**LEI 7.058/22 – DF**

**ARGUMENTOS DE DEFESA**

***Mário Ricardo Machado Duarte***

**Advogado Externo da ACAD BRASIL**

**Reprodução do conteúdo livre e autorizada**

**I – DA PRETENSÃO INICIAL**

1. Em síntese, a pretensão inicial sustenta que, ao recusar acesso livre e gratuito de profissional de educação física às suas dependências, com o objetivo de acompanhar e assistir clientes, a Ré estaria a violar a Lei Distrital nº 7.058/22. Pleiteia-se, em razão disso, provimento que assegure o exercício desse suposto direito.
2. No quanto interessa ao objeto da presente ação, referida lei acha-se assim redigida:

*Art. 1º Esta Lei disciplina a relação de consumo e a prestação dos serviços de prevenção de doenças, promoção do bem-estar e proteção e recuperação da saúde e da qualidade de vida por entidades públicas ou privadas, de caráter filantrópico ou não, que atuam no Distrito Federal.*

*Parágrafo único. Esta Lei não se aplica à relação médico-paciente de que trata o Conselho Federal de Medicina.*

*Art. 2º Todo consumidor dos serviços de que trata esta Lei tem direito a:*

*I - prestação de serviço adequado aos seus valores culturais;*

*II - uma segunda opinião ou um parecer emitidos por profissional devidamente habilitado e de sua confiança;*

*III - ser acompanhado e assistido por profissional de sua confiança.*

*§ 1º O profissional de que trata esta Lei deve estar enquadrado nas profissões regulamentadas por lei e relacionadas nas categorias de profissionais de saúde de nível superior estabelecidas pelo Conselho Nacional de Saúde.*

*§ 2º Para o exercício dos direitos previstos no caput, poderão ser exigidas a apresentação de documento comprobatório da contratação do profissional particular junto ao estabelecimento e a apresentação de identidade e certidão de regularidade profissional emitida pelo respectivo conselho de classe.*

*§ 3º As entidades não podem cobrar custo extra dos consumidores.*

*§ 4º Poderão ser exigidos dos profissionais particulares o cadastro prévio e a anuência a termo de responsabilidade pelos seus atos profissionais praticados no interior do estabelecimento.*

*Art. 3º As prestadoras dos serviços de que trata esta Lei ficam obrigadas a afixar, em local visível, quadro informativo com os seguintes termos: "O consumidor poderá ser acompanhado e orientado por profissional de sua livre escolha e confiança, sem custo adicional para as partes."*

*Parágrafo único. A informação do caput também deve constar, expressamente, no contrato de prestação do serviço.*

1. Ao longo desta peça se demonstrará improceder por completo a pretensão, porque:
2. Academias de ginástica e condicionamento físico não podem ser incluídas entre os destinatários da lei, à luz da norma federal em vigor relativa à classificação de atividades econômicas;
3. A lei não contém proibição de cobrança direcionada aos profissionais nela mencionados, pelos estabelecimentos, mas apenas de cobrança de custos extras direcionada aos consumidores;
4. A competência concorrente do Distrito Federal para legislar sobre consumo não lhe permite interferir na relação de direito civil entre dois fornecedores de serviço, razão pela qual qualquer interpretação da norma que conduza àquela proibição viola a competência legislativa privativa da União Federal para a matéria;
5. O legislador distrital não é competente nem mesmo para proibir a cobrança de custos extras dos consumidores, a teor de reiterada jurisprudência do E. STF, eis que a mencionada competência concorrente não lhe permite interferir no conteúdo de quaisquer contratos, ainda que sejam de consumo;
6. Além de incorrer na inconstitucionalidade formal acima apontada, eventual interpretação que conduzisse à proibição de cobrança dos profissionais pelo acesso às academias violaria frontalmente os princípios constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência e propriedade privada;
7. Além de reiteradamente confirmadas por pacífica jurisprudência em situações análogas, as inconstitucionalidades formais e materiais apontadas nos itens (iii), (iv) e (v) foram objeto de exaustivo parecer de lavra do Prof. Carlos Ayres Britto, que aponta violações adicionais e confere embasamento ainda maior aos argumentos aqui trazidos.
8. Passar-se-á a abordar cada um desses fundamentos, pela ordem em que acima elencados. Ao cabo e ao fim, restará evidente que a omissão da lei em proibir expressamente a cobrança não foi acidental e sim deliberada. Ao invés de reproduzir a redação escancaradamente inconstitucional de diversos outros projetos e diplomas legais com idêntico objetivo, sucessivamente arquivados por Comissões de Constituição e Justiça ou suspensos por decisão judicial noutras unidades da federação, desta feita buscou o legislador mascarar a intenção ilegal ampliando os sujeitos da norma e tentando dela extrair seu verdadeiro objetivo por interpretação.
9. De forma canhestra e parcamente dissimulada, pretendeu-se que norma declarada inconstitucional por todas as decisões judiciais de mérito definitivas de que se tem conhecimento, nos tribunais, pudesse metamorfosear-se em constitucional apenas por decorrer do “espírito” de uma lei omissa e da justificativa de defender consumidores para beneficiar certos fornecedores, em detrimento de outros.

