

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE

ACÓRDÃO:	20162157	
RECURSO:	Mandado de Segurança	
PROCESSO:	201500127477	
RELATOR:	RICARDO MÚCIO SANTANA DE A. LIMA	
IMPETRANTE	ACADEMIA PAULO BEDEU BEACH	Advogado: ADRIANO FRANCISCO DE SOUZA
IMPETRANTE	ACADEMIA PAULO BEDEU CLUB	Advogado: ADRIANO FRANCISCO DE SOUZA
IMPETRANTE	ACADEMIA PAULO BEDEU EXPRESS	Advogado: ADRIANO FRANCISCO DE SOUZA
IMPETRANTE	ALPHA FITNESS ACADEMIA	Advogado: ADRIANO FRANCISCO DE SOUZA
IMPETRANTE	PAULO ROBERTO FARIAS DOS SANTOS	Advogado: ADRIANO FRANCISCO DE SOUZA
IMPETRANTE	PAULO ROBERTO FARIAS DOS SANTOS ME	Advogado: ADRIANO FRANCISCO DE SOUZA
IMPETRADO	PREFEITO MUNICIPAL DE ARACAJU	Defensor Público: TIAGO BATISTA VIEIRA

EMENTA

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 nº 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 nº 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os Membros do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, **por unanimidade**, em declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da Lei Municipal de Aracaju nº 4.682/2015 e CONCEDER o Mandado de Segurança nº 2015001**27477**, em conformidade com o voto e relatório constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Aracaju/SE, 17 de Fevereiro de 2016.

DES. RICARDO MÚCIO SANTANA DE A. LIMA
RELATOR

RELATÓRIO

Desembargador Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima (Relator): Mandado de Segurança nº 201500127477, em que é Impetrante **ACADEMIA PAULO BEDEU BEACH, ACADEMIA PAULO BEDEU CLUB, ACADEMIA PAULO BEDEU EXPRESS, ALPHA FITNESS ACADEMIA, PAULO ROBERTO FARIAS DOS SANTOS e PAULO ROBERTO FARIAS DOS SANTOS ME** contra ato do **PREFEITO MUNICIPAL DE ARACAJU**.

O Impetrante alegou que foi publicada no Diário Oficial do Município de Aracaju de 23/09/2015, a Lei nº 4.682, 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 uma multa diária de 1.000 UFIRs/SE, suspensão das atividades e cassação do alvará de funcionamento, em caso de desobediência e reincidência.

Aduziu que a referida Lei, em seu § 4º, determina que o Poder Executivo Municipal tem um prazo de 30 dias para regulamentar e definir a forma de fiscalização e destinação dos recursos provenientes das multas aplicadas.

Assegurou que a norma editada é inconstitucional e impetra esse *mwandamus* para que possa continuar a cobrar as taxas dos profissionais de Educação Física, sem sofrer as sanções do artigo 3º da Lei 4.682.

Afirmou que várias academias não cobram a 'taxa de personal', possibilitando escolha ao consumidor e que a cobrança decorre dos altos investimentos das academias que serão prejudicados pela desoneração legal.

Indicou que o art. 22 da CF definiu que é da União a competência para legislar sobre os direitos inerentes à relação de trabalho e condições para o exercício de profissões e que o parágrafo único, do referido artigo, estipula que Lei Complementar pode autorizar o Estado a legislar sobre a matéria, mas nunca o Município.

Imputou ferimento ao direito de propriedade com a edição da lei e sustentou que casos similares foram julgados pelo TJSE quando das questões envolvendo a cobrança dos estacionamento privados de shoppings, supermercados e faculdades.

Pediu a concessão de liminar e o final deferimento do *writ*.

A liminar foi deferida em 11/11/2015, às 08:11:46.

As informações foram prestadas 30/11/2015, às 23:56:09 e o Impetrado argüiu a falta de interesse de agir, por falta de adequação, haja vista que o art. 4º da Lei Municipal em comento (Lei nº 4.682) estabelece que a regulamentação da Lei caberá ao Poder Executivo, no prazo de 30 dias, o que denota a impetração contra lei em tese por força da inexistência de ato próprio violador de direito líquido e certo.

