

Nº de ordem do processo na sessão de julgamento Não informado

Registro: 2021.0000365610

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental Cível nº 0012023-46.2021.8.26.0000/50000, da Comarca de Vinhedo, em que é agravante ACADEMIA PINHEIRINHO BEACH E TENNIS, é agravado ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO INTERNO. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente sem voto), TORRES DE CARVALHO, ARTUR MARQUES, CAMPOS PETRONI, DÉCIO NOTARANGELI, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY E MOREIRA VIEGAS.

São Paulo, 12 de maio de 2021.

COSTABILE E SOLIMENE
RELATOR

Assinatura Eletrônica

Agravo Regimental em Mandado de Segurança n.
0012023-46.2021.8.26.0000/50000

Agravante e impetrante: Academia Pinheirinho Beach Tennis

Impetrado: O Governador do Estado

Origem: 3ª Vara Judicial da comarca de Vinhedo

Agravo Interno. Academia de Tênis. Plano São Paulo. Fase emergencial. Mandado de Segurança. Indeferimento de liminar. Pleito de revisão. Reabertura do estabelecimento em meio ao período emergencial do 'Plano São Paulo'. Matéria de competência concorrente, União e Estados Federados. Precedentes do STF e deste Órgão Especial que têm reconhecido a constitucionalidade do programa. Conveniência e oportunidade das medidas de prevenção que, ademais, ficam ao alvedrio do administrador. Observa-se mais, que aqui ainda não aportaram as informações do Governador. Proposta de indeferimento da liminar. Recurso desprovido.

Cuida-se de **AGRAVO INTERNO** contra
nossa deliberação de 8.4.2021 (fls. 56/77 dos autos
principais) quando, então, indeferimos a liminar,
sendo agravante a “Academia Pinheirinho Beach
Tennis”.

Em **MANDADO DE SEGURANÇA**
impetrado contra ato do Governador, que baixou a
classificação regional para a fase vermelha do 'Plano

São Paulo', interditando mais restritivamente os negócios empresariais da impetrante identificada em epígrafe, esta reclamara a imediata concessão de tutela antecipada, para reabertura dos negócios, a pretexto de que, neste caso, a prática esportiva é ao ar livre e restrita a poucas pessoas, separadas por redes em dois campos distintos (tênis ou beach tennis). Ademais, as instalações são amplamente favoráveis à prática do distanciamento social e há respeito incondicional às boas práticas preventivas.

Aduziu que a ação governamental viola diretamente precedentes deste Órgão Especial, que identifica, bem como julgado da e. 4^a Câmb. Cível do Poder Judiciário do Estado do Paraná.

Anoto que a distribuição se deu originariamente na comarca de Vinhedo, junto ao

MM Juiz da 3ª Vara Judiciária, que em 7.4.2021 redistribuiu por sentença em razão da legitimação passiva da impetração, vide fls. 48/50.

Transcrevo das razões do agravo interno o quanto segue (*verbis*):

“(…) com a devida vênia ao posicionamento do Douto Relator, mas em nenhum momento a Agravante minimizou ou relativizou a situação crítica trazida pela COVID-19, muito pelo contrário, pois todas as providências necessárias, presentes no Decreto Estadual, a fim de impedir a disseminação da COVID-19, devem ser cumpridas pela população, todavia, nas atividades realizadas pela Agravante, tais

cuidados são adotados automaticamente, considerando as particularidades de tais atividades esportivas (ao ar livre, sem aglomeração, distanciamento os praticantes, inexistência de contato físico praticantes, inexistência de compartilhamento de materiais).

Ademais, conforme amplamente divulgado na mídia, pelos órgãos médicos, a prática de atividades físicas somadas à exposição (responsável) à luz solar, tratam-se de medidas que auxiliam na manutenção da saúde, uma vez que fortalecem o sistema imunológico, bem como, são excelentes aliados à produção de Vitamina D (pelas informações médicas obtidas uma das

vitaminas mais importantes no combate à COVID-19) pelo corpo humano.

(...)

Nesse sentido, também a necessidade do enveredamento de provas, torna-se desnecessária, pois é nítido que em atividades esportivas como Tennis e/ou Beach Tennis há o distanciamento necessário e obrigatório nos termos, inclusive, da própria disciplina contida no Decreto 64.881.

Por último, mas não menos importante, interessante demonstrar a presença evidente do direito líquido e certo, pois, além de tudo o que foi demonstrado até o momento, a Agravante, além de cumprir

automaticamente as disposições do Decreto 64.881 (em razão da particularidade das atividades esportivas que realiza) e de ser instrumento necessário a manutenção da saúde e, assim sendo, forte aliada ao combate da COVID-19, trata-se fonte de subsistência dos: a) sócios e suas famílias, b) dos professores e suas famílias e demais funcionários e suas famílias.

