

## FARMÁCIAS E DROGARIAS — HORÁRIO — COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

— O art. 30, inciso I, da Constituição, confere e outorga, dentro do princípio de autonomia municipal e em observância desse princípio, competência exclusiva ao Legislativo Municipal para legislar sobre assuntos de interesse local.

— O ato atacado, de efeitos concretos e imediatos — Dec. 28.058, de 05/09/89 — segundo o seu preâmbulo, foi editado com a finalidade de regulamentar a Lei Municipal nº 8.794, de 2.10.78, que dispõe sobre o funcionamento de farmácias e drogarias, a qual não estabeleceu diferenciação ou distinção entre os estabelecimentos. Então, se a lei não fez a distinção, não poderia o ato atacado fazê-lo, sob pena de ilegalidade, portanto, é uma questão de ilegalidade e não de inconstitucionalidade.

— O ato indigitado comete ofensa ao princípio de livre concorrência, porque impõe limitações a situações idênticas de outros estabelecimentos farmacêuticos e isso não se constata da lei.

— O Decreto 28.058/89, da Prefeitura Municipal, não protege o consumidor nos grandes centros comerciais que funcionam, inclusive, nos sábados até às 22:00 horas. Com o comércio funcionando e as farmácias e drogarias dos shoppings centers fechadas e sem funcionamento, situação imposta pelo ato vergastado, o que seria do Shopping Center sem drogarias e farmácias, se o comércio estiver em pleno vapor?

— Os estabelecimentos farmacêuticos exercem atividades nitidamente de utilidade pública e que, por isso, não podem sofrer limitações quanto ao horário de funcionamento, porque é um serviço posto à disposição da coletividade.

— Recurso Ordinário provido. Segurança concedida.

### SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso em Mandado de Segurança nº 886

Recorrente: Drogasil S/A.

Recorrido: Municipalidade de São Paulo

Relator: Sr. Ministro PEDRO ACIOLI

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, para conceder a segurança na forma do relatório e

notas taquigráficas constantes destes autos e que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília-DF, 21 de outubro de 1991 (data do julgamento). *Pedro Acioli*, Presidente e Relator.

#### RELATÓRIO

*O Sr. Ministro Pedro Acioli:* Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Drogasil S/A de decisão do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo que indeferiu seu mandado de segurança julgando legítimo o Decreto nº 28.058/89, da prefeita do município de São Paulo, que alterou o regime de horários a que estavam sujeitos os estabelecimentos que exploram o ramo farmacêutico localizados em grandes centros comerciais, denominados de *shopping centers*.

A segurança foi indeferida ao fundamento de que a matéria pertinente ao horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais está afeta ao município, desde que aquele horário não se coloque em antinomia com o que determinam leis federais ou estaduais.

A decisão recorrida concluiu que o município possui o poder discricionário de estabelecer horários em apreço, alterando-os de acordo com as razões que entender justificáveis para cada tipo de atividade.

Houve embargos de declaração (fls. 66-8) e explicitado o julgado às fls. 71-2.

Sustenta a recorrente a violação do princípio da legalidade, porque compete ao município legislar sobre assuntos de interesse local e o caso em tela a autoridade impenetrada fez regular o horário de funcionamento das farmácias mediante decreto.

Acerca da Lei Municipal nº 8.794/78 diz a recorrente o seguinte (fl. 82):

“Bem por isso é que o Decreto nº 28.058/89, que veio tratar amplamente do assun-

to, jamais poderá ser considerado como regulamento da Lei nº 8.794/78, porquanto efetivamente não está a regulamentá-la e sim a inovar originariamente a ordem jurídica municipal, instituindo deveres e impondo restrições à liberdade em matéria de horário de funcionamento de estabelecimentos farmacêuticos.”

Sustenta a indelegabilidade da competência legislativa sobre a matéria e a ofensa ao princípio da livre concorrência ao trabalho assim (fls. 85-6):

“Se é assim, então parece fora de qualquer dúvida que a restrição imposta pelo Decreto nº 28.058/89, impedindo a abertura das farmácias e drogarias de *shopping centers* em regime de atendimento normal das tardes de sábado, atenta frontalmente contra o princípio da livre concorrência, agasalhado pela Constituição Federal.

