



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO  
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA  
REGISTRADO(A) SOB Nº

2

ACÓRDÃO



Vistos, relatados e discutidos estes autos de Arguição de Inconstitucionalidade nº 0227995-87.2012.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é suscitante 13ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM IMPROCEDENTE A ARGUIÇÃO. V.U. SUSTENTARAM ORALMENTE O ADV. DR. ANDRÉ MENDES ESPIRITO SANTO E A PROCURADORA DO ESTADO DRA. MARIA BERNADETE PITTON.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores IVAN SARTORI (Presidente), GONZAGA FRANCESCHINI, GUERRIERI REZENDE, WALTER DE ALMEIDA GUILHERME, XAVIER DE AQUINO, CASTILHO BARBOSA, ANTONIO LUIZ PIRES NETO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, ANTONIO VILENILSON, FERREIRA RODRIGUES, CAETANO LAGRATA, PÉRICLES PIZA, ARTUR MARQUES, CAUDURO PADIN, RENATO NALINI, ROBERTO MAC CRACKEN, KIOITSI CHICUTA, ENIO ZULIANI, LUIS SOARES DE MELLO, PAULO DIMAS MASCARETTI, ITAMAR GAINO, MÁRCIO BÁRTOLI, AMADO DE FARIA e RUY COPPOLA.

São Paulo, 8 de maio de 2013.

**ALVES BEVILACQUA**  
RELATOR

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE**  
**N. 0227995-87.2012.8.26.0000**

Suscitante: 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de  
Justiça do Estado de São Paulo

Interessadas: FNAC Brasil Ltda. e Fundação de Proteção e de  
Defesa do Consumidor - PROCON

Voto n. 34.821

*Arguição de Inconstitucionalidade – Lei Estadual nº 13.747/09, que dispõe sobre a obrigatoriedade dos fornecedores de bens e serviços, sediados no Estado, de fixarem data e turno para as respectivas entrega ou realização para os consumidores – Alegada afronta ao disposto nos arts 24, I e 170 caput e inciso IV, ambos da CF/88 – Legislação local que não padece de quaisquer dos vícios apontados – Arguição de inconstitucionalidade improcedente.*

Vistos etc.

1. Levantou a Colenda 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo com fulcro na Súmula Vinculante n. 10 do STF o presente incidente (cf. v. acórdão de fls. 409/412) arguindo nos autos da apelação n. 0048313-81.2010.8.26.0053, em que contendem FNAC Brasil Ltda. e Fundação de Proteção e de Defesa do Consumidor - PROCON, a inconstitucionalidade material da Lei Estadual nº 13.747/09 (fls. 420/431), que obriga os fornecedores de bens e serviços, localizados no Estado de São Paulo, a fixar data e turno para entrega dos produtos ou realização dos serviços aos consumidores e dá outras providências, pois ofenderia - em tese - o disposto nos arts. 24, I e 170 caput e inciso IV, ambos da CF. 

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE  
N. 0227995-87.2012.8.26.0000

A douta Procuradoria Geral de Justiça (cf. parecer às fls. 420/431) opinou pelo acolhimento.

É o relatório.

2. A demanda envolve controvérsia, a respeito da autuação pelo órgão de defesa do consumidor de empresa, que - operando, também, no ramo de comércio eletrônico, teria, teoricamente, violado as disposições da Lei Estadual nº 13.747/09 e do Decreto nº 55.015/09, que a obrigam ao estabelecimento de data e turno certos para entrega de seus produtos aos adquirentes.

Diz respeito, portanto, à repartição constitucional de competência legislativa entre os entes federados, à partilha da iniciativa para a feitura das leis entre os poderes constituídos ou, como o quer a comerciante, a exclusividade da atividade legisferante da União no tema.

O critério, que vem sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal, para se revolver o impasse sobre a respectiva divisão, centra-se no da aferição do específico objeto da lei.

*A finalidade da lei, sua matéria tópica, norteia sua classificação, sua taxionomia.*

Ora, a questionada Lei nº 13.747, de 07 de outubro de 2009, em sua redação original, assim dispunha:

**Artigo 1º - Ficam os fornecedores de bens e serviços localizados no Estado obrigados a fixar data e turno para realização dos serviços ou entrega dos produtos aos consumidores.**

**Artigo 2º - Os fornecedores de bens e serviços deverão estipular, no ato da contratação, o cumprimento de suas obrigações nos turnos da manhã, tarde ou noite, em conformidade com os seguintes horários:**

