhar uma votação no sentido de divergir do Des. Luiz Felipe e acompanhar integralmente o voto do Des. Mussoi.

É esse o sentido.

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA (PRESIDENTE) – Há a questão técnica que o Des. Aquino suscitou de se saber qual o alcance do voto do Desembargador-Relator, o eminente Des. Marchionatti, está mantendo pela parcial procedência.

A dificuldade que nós teríamos é que já temos vários votos antecipados, inclusive de Desembargadores que não formam a composição hoje, que não estão nessa composição e que se comprometeram, em tese, com uma parcial procedência.

Da forma como estão, o Des. Marchionatti mantém a parcial procedência?

DES. CARLOS CINI MARCHIONATTI (RELATOR) – Sim.

DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES – Acompanho o Desembargador Mussoi.

DES. JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO – Reitero a minha preocupação porque, se nós somarmos os votos que seguem o Des.



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

Marchionatti aos que seguem a posição do Des. Luiz Felipe, nós poderemos ter a declaração de inconstitucionalidade que, na realidade, não existe.

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA (PRESIDENTE) – Não adiantei uma posição sob o ponto de vista prático, o que me pareceu mais adequado, mas, às vezes, tenta-se dar uma fluência mais rápida e acaba restando o efeito inverso.

Estou revisando a minha posição na sessão, dando pela procedência. Se, por acaso, a procedência vingar, não haverá muito impacto saber se a parte vencida será parcial procedência ou improcedência.

DES. JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO – A questão é saber o que será procedente.

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA (PRESIDENTE) – Procedente nos termos do voto do Des. Luiz Felipe. Se for essa procedência, o resto...; agora, se não for, voltamos a esta questão.

DES. JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO – São trezes votos para declarar a inconstitucionalidade.

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA (PRESIDENTE) – Até, quem sabe, eventualmente suspender o julgamento para ouvir os outros.

DES. JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO – Gostaria que o julgamento refletisse o pensamento dos Colegas, porque, se estivermos julgando conforme o voto do Des. Marchionatti e entendermos que, com isso, estamos dando procedência, na verdade, na minha visão, não estamos



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

dando procedência. Então, os Colegas podem, nesse sentido, serem levados a um julgamento que não é no sentido.

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA (PRESIDENTE) – Vou colher três votos. Aqueles que acompanham o voto do Des. Marchionatti do modo como está, parcial procedência com redução de texto, só para o primeiro escrutínio, depois voltamos ao ponto.

Se não prevalecer a procedência nos termos do voto do Des. Luiz Felipe, voltamos a essa questão.

DES. JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO – Da mesma forma que Vossa Excelência, também estou julgando procedente. E, tal qual manifestou o Des. Aymoré, receio que estejamos fazendo um julgamento *in concreto*.

Não podemos passar por cima dos órgãos de fiscalização. No Município existem órgãos de fiscalização adequados para verificar se existe ou não uma comercialização indevida. Por mais generosa que seja a lei, por melhor conteúdo que ela possa ter, por detrás dela existe, sim, a meu ver, uma reserva de mercado, como bem apanhou o Des. Luiz Felipe.

Eu posso ser contra a comercialização de óculos por camelôs, posso ser contra a comercialização de óculos em qualquer estabelecimento de comércio, agora acho que não podemos superar instâncias e competências, compete à fiscalização municipal fazer a fiscalização, e a nós dizermos, *in abstracto*, se a lei é ou não inconstitucional. A meu ver a lei é inconstitucional porque agride o texto da Constituição que estabelece a livre concorrência.

Então, acho que está bem apanhado, é o art. 157, inc. V, da Constituição Estadual. Estamos limitando uma atividade quando a lei não autoriza, a lei diz que há liberdade de concorrência. Nós podemos achar até



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

inconveniente, mas o legislador que diga, em nível constitucional, que a proteção à saúde é tão ampla que impede que bijuterias que possam de alguma forma prejudicar a saúde possam ser comercializadas.

