

08/05/2003

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 2.327-6

SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. GILMAR MENDES**

REQUERENTE : GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADA : PGE-SP - ROSALI DE PAULA LIMA

REQUERIDA : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : ALEXANDRE ISSA KIMURA

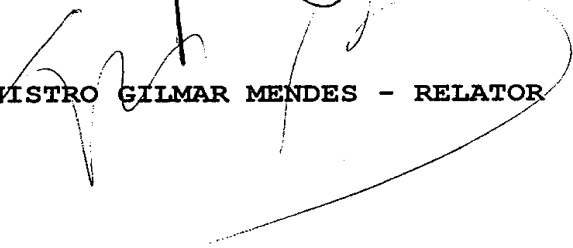
**EMENTA:** Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Governador do Estado de São Paulo. 3. Lei Estadual nº 10.307, de 06 de maio de 1999. Fixação de distância mínima para a instalação de novas farmácias e drogarias. 4. Inconstitucionalidade formal. Norma de interesse local editada pelo Estado-membro. 5. Inconstitucionalidade material. Descumprimento do princípio constitucional da livre concorrência. Precedentes. 6. Ação direta procedente.

**A C Ó R D ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, julgar procedente o pedido formulado na inicial da ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.307, de 06 de maio de 1999, do Estado de São Paulo.

Brasília, 08 de maio de 2003.

  
MINISTRO MARCO AURELIO - PRESIDENTE

  
MINISTRO GILMAR MENDES - RELATOR



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.327-6 - SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. GILMAR MENDES**

REQUERENTE : GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADA : PGE-SP - ROSALI DE PAULA LIMA

REQUERIDA : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : ALEXANDRE ISSA KIMURA

**R E L A T Ó R I O**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):**

O parecer da Procuradoria-Geral da República, da lavra do seu eminente titular, Professor Geraldo Brindeiro, assim resume a controvérsia:

*"Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Governador do Estado de São Paulo, com o objetivo de obter a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 10.307, de 06 de maio de 1999, daquele Estado, que disciplina a instalação de novos estabelecimentos de comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, em cidades com mais de 30.000 (trinta mil) habitantes. Eis o teor da lei impugnada:*

**"Art. 1º - A instalação de estabelecimento de comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, em cidades com mais**



de 30.000 (trinta mil) habitantes, deverá respeitar a distância mínima de um raio de 200m (duzentos metros) com relação a estabelecimentos congêneres já instalados.

**Parágrafo único** - Consideram-se comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, para efeitos dessa lei, as drogas e as farmácias alopáticas, homeopáticas e de manipulação.

**Art. 2º** - Fica assegurado direito adquirido a todos os estabelecimentos definidos no parágrafo único do artigo 1º, que já estiverem legalmente instalados até a data da publicação desta lei.

**Parágrafo único** - O direito adquirido continua assegurado, ainda que os estabelecimentos venham a sofrer alteração na razão social.

**Art. 3º** - Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação."

2. Sustenta o requerente, em síntese, afronta aos arts. 170, incisos IV e V, 30, inciso I, 18, caput, todos da Constituição Federal, por considerar que as normas impugnadas interferem no direito de livre exercício da atividade comercial, prejudicam o consumidor, além da invasão da esfera de competência legislativa de Município.

3. Vossa Excelência, mediante o despacho de fls. 37, requisitou as informações da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, ora requerida, e



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2.327-6 - SÃO PAULO

determinou que fosse dada vista, sucessivamente, ao Advogado-Geral da União e a esta Procuradoria-Geral da República.

4. Prestadas as informações (fls. 23/31 e 41/46), e após a manifestação do Advogado-Geral da União (fls. 48/51), vieram os autos à Procuradoria-Geral da República para parecer." (fls. 55/56)

O parecer é para que seja declarada a inconstitucionalidade da Lei estadual nº 10.307/99 (fls. 55/59).

É o relatório.



*Supremo Tribunal Federal*

08/05/2003

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.327-6SÃO PAULO

## V O T O

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):**

Anota o parecer da Procuradoria-Geral da República:

"(...), sendo de interesse local as questões que dizem respeito com a localização de estabelecimentos comerciais, como no caso, em que a lei estadual disciplina a distribuição de farmácias e drogarias, nas cidades do Estado de São Paulo com mais de 30.000 (trinta mil) habitantes, evitando a concentração delas em determinado local, afronta o texto constitucional, na medida em que trata de assuntos de interesse dos municípios. O Estado-membro legisla tendo em vista as suas exigências e as suas peculiaridades locais. Sobre, portanto, ao Município não somente a legislação que diz respeito a interesse local, mas também aquela que suplementa as leis federais e estaduais.

8. Sendo pois, da competência dos Municípios legislarem sobre assuntos de interesse local, como é o caso da instalação de estabelecimentos comerciais, patente a inconstitucionalidade formal da Lei nº 10.307, de 06 de maio de 1999, do Estado de São Paulo."



*Supremo Tribunal Federal*

ADI 2.327 / SP

Tudo está a indicar a evidência do vício formal apontado.