**I – turno da manhã: compreende o período entre 7h00 e 12h00 (sete e doze horas);**

**II – turno da tarde: compreende o período entre 12h00 e 18h00 (doze e dezoito horas);**

**III – turno da noite: compreende o período entre 18h00 e 23h00 (dezoito e vinte e três horas).**

Segundo a justificativa de seu projeto, o de nº 298/08, a proposição teria buscado acabar com os abusos cometidos por fornecedores e prestadores de serviços, pois *"não são raras as circunstâncias em que o consumidor depara-se com a livre estipulação dos fornecedores ou prestadores de serviço, vendo-se obrigado a aguardar em sua residência a prestação do serviço ou a entrega do produto adquirido por vários dias consecutivos.*

*Como se não bastasse, quando fixada data, não se estipula hora para a entrega da mercadoria ou execução do serviço.*

*Ou seja, o consumidor fica à disposição durante o informal "horário comercial"; o que o obriga a permanecer em sua residência praticamente durante todo o dia, muitas vezes sem que a entrega se efetive ou, ainda pior, sem que haja qualquer comunicação por parte do estabelecimento comercial". (fls. 142/145).*

Trata-se de lei, que tem por finalidade - detalhando princípios estabelecidos pelo CDC - velar pelo cumprimento pelo fornecedor de seus deveres básicos no período pós-venda (cf. artigo do Prof. JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES sob o título "Revisão do Código de Defesa do Consumidor", publicado pelo jornal o Estado de São Paulo – edição de 9.3.2013) e proteger o consumidor dos danos advindos de práticas abusivas.

De fato, dentre outros comportamentos reprováveis, coibidos pela Lei Federal nº 8.078/90, destaca-se aquela prevista no artigo 39, XII, em que é vedado ao fornecedor de produtos e serviços:

**XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério.**

O dispositivo é claro: todo contrato de consumo deve trazer, necessária e transparentemente, o prazo de observância das obrigações do fornecedor de produtos e serviços, evitando, assim, que se utilize de sua superioridade econômica ou técnica em detrimento da vulnerabilidade do consumidor.

É de curial sabença que toda relação de consumo envolve, essencialmente, duas partes bem definidas: o *consumidor*,

que adquire o produto ou serviço e o *fornecedor*, que fornece ou vende o produto ou serviço. Dita relação destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor, que não dispõe, de *per se*, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, correndo o risco de submissão ao poder e condições de seus titulares.

*A subordinação econômica do consumidor justifica a existência da própria disciplina da relação de consumo.*

A fragilidade do comprador constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa, expressamente, fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda proteção conferida ao consumidor:

**CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE.**

1. *A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.*

2. *Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.*

3. *A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor.*

4. *A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor).* STJ

*Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade Informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra).*

5. *A despeito da identificação in abstracto dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora.*

7. *Recurso especial a que se nega provimento (REsp1195642, rel. Min. NANCY ANDRIGHI; 3ª T.; V.U. ; DJ 21.11.12)*

*Em resumo, a destinação final (de caráter prevalecte) e a vulnerabilidade (de caráter secundário) são a pedra de toque para que se considere que uma dada relação jurídica é ou não de consumo.*

Verifica-se, estabelecidas tais premissas, que a Lei Estadual nº 13.747/09 não tem o vício de inconstitucionalidade, nem ocupa a esfera reservada, privativamente, à União Federal. Visa detalhar a proteção ao consumidor e não a regulação da atividade profissional, mediadora entre produção e consumo, que promove a circulação comercial de mercadorias.

A lei impugnada atua, pois, no campo da competência concorrente dos Estados federados, faculdade prevista pela Carta Magna, no art. 24, VIII:

**“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:**

(...)

VIII – **responsabilidade por dano** ao meio ambiente, ao **consumidor**, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.(g.n.)

O próprio Código do Consumidor estabelece:

**Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços**

3. Iguualmente, carecem de fundamento as alegações sobre as pretensas ofensas aos princípios da liberdade de iniciativa e concorrência e da isonomia. 

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE  
N. 0227995-87.2012.8.26.0000

O ordenamento constitucional , ao mesmo tempo em que os consagra, estabelece como norte da ordem econômica a defesa do consumidor (artigo 170, IV e V).

Em decorrência desse dispositivo constitucional o Código de Defesa do Consumidor destacou:

**Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:**

(...)

**III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;**

*A atuação do princípio da livre concorrência está condicionada à obediência às regras de proteção ao consumidor cujo cumprimento a Lei Estadual nº 13.747/09 pretendeu assegurar.*

Lembre-se que em algumas situações o Estado pode – e deve – interferir na atuação dos particulares, de forma a garantir a satisfação do interesse público que, por diversas vezes, somente é possível, mediante prevalência sobre o interesse privado.