(...)

Em face de todo o exposto, requer a Agravante sejam recebidas e devidamente processadas as presentes razões de Agravo Regimental/Interno, sendo determinada a imediata concessão da liminar, a fim de cassar os efeitos da decisão monocrática

negativa, concedendo o direito Impetrante ao afastamento das disposições do Decreto 64.881, nos termos conforme pedido na inicial (...)” (verbis).

É o relatório.

VOTO nº 51.920

Submeto imediatamente ao augusto Colegiado as razões do indeferimento de antecipação de tutela, confira-se seus termos a seguir (fls. 56/77 dos autos principais), objeto da irresignação da agravante:

“Pese todo o contexto, ao menos nesta quadra, **INDEFERE-SE** a antecipação de

tutela.

Por conta da competência concorrente entre União e Estados para tratar da segurança e saúde da população, o rol dos serviços essenciais deve ser examinado sob a perspectiva da atual situação do contágio, sabendo-se pelos meios de comunicação que nos últimos quinze dias ultrapassamos a média diária de duas mil mortes no país, sendo que os cientistas, com base no empirismo, ainda procuram soluções para a pandemia.

E é de todos conhecido que novas variantes da doença originária se espalharam e ainda são alvo de pesquisas. Para complicar, por conta de óbvias

implicações técnicas, a vacina não caminha em velocidade que permita antever, logo adiante, uma melhora que nos autorize assumir riscos abrandando os rigores da fase vermelha.

E, em regra, os atos governamentais são adotados depois de profunda reflexão e sempre orientados por pareceres profissionais, neste caso de órgãos de saúde.

Ainda não nos é dado pensar diferentemente.

Desse modo, a intervenção judicial, em face às ações do governo, fica resguardada para as hipóteses de contenção de eventuais abusos que se possam

identificar *ictu oculi*.

No entanto, não parece ser o caso destes autos.

Aliás, o pressuposto do mandado de segurança é a existência de direito líquido e certo, aquele incontroverso e conferível logo de cara, na distribuição da ação constitucional. Do mesmo modo, são requisitos da antecipação da tutela, não apenas o risco da demora — que no caso é evidente e indiscutível —, mas especialmente a plausibilidade do argumento.

Se a tese agitada demanda reflexão e conferência de dados, como no presente caso, então não se há reconhecer desde

logo a existência de um direito líquido e certo e, portanto, não se está diante dos dois pressupostos, especialmente aquele atinente à certeza do argumento deduzido na inicial.

Por isso é que estamos indeferindo a medida liminar, o que não importa despreço pelas partes e muito menos desrespeito pelas elevadas manifestações em outros autos.

No bojo do MS nº 2047920-04.2021, há não mais de quinze dias, despachei o quanto abaixo segue, confira-se seu teor porque há identidade com a situação deste *writ*:

“(…)

A judicialização de todos os assuntos é matéria constitucional, todavia, a indeclinabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, inciso XXXV e NCPC, art. 3º) deve ser adotada com a devida prudência.

Primeiro, não cabe ao Judiciário governar, senão, quando o caso, conter abusos dos governantes.

E não nos foi possível concluir nesse sentido, ou seja, de eventual abuso cometido pelo governo, mesmo porque o Executivo ainda não teve oportunidade de se explicar.

Nem se olvide que em favor Autoridade impetrada milita a antevisão de que providências, carregadas de tamanho rigor, somente devem ter sido adotadas depois de

muita reflexão e a partir de critérios científicos.

Outrossim, o quanto criticado pela impetração põe em contraposição direta valores de alçada díspar: de um lado a liberdade de iniciativa e do outro a proteção da vida e da saúde — que por estarem no caput do art. 5º da Constituição Federal são prioritários.

Resumindo, a impetrante, empunhando importantes bandeiras contra a falência e o desemprego, prenunciando riscos graves sobre o inadimplemento das obrigações, agitando perigos para a arrecadação de tributos, quer, com base em interpretação de dados a conferir, que o relator, sozinho,

olvidando-se que compõe a Corte com outros 24 membros, remova a fase vermelha do Plano São Paulo e restabeleça a situação precedente, sobre o que nem existe unanimidade de pensamento a eventualmente autorizar a adoção de medida corretiva monocrática, quanto mais postos em igual risco as vidas dos cidadãos, a saúde coletiva e individual.