Argumentou que a **'atuação executiva somente poderá ser adotada após a regulamentação da lei (vide artigo 4º acima descrito), e como o referido decreto regulatório ainda não foi proferido, nada há que se coibir ou impedir, pois a atuação administrativa sequer pode ser implementada diante do vácuo normativo previsto em lei'**.

A Procuradoria de Justiça opinou pela denegação da Ordem pela inadequação da via eleita (11/01/2016,

às 10:52:03).

É o relatório.

VOTO

Desembargador Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima (Relator): A Ordem deve ser deferida.

A questão que se desenvolve é em decorrência da Lei Municipal nº 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 uma multa diária de 1.000 UFIRs/SE, suspensão das atividades e cassação do alvará de funcionamento, em caso de desobediência e reincidência.

A Lei tem o seguinte teor:

Art. 1º. Os usuários das academias de ginástica de Aracaju, devidamente matriculados, poderão ingressar nesses estabelecimentos acompanhados por profissionais particulares de educação física.

§ 1º. Os profissionais de educação física de que trata o *caput* terão livre acesso às academias de ginástica para orientar e coordenar as atividades físicas dos seus clientes, de forma individual.

§ 2º. As academias não poderão cobrar custo extra dos alunos ou dos profissionais de educação física para o acompanhamento das atividades previstas no parágrafo anterior.

§ 3º. O profissional terá que comprovar que está apto a exercer a função de *personal trainer*, através da apresentação da cédula de identificação (registro) do Conselho Regional de Educação Física (CREF 13. BA-SE).

Art. 2º. As academias de ginástica ficam obrigadas a afixar em local visível quadro informativo com os seguintes dizeres: "o usuário desta academia poderá ser acompanhado por seu *personal trainer* particular, sem custo extra para nenhuma das partes" ou "esta academia disponibiliza de um quadro de *personal trianer* para atendimento exclusivo do aluno contratante"

Art. 3º. A inobservância das regras estabelecidas nesta Lei acarretará as seguintes penalidades:

§ 1º. Multa diária de R\$ 1.000 (um mil) UFIR-s/SE.

§ 2º. No caso de reincidência, suspensão temporária das atividades do infrator pelo prazo máximo de 30 dias.

§ 3º. Após a terceira constatação de descumprimento, ficará o estabelecimento sujeito à cassação do

alvará de funcionamento.

Art. 4º. Caberá ao Poder Executivo Municipal, no prazo de trinta dias contados da publicação, a regulamentação da presente Lei, a definição sobre a forma de fiscalização e a destinação dos recursos provenientes das multas.'

É bem verdade que o art. 4º da Lei Municipal nº 4.682/2015 estabelece que a regulamentação da referida Lei caberá ao Poder Executivo, no prazo de 30 dias, o que pode desaguar na afirmação de que a impetração se deu contra lei em tese.

'Art. 4º. Caberá ao Poder Executivo Municipal, no prazo de trinta dias contados da publicação, a regulamentação da presente Lei, a definição sobre a forma de fiscalização e a destinação dos recursos provenientes das multas.'

Nestes casos de infração com incidência de multa os princípios aplicáveis são os princípios tributários em conjunto com os princípios do direito penal.

A delegação conferida pelo art. 4º citado ao Executivo poderia, em tese, violar o princípio da tipicidade fechada, o qual é consequência do princípio da legalidade, haja vista que os tipos tributários e penais devem ser minuciosos, não deixando espaços para discricionariedade e nem para a analogia. Assim, se a norma não descrever com detalhes o tributo ou o crime, não poderá ser cobrado a conduta por insuficiência do tipo, não podendo haver normas tributárias nem penais em branco.

Por consequência, não pode haver majoração de alíquota nem discriminação de tipo tributário por via de Decreto nem Regulamento. Por outro lado, é possível que a lei delegue a competência para fiscalização ou complementação de conceitos já tipificados na lei, conforme precedentes do STF.

'TRIBUTO – BASE DE INCIDÊNCIA – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA.

