

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno Cível nº 3001942-84.2021.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é agravante ESTADO DE SÃO PAULO, é agravado LOJAS GLOBAL ATIBAIA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Por maioria de votos, negaram provimento ao agravo interno, vencido o 2º Juiz, Desembargador Jarbas Gomes.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente), JARBAS GOMES E OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 14 de junho de 2021.

RICARDO DIP
Relator
Assinatura Eletrônica

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

11ª Câmara de Direito Público

Agravo interno 3001942-84.2021.8.26.0000/50000

Procedência: São Paulo

Relator: Des. Ricardo Dip (Voto 58.186)

Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo

Agravada: Lojas Global Atibaia Ltda.

AGRAVO INTERNO. NORMA ESTADUAL PODE CONCORRER, DE MODO COMPLEMENTAR, COM NORMA FEDERAL, MAS NÃO PODE REVOGÁ-LA.

- A Lei 13.979/2020 (de 6-2), que versa sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública resultante da pandemia gerada pelo coronavírus, estabeleceu a possibilidade de quarentena (inc. II do art. 3º), que, entre suas hipóteses, possui a de restrição de atividades (inc. II do art. 2º).

- O regulamento federal dessa lei, qual seja o Decreto nacional 10.344/2020 (de 8-5), que alterou o Decreto 10.282, de 20 de março anterior, incluiu entre as atividades consideradas essenciais a “produção, distribuição, comercialização e entrega, realizadas presencialmente ou por meio do comércio eletrônico, de produtos de saúde, higiene, limpeza, alimentos, bebidas e materiais de construção” (inc. XII do § 1º do art. 3º).

- De acordo com a lei de regência –a saber, a Lei 13.979– compete ao Presidente da República dispor, “mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º” (§ 9º do art. 3º), e esse referido § 8º do art. 3º da mesma Lei 13.979 dispõe que as medidas previstas nesse mesmo artigo (entre elas, como ficou sobredito, a quarentena), “deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais”.

- Admitida a competência concorrente entre União estados e municípios em matéria de direito à saúde, isto não significa admitir a competência revocatória destes últimos em relação às normas nacionais. Podem os

municípios, é verdade, complementar as normas estaduais e federais, e os estados, complementar as federais, mas não contraporem-se a elas, pena (para o caso) de maltrato da lei –designadamente do § 9º do art. 3º da Lei 13.979.

Não provimento do agravo interno.

RELATÓRIO:

1. Veicula agravo interno a Fazenda do Estado de São Paulo contra decisão monocrática que, nesta Corte, negou provimento a outro agravo seu, que visava à revogação de liminar que concedeu autorização para livre exercício de atividade e funcionamento da agravada.

Com pleito de reconsideração do decidido ou apreciação do tema pelo Órgão colegiado, a agravante sustenta ausência dos requisitos para a concessão de tutela de urgência, sustentando que a ora recorrida não exerce atividade essencial, uma vez que o objeto social das empresas indica a exploração de comércio varejista de artigos diversos e não foram prejudicadas com as medidas restritivas decretadas pelo Estado de São Paulo para o enfrentamento da fase mais crítica da pandemia Covid-19, tendo em vista que a restrição abrange apenas o atendimento presencial nos estabelecimentos comerciais. Alega que a competência para a adoção de ações administrativas é comum entre todos os entes da federação, além de ofensa ao princípio da separação dos poderes, pleiteando a revogação da liminar.

É o relatório do necessário, conclusos os autos recursais em 31 de maio de 2021 (e-pág. 20).

VOTO:

2. Como já advertiu o *decisum* impugnado, às situações que se mostram excepcionais, remédios também excepcionais, assim os exige a circunspecção, de modo que não se discute a relevância de medidas de política pública para o enfrentamento de problemas de saúde comunitária, *não cabendo, em linha de princípio, ao poder judiciário apreciar e decidir quais as medidas a adotar.*

Por isso mesmo, não é caso de estimar se preferível é o isolamento seletivo e restrito, assim o adotado na Coreia do Sul, na Suécia, na Turquia, em Taiwan, ou a prática do isolamento horizontal. Isso é matéria que está entregue à administração pública.

3. Ora, a Lei 13.979/2020 (de 6-2), que versa sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública resultante da pandemia gerada pelo coronavírus, estabeleceu a possibilidade de *quarentena* (inc. II do art. 3º), que, entre suas hipóteses, possui a de *restrição de atividades* (inc. II do art. 2º).

O regulamento federal dessa lei, qual seja o Decreto nacional 10.344/2020 (de 8-5), que alterou o Decreto 10.282, de 20 de março anterior, *incluiu* entre as atividades consideradas *essenciais* a “produção, distribuição, comercialização e entrega, realizadas presencialmente ou por meio do comércio eletrônico, de produtos de saúde, **higiene, limpeza, alimentos, bebidas**

e materiais de construção” (inc. XII do § 1º do art. 3º).

De acordo com a *lei* de regência –a saber, a Lei 13.979– compete ao Presidente da República dispor, “mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º” (§ 9º do art. 3º), e esse referido § 8º do art. 3º da mesma Lei 13.979 dispõe que as medidas previstas nesse mesmo artigo (entre elas, como ficou sobredito, a *quarentena*), “deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais”.