Vou até o magistério de CELSO RIBEIRO BASTOS, para quem “(...) o direito líquido e certo é conceito de ordem processual, que exige a comprovação dos pressupostos fáticos da situação jurídica a preservar. Conseqüentemente, direito líquido e certo é 'conditio sine qua non' do

conhecimento do mandado de segurança, mas não é 'conditio per quam' para a concessão da providência judicial” (“Do Mandado de Segurança”, p. 15, 1978, Saraiva).

Primeiramente, a matéria ora tratada diz respeito a tema que se acha posto em plataforma constitucional ainda superior àquela onde repousa o conceito da *liberdade de iniciativa*, porque remete à segurança pública a partir das preservações da vida e da saúde, com suas implicações, dentre elas a responsabilidade civil.

No sopesamento dos valores em discussão, por certo, aqueles que são

pressupostos dos subsequentes haverão de prevalecer. Noutras palavras, vida e saúde são antecedentes em relação aos paradigmas agitados pela parte.

Há inúmeros pronunciamentos da Suprema Corte, referindo que a pandemia demanda legislação cuja **competência é concorrente entre União e Estados**, não detendo os Municípios autonomia para estabelecerem regionalmente políticas díspares.

É o quanto encontramos no julgamento da ADPF 672 MC - Órgão julgador Tribunal Pleno - Relator Min. **ALEXANDRE DE MORAES** - em 13/10/2020.

De sorte que os decretos estaduais têm sido reconhecidos como em conformidade com as Constituições Federal e de São Paulo (Decretos Estaduais 64.881, de 20.3.2020 e 65.545, de 3.3.2021).

Recentemente o STF, em caso envolvendo a cidade de São José dos Campos repetiu a mesma orientação, confira-se na Medida Cautelar na Suspensão de Liminar nº 1429/SP, de lavra do Min. LUIZ FUX, na data de 8.3.2021 e que transcrevo a seguir (*verbis*):

“(...) o agravamento recente da pandemia da Covid-19 causado, entre outros fatores, pelo surgimento de variantes do vírus e cujos efeitos, por óbvio, extrapolam as

fronteiras dos municípios e estados, parece indicar, mais que nunca, a necessidade de existência de harmonia e de coordenação entre as ações públicas dos diversos entes federativos, de sorte que as medidas governamentais adotadas para o enfrentamento da aludida pandemia extrapolam em muito o mero interesse local, referido no inciso I do art. 30 da Constituição Federal. É neste sentido a fundamentação técnica do Decreto implementado pelo Governador do Estado de São Paulo e impugnado na origem, conforme consta da Nota Técnica do Centro de Contingência do Coronavírus, datada de 03/03/2021, que integra o referido ato

normativo (...).

Ante a aparente predominância na espécie de interesse supramunicipal e tratando-se o ato impugnado na origem de ato normativo expedido no exercício de competência legítima do Estado-membro, conforme já reconhecido pelo Plenário desta Corte, além de inexistir desproporcionalidade ou irrazoabilidade em seu conteúdo, impõe-se seja privilegiada a iniciativa estadual nesse juízo liminar.

Inegável, destarte, que a decisão atacada representa potencial risco de violação à ordem público-administrativa, bem como à saúde pública, dada a real possibilidade que venha a desestruturar as medidas adotadas

pelo Estado de São Paulo como forma de fazer frente a essa epidemia, em seu território.

Portanto, evidenciado o fumus boni iuris e o insito periculum in mora que a questão envolve, ratifica-se a necessidade de acolhimento do pedido cautelar, completando-se a presença de todos os requisitos legais que ensejam o deferimento da presente medida, até que ocorra o trânsito em julgado na ação principal (art. 4º da Lei nº 8.437/1992 e art. 297 do Regimento Interno do STF).

Ex positis, defiro o pedido liminar para suspender os efeitos da decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento nº

2046652-12.2021.8.26.0000, em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de modo a restabelecer a plena eficácia do Decreto Estadual nº 65.545/2021, expedido pelo Governador do Estado de São Paulo (...).”

Sem prejuízo, outrora, o Plenário do mesmo colendo Supremo Tribunal Federal deliberou pela preservação da atribuição de cada esfera de governo quanto à edição de normas específicas de controle à pandemia, em homenagem ao pacto federativo (Medida Cautelar na ADI nº 6.341, Relator designado Ministro Edson Fachin), de tal sorte que as medidas adotadas pelo Governo Federal

não afastam as providências normativas e administrativas implementadas pelos Estados, que podem regulamentar a matéria de acordo com o interesse regional.

Ou seja, os temas em discussão não só extrapolam interesses locais, como também os interesses setoriais. Excetuada as matérias de inequívoca dimensão nacional, prevalecem os critérios regionais estabelecidos para o combate à pandemia, não sendo lícito ao Poder Judiciário substituir o juízo de conveniência e oportunidade debitados ao controle do agente público estadual para permitir o irrestrito funcionamento da

impetrante, interferindo nas medidas coordenadas regionais legitimamente instituídas pelo impetrado, sob pena de grave risco de violação à ordem público-administrativa.