A fixação da base de incidência da contribuição social alusiva ao frete submete-se ao princípio da legalidade. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL – FRETE – BASE DE INCIDÊNCIA – PORTARIA – MAJORAÇÃO. **Surge conflitante com a Carta da República majorar mediante portaria a base de incidência da contribuição social relativa ao frete.** MANDADO DE SEGURANÇA – BALIZAS. No julgamento de processo subjetivo, deve-se observar o pedido formalizado.

(RMS 25476, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2013, DJe-099 DIVULG 23-05-2014 PUBLIC 26-05-2014 EMENT VOL-02731-01 PP-00001)'

'CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO: SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO - SAT. Lei 7.787/89, arts. 3º e 4º; Lei 8.212/91, art. 22, II, redação da Lei 9.732/98. Decretos 612/92, 2.173/97 e 3.048/99. C.F., artigo 195, § 4º; art. 154, II; art. 5º, II; art. 150, I. I. - Contribuição para o custeio do Seguro de Acidente do Trabalho - SAT: Lei 7.787/89, art. 3º, II; Lei 8.212/91, art. 22, II: alegação no sentido de que são ofensivos ao art. 195, § 4º, c/c art. 154, I, da Constituição Federal: improcedência. Desnecessidade de observância da técnica da competência residual da União, C.F., art. 154.

I. - Desnecessidade de lei complementar para a instituição da contribuição para o SAT.

II. - O art. 3º, II, da Lei 7.787/89, não é ofensivo ao princípio da igualdade, por isso que o art. 4º da mencionada Lei 7.787/89 cuidou de tratar desigualmente aos desiguais.

III. - As Leis 7.787/89, art. 3º, II, e 8.212/91, art. 22, II, definem, satisfatoriamente, todos os elementos capazes de fazer nascer a obrigação tributária válida. O fato de a lei deixar para o regulamento a complementação dos conceitos de "atividade preponderante" e "grau de risco leve, médio e grave", não implica ofensa ao princípio da legalidade genérica, C.F., art. 5º, II, e da legalidade tributária, C.F., art. 150, I.

IV. - Se o regulamento vai além do conteúdo da lei, a questão não é de inconstitucionalidade, mas de ilegalidade, matéria que não integra o contencioso constitucional.

V. - Recurso extraordinário não conhecido.

(RE 343446, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2003, DJ 04-04-2003 PP-00040 EMENT VOL-02105-07 PP-01388)'

Tudo isso é necessário para que identifiquemos o momento em que nasce o interesse dos Autores para o mandado de segurança, evitando a impetração contra a lei em tese.

A hipótese de incidência é a lei e o fato gerador imponível é a caracterização do momento em que o fato gera o tributo, mesmo que sem cobrança imediata.

No caso dos autos, embora não se cuide de taxação tributária, existe incidência de penalidade administrativa na modalidade multa e cassação de alvará, bem como suspensão de atividades comerciais.

Uma vez praticado o ato gerador – cobrança de custo extra dos alunos ou dos profissionais de educação física para o acompanhamento das atividades de *personal trainer* – a empresa incide na infração e pode ser penalizada.

O § 2º, do art. 1º, da Lei questionada discrimina que **'as academias não poderão cobrar custo extra dos alunos ou dos profissionais de educação física para o acompanhamento das atividades previstas no parágrafo anterior'** e o art. 3º diz que a inobservância das regras estabelecidas na Lei acarreta penalidades.

Por consequência, a partir do momento em que a academia cobra o custo extra pelo acompanhamento por profissional nasce o seu interesse em questionar a lei de incidência de penalidades.

Os Autores nominaram na sua petição inicial o MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO COM PEDIDO DE LIMINAR. Assim, uma vez que o *mandamus* é preventivo, resta, sem sombra de dúvida, que o ato violador de direito líquido e certo ainda não aconteceu, mas está em vias de acontecer.

E tanto isso é verdade que a lei concedeu o exíguo prazo de 30 dias para o Poder Executivo (Impetrado) a regulamentasse.