**II – DO DIREITO**

**A) Inaplicabilidade da Lei Distrital nº 7.058/22 às academias de ginástica e condicionamento físico**

1. Por primeiro e já bastante motivo, tão grande foi o esforço da lei para mascarar suas intenções inconstitucionais que a descrição das atividades por ela abrangidas **não permite sua aplicação às academias**, sob pena de colisão com as normas federais sobre classificação de atividades econômicas e de discricionariedade ofensiva ao sistema jurídico vigente.
2. Ao disciplinar “*a relação de consumo e a prestação de serviços de prevenção de doenças, promoção do bem-estar e proteção e recuperação da saúde e da qualidade de vida por entidades públicas ou privadas, de caráter filantrópico ou não”,* a lei valeu-se de conceitos jurídicos indeterminados, que exigem interpretação e cuja vagueza levou o PROCON-DF a recomendar ao Exmo. Sr. Governador do Distrito Federal que a vetasse, em sua integralidade (doc. junto, destaques nossos):

*O referido art. 1o, diz disciplinar relações de consumo e prestação dos serviços de: a) prevenção de doenças; b) promoção do bem-estar; c) proteção e recuperação da saúde e da qualidade de vida por entidades públicas ou privadas.*

*A generalidade e abstratividade consiste justamente nos termos enumerados acima.* ***Prevenção de doenças seria qual segmento profissional?***

*Academias, clínicas médicas, fisioterápicas, massagens, yoga, etc?* ***Promoção do bem estar, qual o conceito legal?***

***A generalidade demonstrada com a fixação de conceitos jurídicos indeterminados em um diploma legal, inovador da ordem jurídica, transfere para o aplicador direto discricionariedade extremamente elevada com a possibilidade constante de acarretar abuso de poder nos atos administrativos típicos da entidade administrativa executora da Norma em questão.***

*(....................................................................)*

*Desse modo, no que tange à compatibilidade da matéria ao ordenamento jurídico consumerista e as atribuições administrativas do Instituto de Defesa do Consumidor o opinativo é pelo* ***veto integral do projeto de Lei no. 2.131/2021.***

1. Todavia, que tenha a lei ainda assim entrado em vigor pelo ato político da sanção – contrariando recomendações de veto de todos os demais órgãos distritais consultados, desde Saúde e Casa Civil (veto integral) até a Procuradoria Geral (veto parcial, justamente dos dispositivos invocados na presente ação) (docs. juntos) – **não significa que tenham a administração ou o Poder Judiciário discricionariedade para decidir que atividades estão por ela abrangidas**.
2. Explica-o o professor do Instituto de Educação Superior de Brasília FREDERICO DO VALLE ABREU, estribando-se na melhor doutrina (destaques nossos)[[1]](#footnote-1):

***O preenchimento desses conceitos normativos no âmbito do Judicário se dá******com a busca de elementos dentro do sistema*** *e, o que pode existir é aparente discricionariedade quando há erro no processo subsuntivo, pois o sistema não quer que haja decisões diferentes em casos semelhantes e, na hipótese de erro, apenas tolera (14) a discrepância das decisões e entrega aos jurisdicionados a chance da correção por recurso.*

***A discricionariedade, ao contrário, acabaria, caso erroneamente utilizada para a concessão ou não de um pedido fundado em lei que contenha esse conceito vago, por autorizar uma interpretação contra legem, buscada fora do ordenamento jurídico, a fim de satisfazer a escolha do fim que o juiz supostamente entenda como correto.***

*Esta hipótese, como aqui é defendido, não pode ser aceita até porque* ***o ordenamento jurídico deve ser uno, completo, conforme os ensinamentos de BOBBIO*** *(15) e, ao se evitar o positivismo naturalista (16) e adotar o positivismo crítico, que é normativo (KELSEN), correto perceber que, como esquema lógico da própria causalidade normativa, no qual o efeito é deonticamente (17) vinculado à causa (fato jurídico), nunca poderemos sair do sistema para correlatar fatos abarcados pelo próprio sistema. A própria colmatação de lacunas é garantida pelo sistema, como se vê, por exemplo, na previsão dos arts. 126 e 127 do CPC.*

1. Por força da Resolução 54/94 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), acha-se em vigor desde 19/12/1994 a Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE), cuja versão mais atualizada foi divulgada pela Resolução CONCLA nº 2, de 20/11/2018. A atividade das academias acha-se incluída na seção de “Artes, Cultura, Esporte e Lazer”, conforme os códigos e notas explicativas abaixo transcritos:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| *Seção:* | [*R*](https://concla.ibge.gov.br/busca-online-cnae.html?view=secao&tipo=cnae&versao=7&secao=R&chave=academia%20de%20ginástica) | *ARTES, CULTURA, ESPORTE E RECREAÇÃO* |
| *Divisão:* |  | [***93***](https://concla.ibge.gov.br/busca-online-cnae.html?view=divisao&tipo=cnae&versao=7&divisao=93&chave=academia%20de%20ginástica) ***ATIVIDADES ESPORTIVAS E DE RECREAÇÃO E LAZER*** |
| *Grupo:* |  | [*93.1*](https://concla.ibge.gov.br/busca-online-cnae.html?view=grupo&tipo=cnae&versao=7&grupo=931&chave=academia%20de%20ginástica) *Atividades esportivas* |
| *Classe:* |  | *93.13-1 Atividades de condicionamento físico* |
| *Subclasse:* |  | [*9313-1/00*](https://concla.ibge.gov.br/busca-online-cnae.html?view=subclasse&tipo=cnae&versao=7&subclasse=9313100&chave=academia%20de%20ginástica) *Atividades de condicionamento físico*  |