Ademais, esta Corte, no RE nº 193.749, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 4.5.2001, assentou entendimento segundo o qual seria inconstitucional a fixação de distância para instalação de novas farmácias ou drogarias. Registre-se, a propósito, a orientação sintetizada na ementa do acórdão, verbis:

*"Recurso extraordinário. Constitucional. Lei nº 10.991/91, do Município de São Paulo. Fixação de distância para a instalação de novas farmácias ou drogarias; Inconstitucionalidade.*

*A Constituição Federal assegura o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização do Poder Público, salvo nos casos previstos em lei.*

*Observância de distância mínima da farmácia ou drogaria existente para a instalação de novo estabelecimento no perímetro. Lei Municipal nº 10.991/91. Limitação geográfica que induz à concentração capitalista, em detrimento do consumidor, e implica cerceamento do exercício do princípio constitucional da livre concorrência, que é uma manifestação da liberdade de iniciativa econômica privada.*

*Recurso Extraordinário conhecido e provido."*

Assim, também sob a perspectiva estritamente material, não há como preservar a lei impugnada.

Apenas à guisa de referência no direito comparado, observa-se que tema relativo à instalação de farmácia deu ensejo a uma clássica decisão da Corte Constitucional alemã. Trata-se do chamado "apotheken-urteil", no qual se discutiu a legitimidade de lei do Estado da Baviera que condicionava a instalação de novas farmácias a uma especial permissão da autoridade administrativa. Questionou-se a legitimação da Corte Constitucional para proceder ao exame da adequação de uma dada medida legislativa, porquanto ela não



*Supremo Tribunal Federal*

ADI 2.327 / SP

estaria em condições de verificar a existência de outro meio igualmente eficaz e, ainda que isto fosse possível, de confirmar se esse exame seria realizável por parte do legislador.

A Corte recusou o argumento formal quanto à sua incompetência para proceder à aferição dos fatos legislativos, observando que a Constituição confiou-lhe a guarda dos direitos fundamentais em face do legislador e que, portanto, se da interpretação desses direitos decorre limitação para o legislador, deve o Tribunal dispor de condições para exercer essa fiscalização.

Também a questão da liberdade de utilização de meios igualmente adequados por parte do legislador haveria de levar em conta os planos ou níveis (*Stufen*) de exigência de proteção dimanados dos próprios direitos fundamentais. Após rigoroso exame sobre o prognóstico do legislador, a Corte concluiu que:

"a) a liberdade de instalação de farmácias, em outros países com o mesmo standard civilizatório da Alemanha, não levou a uma efetiva ameaça da saúde pública (examinou-se em particular a situação existente na Suíça com base nos laudos apresentados pelos peritos designados);

b) a liberdade de instalação de farmácias não levaria, necessariamente, a uma multiplicação ilimitada desses estabelecimentos, porquanto a decisão sobre a sua instalação ou não, tendo em vista os elevados custos financeiros, passa por inevitáveis considerações de ordem econômica e análise de mercado;

c) o temor revelado pelo legislador quanto à eventual impossibilidade de os farmacêuticos cumprirem seus deveres legais em razão da queda de sua capacidade financeira revelava-se igualmente infundada, uma vez que uma decisão pessoal economicamente equivocada não poderia servir de base para a decisão legislativa em apreço. Ademais, a tendência revelada no sentido da superação do modelo de farmácia de fabricação pelo de simples entrega

*Supremo Tribunal Federal*

ADI 2.327 / SP

de produtos acabados reduz a responsabilidade do farmacêutico e aumenta o seu tempo livre;

d) a maior procura de medicamentos decorreria, segundo a opinião dos experts, fundamentalmente, das mudanças ocorridas nas condições de vida durante a guerra-subnutrição, estresses físico-emocionais -, não estando relacionada com a existência de múltiplos locais de venda de produtos farmacêuticos." (Ferreira Mendes, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999).

Assim, embora ressaltando que não poderia decidir sobre o sistema jurídico mais adequado para regular a matéria, concluiu o Tribunal que o modelo adotado pelo Estado da Baviera revelava-se incompatível com a liberdade de exercício profissional estabelecida na Lei Fundamental.

Resta evidente que, para afirmar a inconstitucionalidade do modelo legislativo consagrado, teve o Tribunal que infirmar a prognose estabelecida pelo legislador, quanto à possibilidade de uma multiplicação dos estabelecimentos farmacêuticos em razão da ausência de uma regulação restritiva. A manifesta inconsistência do prognóstico estabelecido pelo legislador ressaltava que a decisão adotada não protegia o interesse público, contendo, portanto, restrição incompatível com o livre exercício de atividade profissional.

Vê-se, assim, que, se necessário, o tema também comporta uma análise à luz do princípio da proporcionalidade.

Dessa forma, meu voto é pela procedência da ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.307, de 6 de maio de 1999, do Estado de São Paulo.





*Supremo Tribunal Federal*

08/05/2003

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.327-6 SÃO PAULO

## V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sr. Presidente, peço licença para não me comprometer, por ora, com a inconstitucionalidade material, que é desnecessária à procedência da ação direta. A própria lembrança pelo Ministro Gilmar Mendes dos questionamentos a respeito mostra a complexidade extrema de sua afirmação. Prefiro, então, reservar-me para quando isso for necessário. Fico, pois, na inconstitucionalidade formal.

CR/


08/05/2003

**157**  
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.327-6 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) -  
Acompanho o ministro Gilmar Mendes, especialmente sob o ângulo do vício formal, salientando mais que a atuação normativa e reguladora do Estado na atividade econômica, pelo que dispõe a própria Carta da República, é de simples planejamento. Não há vinculação absoluta, a não ser quanto ao setor público.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.327-6

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

REQTE.: GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVDA.: PGE-SP - ROSALI DE PAULA LIMA

REQDA.: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADV.: ALEXANDRE ISSA KIMURA

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente o pedido formulado na inicial da ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 10.307, de 06 de maio de 1999, do Estado de São Paulo. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 08.5.2003.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio.  
Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

*(assinatura)*  
Luiz Tomimatsu  
7) Coordenador