*E isso porque enquanto os demais estabelecimentos comerciais dos shopping centers estão autorizados a funcionar livremente aos sábados depois das 13 horas, comercializando produtos que também são vendidos pelas farmácias, estas, dentre as quais os estabelecimentos da recorrente, estão absolutamente proibidas de abrir, apesar de instaladas nos mesmos shopping centers.*

*Portanto, à toda evidência o Decreto nº 28.058/89, impedindo a abertura das farmácias e drogarias aos sábados depois das 13 horas, está a impor para as farmácias e drogarias dos shopping centers uma autêntica limitação à livre concorrência, na medida em que restringe a competição em igualdade de condições com os demais estabelecimentos comerciais instalados nos mesmos centros comerciais, o que é totalmente inaceitável.”*

Após alegar que a decisão recorrida desprotege o consumidor, sustenta a violação do princípio da isonomia assim (fl. 90):

“Destarte, atribuindo tratamento diferenciado de horário apenas para as farmácias e drogarias das estações rodoviárias, ferro-

viárias e aeroportos, sem estendê-lo às farmácias dos *shopping centers* e de outros centros comerciais assemelhados, o Decreto nº 28.058/89 contrariou frontalmente o princípio da isonomia.”

O município de São Paulo não apresentou contra-razões específicas a cada fundamento do recurso ordinário, mas disse (fls. 104-5):

“Quanto ao argumento de que a lei municipal não dispôs sobre o horário, limitando-se a transferir ao Executivo essa prerrogativa (art. 1º da Lei nº 8.794/78 — fls. 25-7), em nada macula o princípio da legalidade, porque o legislador assim o podia fazer.

Inexiste, portanto, qualquer vício de ilegalidade no Decreto nº 28.058/89 que fixou o horário de funcionamento em cumprimento ao disposto no art. 1º da Lei Municipal nº 8.794/78.

E o argumento é até incoerente com pretensão do recorrente, vez que postula o retorno da regra estabelecida pelo revogado Decreto nº 25.447/88. Pois só quando não atende o seu particular interesse que a postura municipal tem o vício da alegada ilegalidade.”

O Ministério Público Federal se pronuncia pelo improvimento do recurso ordinário em sucinta emenda assim (fl. 110):

“Mandado de segurança. Competência do município para a fixação do horário de funcionamento do comércio. Súmula nº 419 do STF. Desprovimento do recurso.”

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Pedro Acioli (Relator): A decisão recorrida foi posta nos seguintes termos, a teor do seu voto condutor (fls. 61-2):

“Ainda que se considerasse discutível a medida adotada pela autoridade impetrada, no que diz respeito à utilidade e comodi-

dade para o público, certo é que a competência para regular o horário dos estabelecimentos comerciais está afeta ao município, desde que aquele horário não se coloque em antinomia com o que determinem leis federais ou estaduais.

Assim, dentro de tais limites, possui o município o poder discricionário de estabelecer os horários em apreço, alterando-os de acordo com as razões que entender justificáveis para cada tipo de atividade.

No que diz respeito às farmácias e drogarias, e segundo esclarecem as informações prestadas pela autoridade impetrada, ao exigir que aquelas situadas em centros de compras se submetessem ao sistema de plantão em rodízio, procurou a municipalidade atender ao interesse da coletividade, garantindo a abertura de um número mínimo e uniforme de farmácias em todo o município (fls. 47-8).

De tal modo procedendo, a impetrada não cometeu nenhum ato ilegal ou arbitrário, mas usou apenas de seu direito de regular matéria que era de sua competência, e que, a seu ver, merecia modificação.

Se o novo critério não traz as qualidades mencionadas nas informações, este aspecto escapa do crivo do Judiciário, o qual deve se ater unicamente à verificação da existência de eventual lesão a direito líquido e certo.

Na espécie, todavia, e como já se mencionou, tal lesão não ocorreu, uma vez que não praticada a ilegalidade apontada.

Por último, cabe acrescentar que este egrégio Tribunal já teve ocasião de examinar hipótese similar à presente, concluindo, da mesma forma, que a atitude tomada pela municipalidade se inseriu nos limites de sua competência, não se confundindo a discricionariedade ocorrente com a alegada arbitrariedade” (RJTJESP, 107/163).