### *Notas Explicativas:*

#### **Esta classe compreende:**

***- as atividades de condicionamento físico (fitness), tais como: ginástica, musculação, yoga, pilates, alongamento corporal, anti-ginástica, etc., realizadas em academias, centros de saúde física e outros locais especializados***

1. De outro lado, atividades relacionadas à “*prevenção de doenças”* e à *“proteção e recuperação da saúde”*, tal como constantes da redação da lei em comento, por sua natureza são necessariamente classificadas na seção de “Saúde Humana e Serviços Sociais”, conforme respectivos códigos e notas explicativas (destaques nossos):

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| *Seção:* | [*Q*](https://concla.ibge.gov.br/busca-online-cnae.html?view=secao&tipo=cnae&versao=7&secao=Q) | *SAÚDE HUMANA E SERVIÇOS SOCIAIS* |
| *Divisão:* |  | ***86 ATIVIDADES DE ATENÇÃO À SAÚDE HUMANA*** |
| *Grupo:* |  | [*86.1*](https://concla.ibge.gov.br/busca-online-cnae.html?view=grupo&tipo=cnae&versao=7&grupo=861) *Atividades de atendimento hospitalar*  |
|  |  | [*86.2*](https://concla.ibge.gov.br/busca-online-cnae.html?view=grupo&tipo=cnae&versao=7&grupo=862) *Serviços móveis de atendimento a urgências e de remoção de pacientes*  |
|  |  | [*86.3*](https://concla.ibge.gov.br/busca-online-cnae.html?view=grupo&tipo=cnae&versao=7&grupo=863) *Atividades de atenção ambulatorial executadas por médicos e odontólogos*  |
|  |  | [*86.4*](https://concla.ibge.gov.br/busca-online-cnae.html?view=grupo&tipo=cnae&versao=7&grupo=864) *Atividades de serviços de complementação diagnóstica e terapêutica*  |
|  |  | [*86.5*](https://concla.ibge.gov.br/busca-online-cnae.html?view=grupo&tipo=cnae&versao=7&grupo=865) *Atividades de profissionais da área de saúde, exceto médicos e odontólogos*  |
|  |  | [*86.6*](https://concla.ibge.gov.br/busca-online-cnae.html?view=grupo&tipo=cnae&versao=7&grupo=866) *Atividades de apoio à gestão de saúde*  |
|  |  | [***86.9***](https://concla.ibge.gov.br/busca-online-cnae.html?view=grupo&tipo=cnae&versao=7&grupo=869) ***Atividades de atenção à saúde humana não especificadas anteriormente***  |

### *Notas Explicativas:*

*Esta divisão compreende as atividades de hospitais gerais ou especializados que permitem internações de longa ou curta duração, hospitais psiquiátricos, centros de medicina preventiva, consultórios médicos e dentários, clínicas médicas e outras atividades ambulatoriais. Os locais onde são prestadas essas atividades possuem infra-estrutura para internação e realização de cirurgias ou para a realização de diagnósticos, procedimentos cirúrgicos e tratamentos médicos.* ***Esta divisão compreende também as atividades praticadas por todos os profissionais relacionados à área da saúde, as atividades de apoio à gestão de saúde e as de práticas integrativas e complementares à saúde humana.***

1. Afastando qualquer dúvida, das Notas Explicativas da Seção 86.50-0, Subclasse [8650-0/99](https://cnae.ibge.gov.br/?view=subclasse&tipo=cnae&versao=9&subclasse=8650099) (“atividades de profissionais da área de saúde não especificadas anteriormente”) assim consta expressamente (destaques nossos):

#### **Esta classe não compreende:**

*(.......................................................)*

*- as atividades de hidroginástica e* ***demais atividades de condicionamento físico*** [***(93.13-1)***](https://cnae.ibge.gov.br/?view=classe&tipo=cnae&versao=10&classe=93131)

1. Diante de tal classificação, impossível interpretar os conceitos indeterminados de atividades de “*prevenção de doenças”* e *“proteção e recuperação da saúde”* como abrangendo academias de ginástica e condicionamento físico, sob pena de frontal contradição com norma federal integrante do sistema jurídico brasileiro, que não as inclui entre as atividades relacionadas à saúde e nem mesmo a “*práticas integrativas e complementares à saúde humana”* (nota explicativa da seção 86, acima transcrita)***.***
2. Também não é possível, por seu turno, interpretar os conceitos indeterminados de “*promoção do bem-estar”* e *“proteção e recuperação (...) da qualidade de vida”* como abrangendo academias, eis que a seção em que estas se incluem na CNAE não faz qualquer menção a tais expressões. Conforme sua nota explicativa, a seção de “Artes, Cultura, Esporte e Recreação” compreende *“atividades destinadas a satisfazer os* ***interesses culturais, de entretenimento e recreativos da população****”.*
3. Entender tais categorias como incluídas nos vagos conceitos de *“bem estar”* e *“qualidade de vida”* implicaria não apenas adentrar a discricionariedade absoluta – porque subjetivos e relativos – como estendê-los a todas as demais atividades daquela seção, assegurando até mesmo o ingresso do consumidor numa discoteca acompanhado por seu professor de dança.
4. Induvidoso, portanto, ser a lei inaplicável às academias, por incompatibilidade de seus conceitos indeterminados com a classificação da atividade na CNAE. **Interpretação diversa implica violação frontal do art. 5º, II, da Constituição Federal, por impor obrigação sem que a lei a atribua a tais estabelecimentos.**