Observe-se que a regulamentação do Poder Executivo ocorrerá apenas para definição sobre a forma de fiscalização e a destinação dos recursos provenientes das multas e não sobre o direito de cobrar as taxas. Este já foi inibido e não será alvo de qualquer regulamentação e contra isso é que se insurgem os Autores.

Por consequência, não é crível, nem lógico e nem jurídico que os Impetrantes tenham que sofrer fiscalização e multa por força de um ato ilegal para, só depois, ajuizar o mandado de segurança.

Por esses motivos, rejeito a alegação de inadequação da via eleita e de falta de interesse de agir.

No mérito, observo que 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.

O uso da propriedade privada é disciplinado por regras de direito civil, e, portanto, a legislação sobre a matéria compete, privativamente à União, conforme disciplina o art. 22, I da Constituição Federal.

Neste aspecto, impossível o Município de Aracaju editar Lei sobre a matéria sem violar o art. 22, I, da Constituição Federal.

'Art. 22. Compete privativamente à União Federal legislar sobre:

I - **direito civil**, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e trabalho;

(...)

XVI - organização do sistema de empregos e condições para o exercício de profissões;

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.'

Este TJSE já decidiu casos com viés similar quando disse inconstitucional lei que impedia a cobrança de tarifa de estacionamentos privados como *Shopping Centers*.

'MANDADO DE SEGURANÇA - LEI ESTADUAL Nº 7.595/2013 - COBRANÇA DE VALORES PELA UTILIZAÇÃO DE ESTACIONAMENTOS PRIVADOS - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL DECLARADA *INCIDENTER TANTUM* - COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE MATÉRIA DE DIREITO CIVIL - ART. 22, I, DA CARTA MAGNA - DIREITO DE PROPRIEDADE VIOLADO - ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CONCESSÃO DA SEGURANÇA - DECISÃO POR MAIORIA.

(MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2013107802, TJSE, JOSÉ ANSELMO DE OLIVEIRA, JUIZ(A) CONVOCADO(A), Julgado em 21/08/2013)'

'AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ESTADUAL - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PERANTE A CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - VÍCIO FORMAL - COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE MATÉRIA DE DIREITO CIVIL - ART. 22, I, DA CARTA MAGNA - DIREITO DE PROPRIEDADE VIOLADO - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA - EFEITOS *ERGA OMNES* E *EX TUNC* - DECISÃO POR MAIORIA.

(AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2013105392, TJSE, DES. ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO, RELATOR, Julgado em 21/08/2013)'

O STF também 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.

'AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL. ESTACIONAMENTO EM LOCAIS PRIVADOS. COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 22, I DA CONSTITUIÇÃO.

Esta Corte, em diversas ocasiões, firmou entendimento no sentido de que invade a competência da União para legislar sobre direito civil (art. 22, I da CF/88) a norma estadual que veda a cobrança de qualquer quantia ao usuário pela utilização de estabelecimento em local privado (ADI 1.918, rel. min. Maurício Corrêa; ADI 2.448, rel. Min. Sydney Sanches; ADI 1.472, rel. min. Ilmar Galvão).

Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI 1623, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2011, DJe-072 DIVULG 14-04-2011 PUBLIC 15-04-2011 EMENT VOL-02504-01 PP-00011 RT v. 100, n. 909, 2011, p. 337-341)'

A inconstitucionalidade da norma descrita no art. 1º, § 2º, da Lei Municipal de Aracaju nº 4.682/2015 contamina toda a legislação porque toda ela parte do ponto em que a taxa de acompanhamento dos profissionais de educação física não poderia ser cobrada.

'§ 2º. As academias não poderão cobrar custo extra dos alunos ou dos profissionais de educação física para o acompanhamento das atividades previstas no parágrafo anterior.'

Declaro, assim, *incidenter tantum*, inconstitucional a Lei Municipal de Aracaju nº 4.682/2015 e concedo a segurança.

Isto posto, CONCEDO o mandado de segurança nº 2015001**27477**.

Custas *ex lege*. Sem honorários.

É como voto.

Aracaju/SE, 22 de Fevereiro de 2016.

DES. RICARDO MÚCIO SANTANA DE A. LIMA
RELATOR