O voto condutor da decisão embargada e recorrida foi assim (fls. 71-2):

"Se, como afirma a embargante, o v. acórdão considerou legal o Decreto nº 28.058/89, resta evidente que afastou a alegada inconstitucionalidade.

E, de fato, o v. acórdão foi claro ao expressar que a impetrada não cometera nenhum ato ilegal ou arbitrário, usando apenas do seu direito de regular matéria que era de sua competência (fl. 61).

Quanto à isonomia igualmente referida nos embargos, desta o v. acórdão não tratou de modo específico, pois o reconhecimento da legalidade do decreto já repelia qualquer ofensa aos princípios constitucionais, inclusive o da igualdade.

Por outro lado, a isonomia não pode ser vista só sob o aspecto formal; como já acenou Seabra Fagundes, 'os conceitos de igualdade são relativos, impõem a confrontação e o contraste entre duas ou várias situações, pelo que onde uma só existe não é possível indagar de tratamento desigual ou discriminatório'.

Segundo explicam as informações, fl. 46, 5º parágrafo, era o decreto revogado que estaria a atender tão-só a interesses de alguns, e não de todos. A ser assim, o Decreto nº 28.058/89 veio restaurar a isonomia atingida pelo primeiro diploma, e não atingi-la.

De qualquer forma, todavia, segundo acentuam as razões dos embargos, destinam-se estes a formar prequestionamento em torno da matéria, para fins de interposição de eventual e futuro recurso.

Dentro de tais limites, rejeitam-se os embargos, seja porque não houve a omissão alegada; seja porque no v. acórdão ficou declarado que não havia ofensa à lei maior."

Para o exame deste feito, é imperioso que se analise a questão da competência legislativa para a prática do ato indigitado.

O art. 30, inciso I, da Constituição, define a competência dos municípios, *in verbis*:

"Art. 30. Compete aos municípios:

I — legislar sobre assuntos de interesse local."

Quanto a este dispositivo o constitucionalista José Afonso da Silva, no seu livro *Curso de direito constitucional positivo*, à p. 540, diz:

"6. Competências municipais

O art. 30 da Constituição já discrimina as bases da competência dos municípios, tais como:

I — legislar sobre assuntos de interesse local, que consubstancia a área de competência legislativa exclusiva, incluindo aí, por conseguinte, a legislação tributária e financeira."

De acordo com a tese do constitucionalista citado "legislar sobre assuntos de interesse local" *se consubstancia na área de competência — legislativa exclusiva*.

Prosegue o estudioso da Carta Magna dizendo quanto aos *poderes municipais* o seguinte à p. 541:

"O governo municipal é, como todos sabem, constituído só de Poder Executivo, exercido pelo prefeito, e de Poder Legislativo, exercido pela Câmara Municipal. Os municípios não têm e continuarão a não ter órgão jurisdicional próprio. O Poder Judiciário que atua nos municípios (constituídos em comarca) é o estadual. Aos municípios, pois, só foram atribuídas duas funções governamentais básicas: a função legislativa e a função executiva, no que tange à matéria de sua competência. Legislação e administração constituem as funções fundamentais que integram a competência municipal. A primeira exercida pela Câmara Municipal, composta de vereadores representantes dos municípios; a segunda compreende as atribuições do prefeito."

Ainda diz quanto ao Poder Legislativo municipal que (p. 543):

"Funções da Câmara Municipal. A Câmara Municipal, que é o órgão do Poder

Legislativo local, deverá ter também suas atribuições discriminadas pela lei orgânica do respectivo município, as quais se desdobram em quatro grupos:

I — a função legislativa, que é exercida com a participação do prefeito. No exercício dessa função é que ela legisla sobre as matérias de competência do município. Por meio dela se estabelecem, como todos sabem, as leis municipais, e se cumpre, no âmbito local, o princípio da legalidade a que se submete a administração. A lei orgânica do município deverá indicar as matérias de competência legislativa da Câmara. Deverá também estabelecer o processo legislativo das leis em geral assim como do orçamento.”

Como citado, o art. 30, inciso I, da Constituição, confere e outorga, dentro do princípio da autonomia municipal e em observância desse princípio, *competência exclusiva* ao Legislativo municipal para legislar sobre assuntos de interesse local.