**B) Inexistência de proibição de cobrança aos profissionais pelas academias, no texto da lei**

1. Sem prejuízo da acima referida inaplicabilidade, a suposta proibição de cobrança de taxas dos profissionais de educação física, pelas academias, não está positivada na própria lei. Pelo contrário, quando tratou especificamente da cobrança de “custo extra” para o exercício do direito do consumidor de “*ser acompanhado e assistido por profissional de sua confiança”* (art. 2º, III), a lei fez menção exclusiva à cobrança direcionada aos consumidores:

*§ 3º As entidades não podem cobrar custo extra* ***dos consumidores.***

1. Se a norma pretendia vedar também a cobrança de taxas direcionada aos profissionais, pelas academias, deveria tê-lo dito nesse mesmo parágrafo, acrescentando as palavras “e dos profissionais que os acompanharem e assistirem”. Ao deixar de fazê-lo, o próprio texto legal impede interpretação extensiva e delimita o âmbito da proibição. É cediço que as leis devem ser interpretadas não apenas pelo que dizem mas, também, pelo que não dizem.
2. Essa conclusão em nada pode ser alterada pela expressão *“sem custo adicional para as partes”* contida na redação do art. 3º da lei, abaixo transcrito:

*Art. 3º As prestadoras dos serviços de que trata esta Lei ficam obrigadas a afixar, em local visível, quadro informativo com os seguintes termos: "O consumidor poderá ser acompanhado e orientado por profissional de sua livre escolha e confiança, sem custo adicional para as partes.*

1. O objetivo declarado e expresso dessa norma é apenas o de assegurar a divulgação do que na lei se contém, e não o de criar obrigação que nela já não esteja prevista. Sua natureza é explicativa, não podendo o aviso nela exigido, por óbvio, ser interpretado como implicando obrigação que a lei não impôs. Tendo o art. 2º, parágrafo 3º, proibido a cobrança de “custos extras” apenas dos consumidores, sem estendê-la aos profissionais, não pode o texto que dá publicidade a essa mesma norma ter a expressão “partes” interpretada como abrangendo estes últimos.
2. **Interpretação que imponha tal proibição, sem que a mesma esteja prevista na lei, novamente implica violação do art. 5º, II, da Constituição Federal.**
3. Nem se pretenda, por outro lado, que essa inexistência de proibição expressa possa ser superada por uma interpretação supostamente conforme ao “espírito da lei” ou a uma presumida intenção do legislador, porque dita proibição – como se verá – seria formal e materialmente inconstitucional. Em tal circunstância, impossível ao intérprete apegar-se a intenções, como explica ROBERTA SIMÕES NASCIMENTO (destaques nossos)[[2]](#footnote-2):

*O problema envolvido na intenção inconstitucional gira em torno da força que tal intenção deve ter, e não da interpretação de seu significa-
do. Em geral, a intenção é clara, mas* ***apegar-se ao que quis o legislador não é um argumento válido quando o texto constitucional o proíba.***

1. Em suma, não pode a lei ser interpretada de forma que viole a Constituição Federal, interferindo em relação contratual de dois fornecedores, ainda que sob a roupagem de proteger o consumidor – e são muitas as violações que decorreriam de semelhante interpretação, como a partir de agora se demonstrará.

**C) Inconstitucionalidade da proibição de cobrança direcionada ao profissional, pela academia, por violação da competência legislativa da União Federal**

1. Interpretar a lei ora em comento para estender a proibição da cobrança de “custos extras” ou “custo adicional” também ao profissional de educação física que presta serviço ao consumidor implica regrar a relação jurídica existente entre dois fornecedores de serviços (academias e “personal trainers”), invadindo a esfera do direito civil, sobre a qual a União tem competência exclusiva para legislar (art. 22, I, da Constituição Federal).
2. Apreciando lei estadual em que a proibição de cobrança de taxa direcionada aos profissionais, pelas academias, fora estatuída **de forma expressa**, o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão declarou inconstitucional a norma por unanimidade (doc. junto):

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA E CONDENATÓRIA. LEI ESTADUAL. ISENÇÃO DE TAXA ADICIONAL PARA ACESSO DE “PERSONAL TRAINER” ÀS ACADEMIAS DE GINÁSTICA DO ESTADO DO MARANHÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO TJ/MA, STJ E STF. APELAÇÃO DESPROVIDA.*

*I. O conteúdo trazido pela Lei Estadual nº 11.093/2019 não é novo para esta Corte Estadual de Justiça, mormente para a Segunda Câmara Cível, órgão que apreciou, quando dos julgamentos dos Agravos de Instrumento nos 0807250-37.2019.8.10.0000 e 0807245-15.2019.8.10.0000, a constitucionalidade da Lei Municipal nº 6.452/2019, tendo, na ocasião, estabelecido o entendimento de que aquele ato normativo municipal extrapolava a competência legislativa conferida aos Municípios, invadindo a esfera de competência legislativa da União por legislar sobre Direito Civil (art. 22, I, da CF/1988), entendimento que, mutatis mutandis, deve ser dito da Lei Estadual nº 11.093/2019, mantendo-se a coerência, uniformidade e estabilidade do que vem sendo decidido pela Segunda Câmara Cível, em conformidade com o que preza o art. 926, caput, do CPC/2015.*