Na colisão de normas constitucionais, em especial a de princípios, a moderna hermenêutica, baseada na teoria do norte-americano *RONALD DWORKIN* e aos desenvolvimentos a ela dados pelo filósofo do direito alemão *ROBERT ALEXY*, emprega a técnica da ponderação.

A ordem jurídica é um sistema e, como tal, pressupõe unidade, equilíbrio, harmonia. Em razão do princípio da unidade, não há hierarquia entre normas da Constituição, cabendo ao intérprete a busca da harmonização possível, no caso concreto, entre comandos que tutelam valores ou interesses que se contrapõem. Daí porque a aplicação dos princípios exige a utilização da ponderação, em que se estabelecem relações de preferência entre os princípios.

Traçando as diferenças entre princípios e regras, com fundamento nas premissas teóricas de Dworkin e Alexy, nos ensina o mestre LUÍS ROBERTO BARROSO: *“Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer os princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existem entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação”*, como conclui o mestre LUÍS ROBERTO BARROSO (in “A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas”. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 342).

Assim sendo, o intérprete, a partir dos elementos fáticos e jurídicos do caso concreto, constrói o conteúdo jurídico do princípio a ser aplicado ao caso que se pretende ver resolvido.

A propósito do tema, merece destaque voto proferido pelo ilustre Ministro CELSO DE MELLO quando do julgamento da ADI 2.832, da relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, que tinha por objeto lei editada no Estado do Paraná estabelecendo a obrigatoriedade de informação nos rótulos das embalagens de café, da porcentagem de cada espécie vegetal, que compunha o produto lá comercializado.

Naquela oportunidade, com a precisão habitual, o d. Ministro da Suprema Corte, concluindo pela constitucionalidade da legislação local, deixou assentado que: *“... os direitos do consumidor, embora desvestidos de caráter absoluto, qualificam-se, no entanto, como valores essenciais e condicionantes de qualquer processo decisório que vise compor situações de antagonismo resultantes das relações de consumo que se processam, no âmbito da vida social, de modo tão estruturalmente desigual, marcadas, muitas vezes, pela nota de indisfarçável conflituosidade, a opor fornecedores e produtores, de um lado, a consumidores, de outro.*

*Com esse propósito, (...), e para não degradar o compromisso de defesa do consumidor à condição inaceitável de uma promessa irresponsavelmente vã, ou de uma proclamação constitucional meramente retórica, ou, ainda, de um discurso politicamente inconsequente, a Lei Fundamental, visando promover o bem de todos, veio a instituir verdadeiro condomínio legislativo, partilhando, entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal (CF, art. 24, VIII), sem falar nos Municípios, a competência para legislar, em caráter concorrente, sobre medidas e políticas públicas destinadas a viabilizar a proteção – que se quer efetiva, plena e real –, a ser conferida ao consumidor.*

*(...)*

*Nesse contexto, a atuação normativa do Poder Público, como aquela consubstanciada na legislação estadual ora questionada, vocacionada a coibir, com fundamento na prevalência do interesse social, situações e práticas abusivas que possam comprometer a eficácia do postulado constitucional de proteção e amparo ao consumidor (que representa importante vetor interpretativo na ponderação e superação das relações de antagonismo que se registram no mercado de consumo), justifica-se ante a necessidade – que se impõe ao Estado – de impedir que as empresas e os agentes econômicos em geral, qualquer que seja o domínio em que exerçam as suas atividades, afetem e agravem a situação de vulnerabilidade a que sem acham expostos.*

*Os agentes econômicos não tem, nos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, instrumentos de proteção incondicional. Esses postulados constitucionais – que não ostentam valor absoluto – não criam, em torno dos organismos empresariais, qualquer círculo de imunidade que os exonere dos gravíssimos encargos cuja imposição, fundada na supremacia do bem comum e do interesse social, deriva do texto da própria Carta da República”*

*Em suma, os aspectos referentes às relações privadas entre fornecedores e adquirentes de produtos no mercado de consumo só suscitam o interesse do Estado, quando vem a colocar o consumidor – hipossuficiente – em situação de evidente desequilíbrio. Logo, conclui-se que a Lei Estadual veio à lume para dar cumprimento ao que já era determinado na ordem constitucional e infraconstitucional.*

4. Assim sendo, julga-se **improcedente** a arguição de inconstitucionalidade da Lei nº 13.747/09, determinando o retorno

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE  
N. 0227995-87.2012.8.26.0000

dos autos à Câmara de origem para que prossiga com o julgamento da apelação.



**ALVES BEVILACQUA**  
**Des. Relator**