O ato atacado no presente *writ* é o Decreto 28.058/89 editado pela Prefeitura do município de São Paulo, de efeitos concretos e imediatos, cujos arts. 1º, 2º e 3º estabelecem o seguinte (fl. 24):

“Art. 1º As farmácias e drogarias deverão permanecer abertas, de segunda a sexta-feira, das 8 às 21 horas, e aos sábados, das 8 às 13 horas.

Art. 2º É facultada a abertura das farmácias e drogarias em regime de atendimento noturno compreendido entre 21 horas e 8 horas do dia seguinte.

Art. 3º As farmácias e drogarias ficam sujeitas aos seguintes períodos de plantão obrigatório:

I — aos sábados, das 13 às 21 horas;

II — aos domingos e feriados, das 8 às 21 horas.

§ 1º Durante os períodos de plantão obrigatório os estabelecimentos escalados não poderão cerrar suas portas.

§ 2º Ficam excluídos do plantão obrigatório os estabelecimentos farmacêuticos que funcionam nos terminais rodoviários intermunicipais, ferroviários e aeroportos.”

Se vê do § 2º do art. 3º, acima mencionado, que ficaram excluídos do plantão obrigatório os estabelecimentos farmacêuticos que funcionam nos terminais rodoviários intermunicipais, ferroviários e aeroportos, não aludindo entretanto aos *Shoppings centers*.

O ato atacado estabeleceu as exceções e revogando o Decreto nº 25.447/88, no art. 1º, § 6º, estabeleceu (fl. 32):

“§ 6º Ficam excluídos dos horários o sistema de rodízio para os plantões os estabelecimentos que:

a) situados na zona rural, não totalizem o número mínimo de 2 (dois) para organização do sistema de rodízio;

b) embora situados na zona urbana, estejam localizados em edifícios que permaneçam fechados, nos dias úteis, após às 19 (dezenove) horas, aos sábados após às 13 (treze) horas e integralmente nos domingos e feriados;

c) funcionem nos terminais rodoviários e ferroviários, nos aeroportos e em centros comerciais que tenham horários incompatíveis com a escala de plantões de rodízio.”

Constata-se, portanto, que o ato atacado não mencionou e nem incluiu nas exceções “os centros comerciais que tenham horários incompatíveis com a escala de plantões de rodízio” ou os chamados *shoppings centers*.

Sem dúvida, o ato vergastado trata de assunto de interesse local, via de consequência, só pode ser editado por lei formal, a teor do art. 30, inciso I, da Constituição.

O ato atacado — Decreto 28.058, de 5.9.89, — segundo o seu preâmbulo, foi editado com a finalidade de *regulamentar* a Lei Municipal nº 8.794, de 2.10.78, que

dispõe sobre o funcionamento de farmácia e drogarias.

Essa lei se acha à fl. 25 dos autos, a qual tratou igualmente o horário de funcionamento de farmácias e drogarias, não estabeleceu diferenciação ou distinção entre os estabelecimentos cujos arts. 1º, 2º e 3º dispõem assim (fl. 25):

“Art. 1º O Executivo fixará, por decreto, os horários de funcionamento e plantões a que estarão obrigadas as farmácias e drogarias, no município, bem como a forma de atendimento no horário noturno.

Art. 2º Os plantões obrigatórios, referidos no artigo anterior, serão estabelecidos em sistema de rodízio, através de escala elaborada pelo órgão representativo da classe, devidamente aprovada pela Secretaria de Higiene e Saúde e divulgada pela imprensa oficial do município.

Art. 3º Para esse fim, os estabelecimentos serão agrupados em zona, de acordo com a respectiva localização, não podendo cerrar suas portas durante os períodos de plantão obrigatório.”

Ora, se a lei não fez a distinção, não poderia o ato atacado fazê-lo, sob pena de ilegalidade.

O Poder Legislativo municipal legislou sobre matéria local e não estabeleceu distinção, a qual consta do ato impugnado, que é um Regulamento dessa lei e com ela discrepa que nos dizeres do Min. Carlos Velloso, “a questão é de ilegalidade e não de inconstitucionalidade” — ADIn. nº 311.