***II. A Lei Estadual nº 11.093/2019 que “proíbe as academias de cobrar dos chamados ‘personal trainers’ (profissionais de educação física que oferecem serviços personalizados) qualquer valor para seu ingresso na academia e utilização das instalações, o que habitualmente fazem para orientar e coordenar as atividades físicas de seus clientes” invade o círculo de competências legislativas da União para legislar sobre Direito Civil (art. 22, I, da CF/1988), padecendo, a priori, de inconstitucionalidade formal orgânica.***

*III . Apelação* ***DESPROVIDA****, de acordo com o parecer ministerial.*

1. Com idêntico fundamento na invasão de competência privativa da União Federal, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, por seu Órgão Especial, declarou a inconstitucionalidade de lei municipal de Aracaju contendo a mesma proibição de cobrança (doc. junto)[[3]](#footnote-3):

***MANDADO DE SEGURANÇA – Academia de Ginástica e Musculação – Personal trainer – Cobrança de taxa pelo uso das instalações da academia – Lei municipal proibitiva da cobrança – Inconstitucionalidade ‘incidenter tantum’ - Preliminar de ausência de interesse por inadequação da via eleita – Mandado de segurança contra lei em tese – Mandamus preventivo – Possibilidade – Rejeição da preliminar – Mérito – Direito civil – Uso da propriedade – Matéria***

***de competência da União – Violação do art. 22, I, da Constituição Federal – Ordem concedida à unanimidade – Custas ex lege – Sem honorários.***

*- A questão que se desenvolve é em decorrência da Lei Municipal n° 4.682/2015, a qual assegura aos profissionais de Educação Física, denominados “personal trainer”, o acesso às academias de ginástica de Aracaju para o acompanhamento de seus clientes, isentando-os do pagamento de taxas referentes à utilização das academias para os seus serviços e prevendo penalidades em caso de desobediência.*

*- Rejeita-se a preliminar de falta de interesse de agir por inadequação da via eleita porque embora o art. 4º da Lei Municipal n° 4.682 estabeleça que a regulamentação da referida Lei caberá ao Poder Executivo, no prazo de 30 dias, o mandamus não deságua na afirmação da impetração contra lei em tese, haja vista que os Autores ajuizaram mandado de segurança preventivo. Assim, no mandamus preventivo, resta, sem sombra de dúvida, que o ato violador de direito líquido e certo ainda não aconteceu, mas está em vias de acontecer. Ademais o writ foi dirigido para um grupo de empresários devidamente especificados.*

***- O caso envolve direito civil (prestação de serviços e proteção e uso da propriedade) e direitos inerentes à relação de trabalho e condições para o exercício de profissões, cuja competência para legislar é da União a teor do art. 22, I, da Constituição Federal.***

***- O STF assentou que invade a competência da União para legislar sobre direito civil (art. 22, I da CF/88) a norma estadual/municipal que veda a cobrança de qualquer quantia ao usuário pela utilização de estabelecimento em local privado.***

*- Declaração, incidenter tantum, da inconstitucionalidade da Lei Municipal de Aracaju nº 4.682/2015.*

1. O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás seguiu o mesmo entendimento, declarando a inconstitucionalidade de lei municipal de Anápolis com idêntica proibição (doc. junto)[[4]](#footnote-4):

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. COBRANÇA DE TAXA. PERSONAL TRAINER. ACADEMIA DE GINÁSTICA. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO DE LEGISLAR SOBRE TRABALHO E EXERCÍCIO PROFISSIONAL.* ***Compete privativamente à União legislar sobre trabalho (art. 22, I, da CF) e exercício profissional (art. 22, XVI, da CF), razão pela qual é inconstitucional a lei municipal que trata da cobrança de taxas pela utilização do serviço de personal trainer em academias de ginástica (precedente do STF)****. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.*

1. Como se vê das decisões acima trazidas, é absolutamente pacífico o entendimento jurisprudencial de que a pretendida vedação à cobrança de taxas para acesso de profissionais de educação física às academias de ginástica, para acompanharem seus clientes, é matéria de competência privativa da União Federal. **Por consequência, qualquer interpretação da lei ora comentada que conduza a essa mesma proibição, ainda que sob a justificativa de proteção do consumidor, viola o art. 22, I e XVI, da Constituição Federal**.
2. **Inconstitucionalidade da proibição de cobrança de custo extra do consumidor, pela academia, por violação da competência legislativa da União Federal**
3. Cumpre, agora, afastar qualquer pretensão de interpretar a proibição de cobrança dos profissionais como forma de conferir efetividade à vedação de cobrança de “custos extras” do consumidor, pela academia, sob o argumento de que o valor acabaria por ser repassado a este último. A proteção do consumidor, como já demonstrado à saciedade, não permite ao Distrito Federal regrar relação entre fornecedores.
4. Sem prejuízo disso, todavia, e além de escorar-se em presunção indevida, eis que o profissional sempre teria plena liberdade para efetuar ou não dito repasse, **a própria proibição de cobrança ao consumidor é por si só flagrantemente inconstitucional**.
5. É pacífica a jurisprudência do E. STF quanto à competência privativa da União Federal para legislar sobre contratos, **os quais são entendidos como matéria de direito civil (art. 22, I, da Constituição Federal) mesmo quando relativos a relação de consumo**, competência essa que prevalece sobre a concorrente dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre consumo (art. 24, V). Tal entendimento foi mantido até mesmo durante a situação emergencial da pandemia de COVID-19, como se vê da ementa no julgamento da ADI 6423[[5]](#footnote-5):