Na minha interpretação, não podemos chegar a tanto, não podemos simplesmente ignorar algo que está na lei que vai além do que ela poderia ter dito. E, portanto, muito bem apanhou, a meu ver, a divergência quando exclui os óculos sem grau, justamente por isso, porque ali não se trata de proteção à saúde, trata-se de mero adorno. Agora, se há ou não excesso e se isso agride ou não, é uma questão de fiscalização, competência do Executivo, e não nossa de, *in abstracto*, afastar ou colocar na lei o que ela não pode contemplar.

Aqui, a nossa função é esta, retirar da lei o que realmente agride o texto constitucional. Na minha visão, agride o texto constitucional essa colocação, e, portanto, protegendo a livre concorrência, julgo procedente nos termos do voto do Des. Luiz Felipe.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS – Senhor Presidente, apenas um esclarecimento.

A partir do que disse o Des. Aquino, gostaria de fazer uma pequena correção. Eu não disse que a comercialização de óculos sem grau significa objeto de mero adorno, não é isso. O que eu disse, e me parece que está claro em meu voto, é que os instrumentos, que são três, que a lei exige para a aferição da adequação destes óculos não cumprem a finalidade almejada e que aquele instrumento que realmente seria necessário para aferir a correta filtragem dos raios UVA e UVB não está exigido na lei. Ou seja, a lei, sob o pretexto de proteger a saúde, o que acho necessário e é uma questão de mérito, na verdade, não protege. Ela exige instrumentos que são ineficazes e deixa de exigir um instrumento que é eficaz, essa que é



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

a questão central e é isso que eu queria deixar claro, pois eu não estou dizendo que óculos de sol são instrumentos de mero adorno. Não é isso.

DES. JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO – Des. Luiz Felipe, mas Vossa Excelência dá pela inconstitucionalidade porque agride a concorrência.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS – As exigências postas são desproporcionais. É esta a tese do Ministério Público e é esta a tese que eu estou acolhendo: a desproporcionalidade entre o fim visado e o meio, o meio não atinge o fim.

DES. JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO – A desproporcionalidade é para saber se houve exagerou ou não, mas qual é o princípio que pela desproporcionalidade está sendo atingido? É o da livre concorrência. Não é isso?

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS – Sim. Exatamente.

DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH - Senhor Presidente, é importante esse detalhe e, também, em complemento ao que disse o Des. Aymoré em relação ao que eu falava: os princípios constitucionais da Defesa do Consumidor do art. 5º e do art. 170 não são contraditórios com o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, são complementares.

DES. AYMORÉ ROQUE POTTES DE MELLO – Vossa Excelência me permite?

O parágrafo único do art. 2º da lei municipal impugnada é um **subterfúgio técnico** que **cria** uma **reserva de mercado** e, mais,



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

simbolicamente, esse preceito é uma asserção verdadeira numa razão falsa, porque, como colocou com precisão de paquímetro o Des. Luiz Felipe no voto dele, a manutenção dos óculos de lente sem grau ou a não manutenção não muda absolutamente nada. Então, à luz do princípio constitucional de Defesa do Consumidor, há inconstitucionalidade material.

O eminente Des. Luiz Felipe em seu voto de divergência não arrola este princípio, mas poderá fazê-lo com toda a propriedade, porque, perante o que o enunciado do parágrafo único em tela prescreve e a expressão nele impugnada restringe, trata-se de uma questão de asserção verdadeira (o enunciado do parágrafo único) e razão falsa (a expressão ora impugnada no plano da inconstitucionalidade material). Esse enunciado é ineficaz, absolutamente ineficaz para tutelar a questão relativa aos “**óculos com lentes sem correção**”, seja a questão de saúde pública, seja a questão da vigilância sanitária. Ela não tem eficácia nenhuma. Se usássemos a linguagem ponteana, diríamos que ela tem *carga eficaz* zero, com inconstitucionalidade material total nesse sentido.

DES. GUNTHER SPODE - Com máxima vênia ao eminente Relator, peço licença para acompanhar a divergência inaugurada pelo não menos eminente Des. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, para julgar procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade nos exatos termos do seu voto.