Reconheço não há inconstitucionalidade alegada por ofensa ao art. 30, inciso I, da Constituição, mas constato a existência de ilegalidade flagrante no ato atacado, por discrepância do disposto na lei.

Pelo que se lê do ato indigitado existe ofensa ao princípio da livre concorrência, porque impõe limitações a situações idênticas de outros estabelecimentos farmacêuti-

cos e isso não se constata na lei, no que a recorrente resumiu bem às fls. 85-6 assim:

*“E isso porque enquanto os demais estabelecimentos comerciais dos shopping centers estão autorizados a funcionar livremente aos sábados depois das 13 horas, comercializando produtos que também são vendidos pelas farmácias, estas, dentre as quais os estabelecimentos da recorrente, estão absolutamente proibidas de abrir, apesar de instaladas nos mesmos shopping centers.*

*Portanto, a toda evidência o Decreto nº 28.058/89, impedindo a abertura das farmácias e drogarias aos sábados depois das 13 horas, está a impor para as farmácias e drogarias dos shopping centers uma autêntica limitação à livre concorrência, na medida em que restringe a competição em igualdade de condições com os demais estabelecimentos comerciais instalados nos mesmos centros comerciais, o que é totalmente inaceitável.”*

Outro detalhe merecedor de destaque é a não proteção ao consumidor nos grandes centros comerciais que funcionam nos sábados até às 22 horas, todo o comércio funcionando e as farmácias e drogarias nos shopping centers fechados e sem funcionamento imposto pelo ato atacado, o que seria um shopping center sem drogarias e farmácias e o comércio em pleno vapor.

Entendo, no particular, que os estabelecimentos farmacêuticos exercem atividades nitidamente de utilidade pública e que, por isso, não podem sofrer limitações quanto ao horário de funcionamento, porque é um serviço posto à disposição da coletividade.

Além dos fundamentos para conceder a segurança, quero acrescentar a eles as palavras muito bem postas, claras e evidentes do eminente advogado que, de maneira ímpar, demonstrou a liquidez e certeza do seu direito. Ao lado também, parabênizo o eminente subprocurador pela independência e pelo brilhantismo que no momento refor-

mulou o parecer de um colega para conceder a segurança.

Dou provimento ao recurso para conceder a segurança.

É como voto.

VOTO

O Dr. Sérgio Dutra (Advogado): Sr. Presidente, eminentes ministros, douta Procuradoria, após o relatório, embora tenha sido ele perfeito, esclarecendo devidamente a matéria, permitam-me V. Exas. uma digressão a respeito do assunto para sua melhor compreensão.

A lei básica de São Paulo, ou seja, a Lei nº 8.794 de 1970, no seu art. 1º diz: (lê)

“O Executivo fixará por decreto os horários de funcionamento de plantão a que estarão obrigadas as farmácias e drogarias no município, bem como a forma do atendimento e horário.”

Em decorrência dessa afirmativa da lei, o poder municipal através do Decreto nº 15.473, de 20 de novembro de 1978, disciplinou a questão de horário de funcionamento das farmácias. E disse no seu art. 4º: “...ficam excluídos desse regime de plantão as farmácias e os estabelecimentos farmacêuticos que não totalizam o número de dois para a organização do sistema de rodízio.” O item *b* do referido art. 4º, que é o objeto do presente recurso ordinário, diz: “...ficam excluídos os estabelecimentos que, embora situados na zona urbana, estejam localizados em edifícios que permaneçam fechados nos dias úteis, após as 19h, aos sábados, após as 13h e integralmente aos domingos e feriados.”

Posteriormente a isso, verificando-se fatos concretos, como por exemplo, a existência de farmácias em centros que obedeciam a horários próprios, tais como os das estações rodoviárias, ferroviárias e os aeroportos, e aí também nos chamados *shopping centers*, que são centros comerciais que funcionam em conjunto, cujas regras de horários são

específicas; a Secretaria de Saúde, à época, concedeu, em caráter experimental, o direito das farmácias, localizadas nesses chamados *shopping centers*, a funcionarem de acordo com os horários dos referidos centros, vale dizer, aos sábados, após as treze horas, poderiam essas farmácias funcionar e estando excluídas do regime de plantão por incompatibilidade entre os horários dos centros e os estabelecidos no decreto.