Admitida a competência concorrente entre União estados e municípios em matéria de direito à saúde, isto não significa admitir a competência revocatória destes últimos em relação às normas nacionais. Podem os municípios, é verdade, suplementar as normas estaduais e federais, e os estados, complementar as federais, mas não contraporem-se a elas, *pena* (para o caso) *de maltrato da lei* –designadamente do § 9º do art. 3º da Lei 13.979.

Consta da decisão objeto:

“Acrescente-se, por oportuno, que, numa perspectiva *formal*, a medida de quarentena adotada, no Estado de São Paulo, imperou-se por meio de simples *decretos* (64.879, 64.880, 64.881, todos de 2020, e os de 2021). Parece que esses vários decretos têm natureza *regulamentar*, nisto, contudo, excedendo a Lei federal (13.979, de 6-2-2020) a cuja regulamentação se dirigiriam; e que seja esse o objetivo dos decretos, a regulamentação da lei, parece, *prima facie*, extrair-

se de seus correspondentes *consideranda* sequer mencionarem a Constituição federal, mas, isto sim e sempre, a Lei nacional 13.979/2020. Calha que o evidente conflito entre esses atos normativos importa em *crise de legalidade*, prevalecendo, pois, o de cariz superior, qual seja, a lei. Fossem tidos, porém, por *autônomos*, colidentes com essa mesma Lei 13.979, enfrentariam os decretos a impossibilidade mesma de sua existência com o *status* de ato normativo independente, porquanto, desde a vigência da Constituição brasileira de 1988 não se viabiliza a edição de decretos autônomos do poder executivo, ressalvada a hipótese prevista no inciso VI do art. 84 do mesmo Código político, que assina, a propósito, competência privativa do Presidente da República. Além de não se tratar aqui de possível eiva de inconstitucionalidade, tampouco se está a afirmar (por não se pôr neste quadro em discussão) que os estados não tenham competência legislativa para tratar do tema em foco. Mas, se tudo isso não bastasse a justificar o não acolhimento do presente agravo, pode ainda salientar-se –abstraindo-se aqui até mesmo a conflitividade dos sucessivos decretos paulistas com a Constituição federal– o confronto desses mesmos decretos, no que têm impedido o regular funcionamento das atividades secundárias, com a **Lei nacional 13.784, de 20 de setembro de 2019**. Essa lei instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelecendo normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício dessa atividade econômica (art. 1º), e tem como princípios (art. 2º): “I- a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; II-

a boa-fé do particular perante o poder público; III- a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e IV- o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado”. Prevê-se nela serem “direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País” o desenvolvimento de “atividade econômica em qualquer horário ou dia da semana, inclusive feriados (...)” (art. 3º).” (e-págs. 31-3 dos autos referenciais)

4. É importante notar que **há nos autos indicação de que a ora recorrida comercializa produtos de limpeza, higiene e alimentos, de maneira que a restrição objeto parece exceder o que dispôs a Lei nacional** (e-págs. 23-58 dos autos principais).

5. Escoro-me nesses fundamentos para negar acolhida ao recurso.

Esta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça tem tido, muita vez, de apreciar e decidir sobre matéria de improbidade administrativa por falta dolosa de observância de normas da Constituição da República, e parece exatamente ser nos momentos de crise que mais se justifica a prudente aplicação das garantias constitucionais, para salvaguarda das liberdades concretas. É que tantas vezes emergem de futuro cogitáveis situações emergenciais, adivinha-se que, por iguais tantas vezes, se imporão decretos alheios da Constituição; é que, tantas vezes e frequentemente marginando confirmações bastantes, com a só alegação

de emergências de não importa qual origem, outras tantas vezes, pode isto prever-se, estarão a justificar decretos autônomos os precedentes recrutados destes nossos tempos de política pública para a covid-19.

Lembra-me aqui uma distinção interessante, que se fazia no princípio do século passado em Portugal, entre monarquia à inglesa e monarquia à turca. A primeira, configurava um governo monárquico de tipo constitucional ortodoxo, mais ou menos (e, de fato, supostamente) limitado pelo parlamento; a segunda, um governo constitucional autoritário, como o foi, p.ex., o da ditadura de João Franco, a partir de junho de 1907. E em que consistia esse tipo de governo que se disse constitucional autoritário? Ouçamo-lo das lições de Diogo Freitas do Amaral: era um «governar em ditadura», mas, prossegue o ilustre jurista e historiador: “nada de tão grave e perigoso como foram as ditaduras nacionalistas e comunistas que viriam a existir no século XX; continuava a haver pluralismo partidário, liberdade de imprensa e garantia judicial dos direitos individuais; a única alteração constitucional consistia em, por alegados motivos de necessidade pública, encerrar por algum tempo o Parlamento, permitindo ao Governo legislar por decreto” (*in Da Lusitânia a Portugal*. Lisboa: Bertrand, 2017, p. 327). Não custa averbar que o conselheiro João Franco adotou ainda uma série de medidas repressivas, em seu «governar por decretos», entre elas a da incursão nas autonomias locais, a suspensão de jornais e a infligção de penas de expulsão ou de desterro até antes de qualquer julgamento.

NESTES TERMOS, meu voto nega provimento ao agravo interno manejado pela Fazenda do Estado de São

Paulo, mantendo a r. decisão monocrática proferida nos autos do agravo de instrumento.

Eventual inconformismo em relação ao decidido será objeto de julgamento virtual, cabendo às partes, no caso de objeção quanto a esta modalidade de julgamento, manifestar sua discordância por petição autônoma oportuna.

É como voto.

Des. RICARDO DIP -relator
(com assinatura eletrônica)