DES. ORLANDO HEEMANN JUNIOR – Com a vênia do em. Relator, acompanho a divergência apresentada pelo Des. Luiz Felipe Brasil Santos.

DES. ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO - Vênia ao eminente Relator, assim como dos votos em sentido contrário, estou acompanhando a divergência, nos termos do voto do Des. Luiz Felipe B. Santos e do parecer



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

do Ministério Público neste grau, para julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade movida contra a Lei 1912/02 do Município de Tramandaí.

DES. ANTÔNIO CORRÊA PALMEIRO DA FONTOURA - Eminentes Colegas, no caso em tela, estou acompanhando a divergência, aberta com o voto do Des. Luiz Felipe Brasil Santos, para julgar procedente o pedido, declarando a inconstitucionalidade com redução de texto da lei em questão.

DES.^a MARILENE BONZANINI - Esclarecidas as dúvidas pelo debate profícuo que se instaurou, convenci-me, apesar das objeções iniciais que me assolavam ora me inclinando num sentido ora noutro, de que, de fato, há de ser julgado procedente o pedido, declarando a inconstitucionalidade, tendo em vista a ineficácia ou a inocuidade da expressão *óculos sem proteção de grau* com as exigências dispostas na lei municipal.

Estou acompanhando, então, a divergência inaugurada pelo Des. Luiz Felipe.

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA (PRESIDENTE) – Diante das ponderações tecidas pelo eminente Des. Luiz Felipe, reformulo o voto que já lançara na sessão em que teve início o julgamento deste feito, e, assim, com a vênua do eminente Relator, dou pela procedência do pedido.

DES.^a ELAINE HARZHEIM MACEDO - Pedindo vênua ao eminente relator, vou acompanhar a divergência para julgar improcedente a presente ação de inconstitucionalidade, nos termos do voto do Des. Alexandre, que inaugurou a divergência, lançando seu voto na rede.



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA (PRESIDENTE) - Vou consultar aqueles que já votaram e que estão aqui para ver se haverá alguma revisão em função da questão de saber se a natureza dos seus votos era de parcial procedência ou improcedência ou então permitir até a revisão do que era parcial procedência para procedência.

O Des. Newton Leão havia votado pela parcial procedência.

DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO – Estou reformulando para acompanhar o Des. Mussoi Moreira.

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA (PRESIDENTE) –Então, o voto do Des. Mussoi é improcedência.

DES. JAIME PITERMAN – O meu voto é pela improcedência.

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA (PRESIDENTE) – O Des. Marchionatti mantém a procedência.

DES. GLÊNIO JOSÉ WASSERSTEIN HEKMAN – A questão, pelo menos no que diz respeito à procedência, está na redução do texto ou não, na interpretação conforme.

E me parece que do ponto de vista prático a exclusão limitaria a atividade fiscalizatória do Município, que eu acredito que deva ser preservada. E aqui já chegamos à conclusão de que é dever do Município também fazer a fiscalização, e a interpretação conforme seria no sentido de as exigências serem relativas apenas à venda dos óculos com lentes com correção.



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

Nesse sentido, entendo que a redução do texto não levaria a essa interpretação conforme e, por isso, estou de acordo com o voto do eminente Relator.

DES. TÚLIO DE OLIVEIRA MARTINS - Senhor Presidente, mantenho a minha posição, acompanho o Des. Marchionatti.

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA (PRESIDENTE) – A procedência com redução de texto inegavelmente foi rejeitada com oito votos. Ficamos com nove votos pela parcial procedência e seis votos com improcedência completa.

DES. AYMORÉ ROQUE POTTES DE MELLO – Presidente, creio que as duas posições que poderiam, eventualmente, adjudicar-se, que seria a improcedência com a parcial procedência, são irreduzíveis entre si. Sob esse ponto de vista e pela aplicação do princípio constitucional da maioria qualificada para declaração de inconstitucionalidade, para todos os efeitos legais, a ADI está sendo julgada improcedente por este Plenário, com todo o respeito a pensamentos em sentido diferente.