Posteriormente, e após o exame e o estudo devidamente precedido de consulta à população e aos interesses comerciais, o então prefeito Dr. Olavo Setúbal baixou o Decreto nº 25.447 de março de 88, em que declara no art. 1º, § 6º o seguinte: (lê)

“Ficam excluídos dos horários e sistema de rodízio para plantões os estabelecimentos que: letra *c*: funcionem nos terminais rodoviários e ferroviários, nos aeroportos e em centros comerciais que têm horários incompatíveis com a escala de plantão de rodízio.”

Tornou-se público e notório, em atendimento a esse decreto, que os estabelecimentos farmacêuticos, situados nos chamados *shopping centers* — centros comerciais — estavam excluídos do regime de plantão e obedeceriam aos horários de cada um dos referidos centros.

Posteriormente, e aí está o ato impugnado, em 5 de setembro de 1989, a hoje prefeita da cidade de São Paulo baixou um novo Decreto nº 28.058, de 6 de setembro de 1989, em que alterou sensivelmente aquele dispositivo, que tinha por efeito direitos individuais e perfeitos dos estabelecimentos farmacêuticos situados em *shopping center*. Diz o decreto: (lê)

“Ficam excluídos do plantão obrigatório os estabelecimentos farmacêuticos que funcionam nos terminais rodoviários intermunicipais, ferroviários e aeroportos.”

Vejam, portanto, V. Exas., que nesse decreto ficaram excluídos da exclusão do sistema de plantão os estabelecimentos farmacêuticos situados em *shopping centers* e,

portanto, não estavam obrigados a obedecer aos horários desses estabelecimentos. Em consequência, as farmácias situadas nos referidos centros estavam impedidas de funcionar, de abrir as suas portas aos sábados após as 13 horas, e eram obrigadas ao regime de plantão, inclusive nos dias em que esses centros comerciais estão fechados, não funcionam.

Diante disso, e por entender violado o seu direito líquido e certo, a ora impetrante que possui estabelecimentos farmacêuticos em inúmeros centros comerciais de São Paulo, conforme demonstrado na inicial, impetrou a segurança alegando, em princípio, a ilegalidade desse decreto, porque, em verdade, vejam V. Exas., ao baixar o decreto anterior, o então prefeito atendeu ao interesse público, e a lei, como é sabido, vem para atender o interesse quer dos comerciantes, quer dos usuários e consumidores, ou seja, do público em geral.

Percebeu S. Exa. que era um absurdo as farmácias situadas em centros comerciais que é um novo tipo empresarial, que vem despertando dúvidas, inclusive na parte relativa a contratos de locação, como é público e notório, sendo objeto de vários debates a respeito por ser uma novidade relativamente ao comércio, vendas em geral — terem essa liberdade: nos sábados funcionavam não de acordo com o horário das farmácias comuns, abertas ao público em ruas, avenidas e em quaisquer outros locais mas eles obedeciam aos horários próprios, vale dizer, poderiam funcionar aos sábados após as 13 horas. Então, viu-se a população de São Paulo, de repente, diante de um fato realmente inusitado. Nos dias de maior frequência, de maior acúmulo de público nos centros comerciais, as farmácias estavam fechadas após as 13 horas de sábado, e aos domingos estabeleciam plantões, quando esses centros comerciais, como é sabido estão fechados. O acesso é praticamente impossível. Então, por entender que havia essa ilegalidade, porque embora se trate de um ato discricionário, e em nenhum momento