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. LEI 17.208/2020 DO ESTADO DO CEARÁ. REDUÇÃO OBRIGATÓRIA E PROPORCIONAL DAS MENSALIDADES NA REDE PRIVADA DE ENSINO DURANTE O PLANO DE CONTINGÊNCIA DA COVID-19. COMPETÊNCIA DA UNIÃO EM MATÉRIA DE DIREITO CIVIL (ART. 22, I, DA CF). INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL RECONHECIDA. PROCEDÊNCIA. 1. As regras de distribuição de competências legislativas são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um Estado de Direito. Princípio da predominância do interesse. 2. A Constituição Federal de 1988, presumindo de forma absoluta para algumas matérias a presença do princípio da predominância do interesse, estabeleceu, a priori, diversas competências para cada um dos entes federativos União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios e, a partir dessas opções, pode ora acentuar maior centralização de poder, principalmente na própria União ( CF, art. 22), ora permitir uma maior descentralização nos Estados-Membros e nos Municípios ( CF, arts. 24 e 30, inciso I). 3.* ***A Lei 17.208/2020 do Estado do Ceará, ao determinar a redução obrigatória e proporcional das mensalidades na rede privada de ensino durante o Plano de Contingência da COVID-19, viola a competência da União para legislar sobre Direito Civil (art. 22, I, CF), por se tratar de norma abstrata sobre direito civil, afastando-se da competência concorrente dos estados para editar normas sobre responsabilidade por danos aos consumidores (art. 24, V, CF)****. 4. Efeitos jurídicos da Pandemia COVID-19 sobre os negócios jurídicos privados, inclusive decorrentes de relações de consumo, foram tratados pela Lei 14.010/2020, que estabeleceu o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19), reduzindo o espaço de competência complementar dos Estados, ausente previsão geral de modificação dos contratos de prestação de serviços educacionais. 4. Ação direta julgada procedente.*

1. **Interpretação como a defendida pela pretensão inicial, portanto, implicaria violação do art. 22, I, da CF também por esse viés.** Nada obstante, e como se passa a demonstrar, a inconstitucionalidade vai muito além da invasão dessa competência privativa.
2. **Inconstitucionalidade por violação do princípio constitucional da propriedade privada**
3. O estabelecimento da academia constitui propriedade privada, criada, custeada e operada por sociedade empresária. Além de proprietária do estabelecimento, considerado como o conjunto dos elementos e bens de produção, a academia se acha na posse do imóvel em que opera sua atividade econômica de prestação de serviços. É dela, portanto, o direito de determinar quem pode ou não pode nele adentrar e fazer uso de suas instalações, e sob quais condições.
4. Ao assegurar o direito de livre ingresso, com ou sem proibição de cobrança, a lei distrital comentada viola frontalmente esse direito, que a Constituição Federal assegura em dois artigos (destaques nossos):

*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança* ***e à propriedade****, nos termos seguintes (.....)*

*Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

*(..................................................................)*

***II - propriedade privada***;

1. Frise-se que não existe justificativa de ordem social que permita, neste caso, tal subversão do direito à propriedade. A medida beneficiaria apenas parcela muito restrita da população: justamente os consumidores de poder aquisitivo mais elevado, capazes, além de pagar a mensalidade da academia, de também custear o serviço de um “personal trainer”.
2. Na mera hipótese, portanto, de que a lei em questão tivesse sido editada por ente competente para tanto, ainda assim padeceria de gritante inconstitucionalidade por subverter completamente a propriedade privada, enquanto direito individual e princípio da ordem econômica. Com ainda maior razão e por corolário, interpretação que a entendesse como impondo tal acesso de forma gratuita seria igualmente inconstitucional.
3. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo declarou inconstitucional Lei Municipal do Guarujá, com objeto semelhante, **desta feita apontando não apenas a inconstitucionalidade formal como material**, consoante se infere da ementa colacionada abaixo (doc. junto)[[6]](#footnote-6):

*ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE –* ***Lei nº 4.258/2015 do Município de Guarujá, que assegura o livre acesso dos profissionais de educação física 'personal trainer' às academias de ginástica do Guarujá, para acompanhamento de seus clientes*** *– Ausência de qualquer interesse específico municipal que justifique a suplementação da competência concorrente legislativa Federal e Estadual em relação ao assunto, a saber a proteção e a defesa da saúde (art. 24, XII, da Constituição Federal) – Ofensa ao princípio da razoabilidade, pois a regulamentação por ela ditada, sob o pretexto de proteção à saúde, é desproporcional ao fim colimado, impondo* ***ônus excessivo às academias de ginástica****, as quais já devem dispor de profissional de educação física atuante em suas dependências para orientação de seus usuários (art. 6º da resolução n. 52/2.002 da CONFEF) –* ***Norma que impõe obstáculo ao exercício pleno do direito de propriedade, restringindo os direitos garantidos pelo artigo 5º, inciso XXII da Constituição Federal - A atividade empresarial desempenhada pelas academias de ginástica é resguardada pelos princípios da livre iniciativa e concorrência de que trata o artigo 170 da Constituição Federal****, aplicável aos Municípios por força do que dispõe o artigo 144 da Carta Estadual, de modo que a restrição imposta pela lei em debate acaba por interferir em seu livre exercício - Inconstitucionalidade declarada –Incidente acolhido.*

1. Daí que **interpretar a lei em questão como proibindo a cobrança do profissional, pela academia, também viola os arts. 5º, “caput” e XXII, e 170, II, da Constituição Federal.**
2. **Inconstitucionalidade por violação do princípio constitucional da livre concorrência**
3. Sob o aspecto concorrencial, interpretação da lei distrital que assegure aos profissionais de educação física o direito de ingressarem e fazerem uso das instalações de academia para sua atuação profissional, gratuitamente, cria um privilégio inadmissível.
4. O oferecimento de serviços desse tipo também está dentro do escopo das atividades da academia. Pode ela oferecê-lo ou não, mas é seu direito decidir a respeito e não pode ser forçada a admitir, **dentro de seu estabelecimento**, o oferecimento dos mesmos serviços por profissionais atuando por conta própria, que nada investiram para fazer uso das instalações e nada pagam para mantê-las em funcionamento.
5. Semelhante interpretação da lei cria condições privilegiadas para o exercício da atividade por tais profissionais e por tal motivo viola a livre concorrência, enquanto princípio da ordem econômica previsto na Constituição Federal:

*Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

*(..................................................................)*

***IV – livre concorrência*;**

1. **Por mais essa razão e sempre na hipótese de que fosse o Distrito Federal competente para legislar sobre a matéria (e não é), flagrante seria a inconstitucionalidade de uma tal interpretação, violando o citado art. 170, IV, do texto constitucional.**
2. **Inconstitucionalidade por violação do princípio constitucional da livre iniciativa**
3. A imposição de livre e gratuito acesso de profissionais externos no estabelecimento viola, por fim, o princípio da livre iniciativa, também insculpido no art. 170 da Constituição Federal (destaques nossos):

*Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano* ***e na livre iniciativa****, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

*(......................................................................)*

*Parágrafo único. É assegurado a todos o* ***livre exercício de qualquer atividade econômica****, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*.

1. Corolário da livre iniciativa é a liberdade de contrato, que a doutrina unanimemente reconhece como abrangida pela primeira e com idêntico fundamento constitucional (destaque nosso):

*Esclareça-se, por fim, que a livre iniciativa não compreende, tão-somente, a de empresa, também chamada de comércio ou indústria,* ***mas, igualmente, a de contrato, possuidora, também, de indiscutível caráter constitucional***.[[7]](#footnote-7)

1. Essa liberdade é exercida em mais de um sentido (destaques nossos):

*A liberdade de contratar envolve: 1)* ***a faculdade de ser parte em um contrato****; 2)* ***a faculdade de se escolher com quem realizar o contrato****; 3) a faculdade de escolher o tipo do negócio a realizar. 4)* ***a faculdade de fixar o conteúdo do contrato segundo as convicções e conveniências das partes****; e, por fim 5) o poder de acionar o Judiciário para fazer valer as disposições contratuais (garantia estatal da efetividade do contrato por meio da coação*).[[8]](#footnote-8)

1. Interpretação da lei que assegure o acesso gratuito de prestadores de serviço na academia retira desta a liberdade de decidir se deseja celebrar contrato que permita a utilização de suas instalações para prestação de serviços por tais profissionais, a impede de escolher com quem ajustará tal permissão e sobretudo **em que termos ela será concedida** – se será cobrada ou não, a que preço, em que limite de horários ou utilização etc.
2. Na prática, uma relação que deveria ser contratual, com a liberdade a ela inerente, passa a ser imposta por lei. **Viola-se, pela via de uma lei distrital, um dos princípios constitucionais da ordem econômica: o art. 170, “caput” e parágrafo único.**
3. **Parecer do Prof. Carlos Ayres Britto, quanto à inconstitucionalidade de leis e projetos de lei que proíbam cobrança pelo acesso dos profissionais**
4. A par de reconhecidas pelos tribunais, como acima visto, as inconstitucionalidades formais e materiais de normas estaduais, distritais ou municipais que pretendam tolher o direito das academias de cobrar pelo acesso de profissionais de educação física externos acompanhando clientes restaram confirmadas pelo ex-ministro do E. STF e respeitado constitucionalista Prof. Carlos Ayres Britto, em parecer por ele fornecido à ACAD BRASIL Associação Brasileira de Academias e cuja conclusão é a de que (doc. junto, destaques nossos):

*“(...) leis que tais* ***violam, sim, a competência legislativa que a União detém com privatividade para legislar sobre Direito Civil. Assim como desrespeitam a competência privativa que a mesma União detém para editar normas gerais sobre relações de consumo****. Normas gerais de consumo ou de Direito Consumerista, como também se diz com habitualidade, aqui no Brasil”.*