São irreduzíveis as posições tituladas respectivamente pelos eminentes Desembargadores Mussoi e Marchionatti, não há acordo, não há possibilidade de conciliação constitucional no plano da técnica de julgamento.

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA (PRESIDENTE) – Nenhuma das posições tem a maioria.



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

DES. AYMORÉ ROQUE POTTES DE MELLO – Como o *quorum* constitucional para declaração de inconstitucionalidade não foi atingido, o resultado do julgamento tecnicamente é pela improcedência da ADI.

DES. JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO – Na minha concepção, o encaminhamento feito pelo Des. Marchionatti e daqueles que o acompanharam seria pela improcedência. Se somarmos os votos que acompanharam o Des. Marchionatti com os que aderiram ao voto do Des. Luiz Felipe, teríamos procedência, mas não é possível fazer isso.

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA (PRESIDENTE) – O resultado final será o mesmo.

DES. TÚLIO DE OLIVEIRA MARTINS – O Des. Aymoré esclareceu, porque realmente o resultado útil não foi alcançado.

DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH – A colocação do Des. Aymoré está perfeita.

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA (PRESIDENTE) – E não é possível somar um voto ao outro para se chegar a um voto médio, não é possível se chegar a um voto médio aqui.

Determino que conste do acórdão a observação do Des. Aymoré que vai ajudar a elucidar a tira do julgamento pela improcedência.

DES. MARCELO BANDEIRA PEREIRA (PRESIDENTE) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70050507045, de Porto Alegre – "APÓS O VOTO DE VISTA DO DESEMBARGADOR LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, JULGANDO PROCEDENTE A AÇÃO DIRETA DE



CCM

Nº 70050507045 (Nº CNJ: 0357296-77.2012.8.21.7000)
2012/CÍVEL

INCONSTITUCIONALIDADE, COM REDUÇÃO DE TEXTO, NO QUE FOI ACOMPANHADO PELOS DESEMBARGADORES AYMORÉ ROQUE POTTES DE MELLO, JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO, GUNTHER SPODE, ORLANDO HEEMANN JÚNIOR, ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO, ANTÔNIO CORRÊA PALMEIRO DA FONTOURA, MARILENE BONZANINI E PELO DESEMBARGADOR MARCELO BANDEIRA PEREIRA (PRESIDENTE), QUE RETIFICOU SEU VOTO; DO VOTO DO DESEMBARGADOR ALEXANDRE MUSSOI MOREIRA JULGANDO IMPROCEDENTE A AÇÃO, NO QUE FOI ACOMPANHADO PELO DESEMBARGADOR SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES E PELOS DESEMBARGADORES NEWTON BRASIL DE LEÃO, JAIME PITERMAN, FRANCISCO JOSÉ MOESCH E ELAINE HARZHEIM MACEDO, QUE RETIFICARAM O VOTO, FOI PROFERIDA A SEGUINTE DECISÃO: 'POR MAIORIA, JULGARAM IMPROCEDENTE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, VENCIDOS PARCIALMENTE OS DESEMBARGADORES CARLOS CINI MARCHIONATTI (RELATOR), GLÊNIO JOSÉ WASSERSTEIN HEKMAN, TÚLIO DE OLIVEIRA MARTINS, NEY WIEDEMANN NETO, LÚCIA DE FÁTIMA CERVEIRA, MARCELO CEZAR MÜLLER, ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA, SYLVIO BAPTISTA NETO E IRINEU MARIANI E, VENCIDOS INTEGRALMENTE, OS DESEMBARGADORES LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, AYMORÉ ROQUE POTTES DE MELLO, JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO, GUNTHER SPODE, ORLANDO HEEMANN JÚNIOR, ANDRÉ LUIZ PLANELLA VILLARINHO, ANTÔNIO CORRÊA PALMEIRO DA FONTOURA, MARILENE BONZANINI E MARCELO BANDEIRA PEREIRA (PRESIDENTE)'."