se discutiu a competência do Poder Executivo municipal de estabelecer os horários mas mesmo os atos discricionários desde que o ato anterior foi promulgado com base em um motivo relevante, que era o interesse público dos consumidores e também do comerciantes, não poderia esse ato ser revogado sem que houvesse um motivo determinante para tal. E esse motivo restou demonstrado; não há nenhuma razão para que a regra anterior, esta sim, de acordo com a lei e atendendo a interesse público, não havia nenhum motivo; e não há, em verdade, para esta alteração — é a chamada teoria dos motivos determinantes, daí por que essa ilegalidade de uma lei menor dispor em contrário a lei maior. Mas, além dessa ilegalidade, o que é pior, além do fato de estarem os estabelecimentos farmacêuticos proibidos de funcionar aos sábados após as 13 horas, e o que é pior, foram incluídos no regime de plantão em centros comerciais, cujos horários são incompatíveis com tal sistema, e esse foi o motivo determinante para que o decreto anterior concedesse esse direito, e esse direito foi incorporado ao patrimônio dessas empresas para diversos estabelecimentos e não poderia ser sem nenhuma razão aparente — torno a repetir — sem nenhum motivo determinante ser revogado esse direito. O pior de tudo é que além da ilegalidade frontal, em que foi praticado esse ato, ele atenta contra o princípio da isonomia. Ora, se os estabelecimentos farmacêuticos, que funcionam em *shopping centers*, foram equiparados pela identidade das suas situações aos mesmos estabelecimentos farmacêuticos que operam, que agem, que comerciam junto aos centros, aeroportos, estações rodoviárias e ferroviárias, por que então esse discrimine em situações absolutamente idênticas? Não é preciso dizer mais para se notar que houve a agressão ao princípio da isonomia, e não só ilegalidade, como procurei demonstrar. Trataram desigualmente iguais. E isto restou claro. No memorial que tive a honra de passar às mãos de V. Exas., tive a oportunidade de demonstrar que Celso Bandeira

de Mello trata do assunto com maestria incomparada e declara em seu trabalho publicado na *Revista Forense*, conforme está citado, textualmente: "Há ofensa ao preceito constitucional de isonomia quando a norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discriminação adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados."

E, mais ainda, há ofensa ao preceito constitucional quando a norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o distrito estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou, de qualquer modo, dissonante dos interesses prestigiados constitucionalmente. Está clara a ofensa ao princípio da igualdade e da isonomia: de que todos são iguais perante a lei. Os desiguais são tratados desigualmente enquanto o forcm. Houve aí esta evidente quebra, afora ilegalidade frontal. Por outro lado, há uma infringência ao princípio constitucional da livre concorrência; este se torna evidente, pois se impedidos de funcionar aos sábados, após as 13 horas, vêm-se as impetrantes e demais estabelecimentos também em igual situação, impedidas de vender seus produtos que, por sua vez, são vendidos por outros estabelecimentos, como por exemplo os supermercados que também comercializam produtos de beleza, essências, e vê-se o público então obrigado, não podendo fazer uma escolha, quando sabido é que nos estabelecimentos da ora impetrante os preços são menores. A partir disso já há uma ofensa à livre concorrência, ao livre comércio, como também há uma infringência ao próprio interesse público, porque, vamos e venhamos eminentes ministros, é um absurdo proibir as farmácias de funcionarem em horários e em dias que reconhecidamente são dias de maior afluxo — e V. Exas. bem conhecem o público que frequenta os *shopping centers* nas tardes de sábado. Aos domingos, quando estes *shopping centers* estão fechados, como então poderá ingressar esse público em uma farmácia de plantão se o próprio centro está fechado? Diante

díisso, esperam os impetrantes que, examinados esses aspectos que resumidamente tentei demonstrar, dado o tempo que me foi concedido, reconheça-se a infringência ao direito líquido e certo, perfeitamente demonstrado no processo pelo impetrante, e reconheça-se tal infringência, concedendo, assim, a segurança para que esses estabelecimentos não sejam obrigados ao regime de plantão, pois inadmissíveis e incompatíveis com os horários dos centros comerciais.

Portanto, a segurança deverá ser concedida para que esses estabelecimentos funcionem de acordo com os horários destes referidos centros e sejam excluídos do regime de plantão. É o que espera a ora recorrente.

#### VOTO

O *Dr. Amir Sarti* (Subprocurador-Geral da República): Sr. Presidente, Srs. Ministros, nobre advogado a quem cumprimento pelo brilho invulgar da sustentação que proferiu, usei da palavra para, pedindo vênias ao colega que subscreveu o parecer escrito constante dos autos, dizer ao Tribunal que a posição final do Ministério Público, neste caso, é no sentido do provimento do recurso, porque, de fato, a mim me convenceram as razões expostas da Tribuna e mais detalhadas, na brilhante argumentação desenvolvida no recurso que tive oportunidade, agora, de ler. Abstraindo, por hora, o aspecto puramente técnico-jurídico do caso, realmente, a este procurador parece, para usar da palavra que foi usada pelo nobre advogado, um absurdo que estabelecimentos comerciais situados dentro de um *shopping center* e, portanto, convivendo com inúmeros outros estabelecimentos comerciais, apenas um tipo fique privado de desenvolver as suas atividades no horário normal em que todos os outros ali situados funcionam. No caso específico, trata-se de farmácia.