*“(...)* ***A Constituição dispôs sobre o princípio fundamental da livre iniciativa e os institutos da propriedade privada e da livre concorrência por um modo tal que, no caso das leis e projetos de lei em foco, resultam invalidamente contrariados****. Contrariedade que tanto se dá no âmbito das relações entre as empresas de academia de ginástica e os personal trainers autônomos quanto na esfera das relações entre essas academias e seu público-alvo. Que são os alunos ou pessoas físicas nelas matriculados”.*

1. Apontou o ilustre professor, como se vê, ainda outra inconstitucionalidade, na medida em que mesmo sob uma hipotética competência concorrente para legislar sobre consumo, matéria dessa natureza não caberia em legislação suplementar e somente poderia ser tratada em norma geral, cuja competência é novamente da União Federal:

**“***Concluo: em nenhum dos segmentos temáticos do CDC é possível encontrar o germe ou a semente ou o embrião do que seria uma relação de potestade e sujeição, respectivamente, entre fornecedores e consumidores, com o fito de ampliar tanto subjetiva como objetivamente o liame consumerista. Daí o juízo de que as leis e projetos de lei em tela se arvoram o status de normas de aplicação primária ou primeira da Constituição, naquele sentido, já explorado, de relançamento virginal do discurso constitucional.* ***Pretensão que se põe em rota de colisão com os parágrafos 2º e 3º do art. 24 da lei maior, por somente passível de positivação pela via das normas gerais. Normas gerais que são de exclusiva competência da União”****.*

1. Portanto, interpretação que pretenda validar a proibição de cobrança sob o manto da competência distrital concorrente para legislar sobre consumo, **além de incorrer nas demais violações já antes apontadas, também ofenderia o art. 24, §§ 2º e 3º da Constituição Federal**.

**III – CONCLUSÃO**

1. Por todas ou qualquer uma das fundamentadas razões de direito acima expostas, requer-se seja a pretensão inicial julgada improcedente. Interpretação da lei que a acolha violaria nada menos do que 11 (onze) dispositivos da Constituição Federal: art. 5º, “caput”, inciso II e inciso XXII, art. 22, incisos I e XVI, art. 24, §§ 2º e 3º, e art. 170, “caput”, inciso II, inciso IV e § único. Por certo não é corriqueiro deparar com interpretação de lei capaz de violar, simultaneamente, tamanha quantidade de princípios constitucionais.
2. Mais do que isso, ofenderia o bom senso e a razoabilidade, ao privar o empresário da plena gestão de seu negócio, impedindo-o de controlar e precificar o acesso de outros prestadores de serviço, que se valem da estrutura por ele montada e custeada para atender e angariar clientes particulares.
3. Encerra-se este arrazoado tomando emprestada a eloquência do Prof. Ayres Britto, a quem não deve ter escapado a baixíssima probabilidade de que o acesso gratuito reduzisse o preço que os “personal trainers” cobram de seus clientes:

*“(...) o que tencionam as leis e projetos de lei é relegar as empresas de academia de ginástica à condição de meras espectadoras de relações jurídicas alheias (tecidas entre alunos e personal trainers) e desenvolvidas no particular ambiente de negócios delas mesmas, academias.* ***Nítida interferência indevida do Estado no domínio econômico, a que bem assenta o irônico ditado popular do “não se deve fazer cortesia com o chapéu alheio”****.*

1. Requer-se-se provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, especialmente juntada de documentos, oitiva de testemunhas, perícias, vistorias etc, bem como que as intimações e publicações sejam feitas em nome do **Dr.\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**, com escritório situado na \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_.

Termos em que,

Pede deferimento.

1. ##  “Conceito jurídico indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado” – Jus.com.br

## (https://jus.com.br/artigos/6674/conceito-juridico-indeterminado-interpretacao-da-lei-processo-e-suposto-poder-discricionario-do-magistrado)

 [↑](#footnote-ref-1)
2. “O argumento da intenção do legislador - Anotações teóricas sobre uso e significado”

(https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril\_v58\_n232\_p167.pdf) [↑](#footnote-ref-2)
3. Mandado de Segurança nº 2015001**27477** [↑](#footnote-ref-3)
4. ADI: 01996684520178090000, Relator: CARLOS HIPOLITO ESCHER, Data de Julgamento: 19/02/2018, Corte Especial, Data de Publicação: DJ de 19/02/2018 [↑](#footnote-ref-4)
5. ADI: 6423 AC 0092689-76.2020.1.00.0000, Relator: EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 21/12/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 12/02/2021 [↑](#footnote-ref-5)
6. Incidente De Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0029180-03.2019.8.26.0000; Relator (a): Salles Rossi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Guarujá - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 21/08/2019; Data de Registro: 23/08/2019 [↑](#footnote-ref-6)
7. ##  Carlyle Popp, Samuel Paulino Tono. Liberdade e contrato no âmbito da atividade empresarial. http://www.ambito-juridico.com.br/

 [↑](#footnote-ref-7)
8. #  [J. Miguel Lobato Gómez](http://jus.com.br/947554-j-miguel-lobato-gomez/publicacoes). Autonomia privada e liberdade contratual. Jus.com.br

 [↑](#footnote-ref-8)