As circunstâncias destacadas na impetração, quais sejam, poucas pessoas nas quadras e separadas por redes (tênis e beach tênis), são questões de fato que demandam enveredar provas adentro, o que não comporta em sede de mandado de segurança. Ademais, o que se pretende, e isso parece óbvio, é impedir o adensamento de gente em poucos espaços, o que faria o vírus contaminar rapidamente um número maior de

pessoas, por exemplo, em outras instalações além das quadras de tênis.

O Ministro DIAS TOFFOLI deixou devidamente marcado que “não se mostra admissível que uma decisão judicial, por melhor que seja a intenção de seu prolator ao editá-la, venha a substituir o critério de conveniência e oportunidade que rege a edição dos atos da Administração Pública, notadamente em tempos de calamidade como o presente, porque ao Poder Judiciário não é dado dispor sobre os fundamentos técnicos que levam à tomada de uma decisão administrativa” (STF, SS nº 5.377 MC/SP).

Então, respeitosamente, a questão

permanece controvertida.

Estamos descobrindo as circunstâncias em que viveremos ao longo do presente avanço, dia após dia, de sorte que, nesta quadra, ainda prevalece o interesse de ver preservado o bem maior, tão apenas fazendo a leitura técnica da carta constitucional a partir da leitura topográfica do seu art. 5º.

Este Órgão Especial examinou a mesma questão recentemente, confira-se também:

“(...) A pretensão da impetrante reabertura de seu estabelecimento empresarial sem observâncias das restrições impostas pelo Governo do Estado e Prefeitura de São

Paulo é medida afeta ao Poder Executivo, que reúne condições de avaliar as diversas demandas da sociedade, inclusive as decorrentes da redução da atividade econômica e das receitas das empresas neste delicado momento de crise difusa gerada pela pandemia de Covid-19. Embora não se ignore a difícil situação enfrentada pelas sociedades empresárias em razão da pandemia e das rígidas recomendações e diretrizes adotadas pelo Governo do Estado de São Paulo e pelo município de São Paulo para controle e combate do vírus, não é dado ao Poder Judiciário imiscuir-se nas atividades típicas da administração, sob a pena de violação ao art. 2º da CF”

(Mandado de Segurança Cível nº 2122761-04.2020.8.26.0000, rel. Des. TORRES DE CARVALHO, 16.9.2020).

Tocante aos paradigmas agitados na impetração, houve denegação da segurança no 1º caso, com desistência da parte (fls. 241/242 do MS 2077099-17.2020.8.26.0000, então alvo da Suspensão de Segurança junto ao STF n. 5377/SP). E com relação ao MS 2046692-91.2021.8.26.0000, a liminar teve seus efeitos suspensos pelo STF (fls. 1249/1255, em 10.3.2021, na Medida Cautelar em Suspensão de Segurança n. 5470/SP, Min. LUIZ FUX).

Nesses termos, pois, ainda não é possível

dizer que as circunstâncias, nesse momento histórico, recomendariam o abrandamento das medidas preventivas tomadas pelo Executivo.

Se presente a necessidade de agilidade da medida, não se pode, diante do quanto afirmado, reconhecer a plausibilidade do direito.

Há também pleito de segredo de Justiça, confira-se a fl. 12, item 5.a. Porém, as razões ali expostas não estão em conformidade com as hipóteses dos arts. 11 e 189 do novo Cód. de Processo Civil, que reproduzo a seguir, razão pela qual indefiro aquela postulação:

“Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

E:

“Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:

I - em que o exija o interesse público ou social;

II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes;

III - em que constem dados protegidos pelo

direito constitucional à intimidade;

IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo”.

Por conta do quanto exposto, ficam justificados os indeferimentos da antecipação de tutela e do segredo de Justiça”.

Respeitosamente, considerando que as respeitáveis razões do agravo interno somente contêm pedido de revisão do quanto já alegado na impetração, não vejo motivo para reconsiderar meu posicionamento inicial.

A decisão de fls. 56/77 dos autos principais contém a integralidade de meu convencimento para fins de indeferimento de antecipação de tutela, sem prejuízo de reposicionamento, se o caso, após informações da autoridade dita coatora e o parecer do Ministério Público.

Com a maior urgência, para possibilitar à parte o imediato reexame de suas alegações, se o caso, é que remeti os autos à mesa, com a proposta de **DESPROVIMENTO** do agravo interno, aguardando para exame do mérito ao final da instrução.

COSTABILE-E-SOLIMENE

relator