Realmente, a todos nós, que vivemos em coletividade, que vivemos nas grandes cidades e sabemos que hoje o grande comér-

cio está centralizado nos chamados *shopping centers*, não pode deixar de sensibilizar a curiosa situação que se estabelece ao se ver que, num determinado *shopping center*, todas as lojas estão abertas, mas um tipo de loja — no caso as farmácias — estão fechadas, sem nenhuma razão plausível para que isso aconteça. Até porque as pessoas que vão aos *shopping centers* comprar gravatas, vão ao cinema, fazer os seus lanches, eventualmente podem precisar de acesso a um estabelecimento farmacêutico e, por causa dessa esdrúxula proibição existente no estado de São Paulo, ficariam provadas desse acesso.

Sob o ponto de vista técnico, jurídico, a mim também me convencem as razões expostas pelos recorrentes na sua bem elaborada petição recursal. Para não entrar mais a fundo nessa questão, tenho como certo que, de fato, aqui se verifica delegação indevida de função — e novamente me valho das palavras do eminentíssimo advogado —, pois aqui ninguém está discutindo se o município tem ou não competência para fixar, em âmbito local, os horários de funcionamento dos estabelecimentos comerciais. O que se está discutindo é qual o instrumento apto para fazer essa fixação. Diz a Constituição que a lei determinará o disciplinamento das atividades dos assuntos de interesse local. E a lei, como se sabe, é aquela que cria norma jurídica primária. O decreto não cria norma jurídica primária, não cria direitos, não cria obrigações. O decreto é, no sistema jurídico brasileiro, meramente regulamentador. É norma jurídica de hierarquia secundária. E a regra que diz que determinado estabelecimento pode funcionar a tal hora e não em outra hora é norma jurídica primária, porque cria direitos, obrigações, restrições, e isso não pode ser feito por decreto, que depende única e exclusivamente da descrição, às vezes do arbítrio do indivíduo, da pessoa que ocupa monocraticamente a chefia do Executivo. Isso tem que ser feito por lei, porque diz com os interesses de toda a coletividade.

Quando o legislador se demite desse poder que a Constituição lhe outorga e entrega, totalmente, na prática, a utilização dessa atribuição ao Executivo, na verdade, o que o legislador está fazendo é não só demitir-se das suas naturais atribuições como entregar, delegar ao poder que não tem essa faculdade a competência para criar norma jurídica primária.

Assim sendo, entendo, repito, com a máxima vênia do ilustre colega que lançou o parecer escrito constante dos autos, que a regra questionada, que restringe a atividade dos estabelecimentos farmacêuticos situados nos *shopping centers*, colocando o exercício dessa atividade em descompasso com o exercício normal das atividades ali desenvolvidas é inconstitucional por decorrer de delegação indevida de função, e meu parecer, portanto, fica ao lado da sustentação desenvolvida pela recorrente e se põe no sentido do provimento do apelo.

#### VOTO

O Sr. Ministro Gomes de Barros: De acordo com V. Exa., inclusive no registro de homenagem ao eminente advogado Sérgio Gonzaga Dutra e ao eminente Subprocurador-Geral Amir Sarti.

#### EXTRATO DA ATA

RMS nº 886-SP (9139624). Relator: Ministro Pedro Acioli. Recorrente: Drogasil S/A. T. origem: Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Impetrado: Prefeitura do município de São Paulo. Recorrido: Municipalidade de São Paulo. Advogados: Drs. Sérgio Gonzaga Dutra e outros e Theophilo Queiroz Cruz e outro.

Decisão: a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, para conceder a segurança (em 21.10.91 — 1ª Turma).

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Garcia Vieira, Demócrito Reinaldo e Gomes de Barros. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Pedro Acioli.