



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO

**CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM - 1ª VARA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL, MUNICIPAL, REG
PÚBLICOS, MEIO AMBIENTE E SAÚDE**

DECISÃO/OFÍCIO/MANDADO

AÇÃO : 120 - Mandado de Segurança Cível

Processo nº: 0003358-43.2020.8.08.0011

Impetrante: [REDAZIDA]

Autoridade coatora: AO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM

Visto em Plantão Extraordinário.

– RELATÓRIO –

1. Cuida-se de mandado de segurança com pedido liminar impetrado por [REDAZIDA]

[REDAZIDA] pessoas jurídicas de direito privado qualificadas na **exordial**, em face de ato do **PREFEITO MUNICIPAL DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM/ES**.

2. Narra em síntese o *writ* que a atividade das Autoras abarca a prestação de serviços na área da saúde e bem-estar e sofreria com restrições desarrazoadas advindas da legislação municipal concernente ao Decreto nº 29.480, emanado da Autoridade Coatora, que ensejaria prejuízos a sua atividade econômica.

Notícia que o fechamento das academias de ginástica foi determinado inicialmente em 18/03/2020 pelo Governo Estadual por meio do Decreto 4600-R, sendo prorrogado posteriormente pelos Decretos nº 4635-D (18/04/2020), 4644-R (30/04/2020) e 4651-R (15/05/2020), este promulgado após a edição do Decreto 10.344 pelo Executivo Federal, que alterou a lei 13.979/20, qualificando a atividade econômica em testilha como essencial.

Assevera que, especificamente no que concerne ao ato indigitado como coator, o Prefeito Municipal publicou o Decreto 29.480, que estabeleceu procedimentos de segurança e saúde pública contra o COVID-19, possibilitando a reabertura das academias mediante restrições de funcionamento e atendimento ao público.

Pondera que o ato vergastado se encontra em descompasso com a norma federal; afronta a isonomia e cerceia o exercício da atividade empresarial das Impetrantes, pois, não fixa condições operacionais viáveis para academias com espaço físico superior a 75m², pois, *in verbis*: a) A severidade das restrições para garantir a segurança e saúde pública contra a pandemia do COVID-19 estão inviabilizando o exercício da atividade das Impetrantes. Nesse contexto, temos aqui uma colisão de princípios onde, de um lado temos a segurança e saúde pública, e, de outro, temos o princípio da livre iniciativa; b) O referido ato administrativo é anti-

isonômicos, visto que privilegiam as Academias com pequeno espaço físico, em detrimento das demais que possuem mais de 75m²; c) O referido ato administrativo é anti-isonômico, visto que, além de estarem em descompasso com o governo federal, privilegiam outras atividades essenciais, em detrimento das Academias que também ostentam a mesma rubrica.

Requer, desta forma, a concessão da Gratuidade Judiciária, a decretação de sigilo ante a juntada de documentos bancários e, em sede de liminar, a permissão para o livre exercício da atividade e funcionamento obedeça as mesmas condições e exigências estabelecidas para outras atividades classificadas como essencial perante a Lei, nos termos do Art. 5º do Decreto Municipal de nº 29.480 de 24 de maio de 2020, obedecendo todas

as determinações de prevenção para funcionamento estabelecidas pelo Ministério da Saúde.

A exordial se encontra instruída por documentos.

Recebi os autos em conclusão na data de 08/06/2020 na qualidade de substituto legal dos Juízes da 1ª e 2ª Varas da Fazenda Pública ante a informação de que encontram-se afastados da jurisdição.

É o relatório. **DECIDO**.

– FUNDAMENTAÇÃO –

3. Comprovada a carência de recursos por meio da juntada de extratos das contas bancárias e notificação da Serasa Experian, tendo a parte cumprido com o requisito estabelecido pela Súmula nº 481 do Superior Tribunal de Justiça, **DEFIRO** aos Impetrantes a Gratuidade Judiciária.

4. Lado outro, considerando que a documentação coligida com a exordial, concernente a extratos/saldos de conta bancária das Impetrantes, refere-se a dados protegidos por sigilo (art.189, III), **DEFIRO** o pedido de decretação de segredo de justiça nos autos. Diligencie a Serventia em conformidade com o art.384 do Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça.

5. Entrementes, a suspensão liminar do ato que deu ensejo à impetração do mandado de segurança encontra-se condicionada ao preenchimento dos requisitos elencados pelo inciso III do art.7º da lei 12.016/09, quais sejam: relevância do fundamento e risco de ineficácia da medida.

Trata-se, assim, de qualificação jurídica do *fumus boni iuris*, consistente na demonstração, em sede de cognição sumária, do ato de violação de direito com a eiva de ilegalidade ou abuso de direito e do *periculum in mora*, inerente ao risco de ineficácia da medida caso não seja prontamente antecipada.

6. Na espécie, o ato impugnado consiste na regulamentação trazida pelo Decreto Municipal nº 29.480 no que concerne ao retorno das atividades das academias de esportes com área superior a 75m² (setenta e cinco metros quadrados), que restringiriam indevidamente a atividade empresarial das Impetrantes e violaria a isonomia entre as pequenas e grandes academias e entre estas e as demais atividades igualmente essenciais.

Cumpra assim a verificação quanto ao preenchimento dos requisitos, em exercício de ponderação, gizando-se o momento embrionário da cognição neste momento.

7. Registro inicialmente que o ato impugnado se encontra submetido a regramento de competência concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme reconhecido pelo C. Supremo Tribunal Federal no exame da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341/DF, onde, em interpretação conforme a Constituição, de que as medidas de enfrentamento à pandemia de Coronavírus – COVID 19 referem a competência concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo submetidas, assim, ao regramento do art.24 da Constituição Federal, em virtude do qual cabe ao ente federal a edição de normas gerais; aos entes estaduais, o estabelecimento de normas concorrentes e, por fim, aos municípios, a disciplina de normas de interesse local, no que se enquadra a fixação de condições de funcionamento de estabelecimento, como v.g, seu horário de funcionamento (Súmula Vinculante nº 38).

Portanto, ante a edição de lei geral pela União (lei 13.979/20), fruto da conversão da Medida Provisória, complementada pelos decretos do Executivo Estadual, revela-se em linha de princípio legítima a atuação regulamentar de matéria de interesse local pelo Município, motivo pelo qual não se vislumbra eiva de ordem formal no ato impugnado.

8. Lado outro, são sindicáveis os indigitados vícios de ordem intrínseca, concernentes à desproporcionalidade da disciplina, face o conflito entre a liberdade econômica e o direito à saúde pública e, sobretudo, a violação à isonomia em parâmetro com as demais atividades essenciais e com academias de menor porte.

Para tal desiderato cumpre examinar as disposições abaixo transcritas:

REGRAS ESPECÍFICAS PARA FUNCIONAMENTO DE ACADEMIA DE ESPORTES

Art. 21. Em qualquer um dos níveis de classificação de risco, o funcionamento de academias de esporte de todas as modalidades no âmbito do Município de Cachoeiro de Itapemirim, orientar-se-á pelo estabelecido neste Decreto, observando as boas práticas e os procedimentos de higienização, bem como garantir as condutas adequadas de higiene pessoal e o controle de saúde dos do COVID-19.

§ 1º. Fica vedada, em qualquer tipo de academia, a prática de esportes de contato e/ou esportes que obrigatoriamente demandem compartilhamento de materiais ou equipamentos, tais como lutas, vôlei, basquete e futebol.

§ 2º. Para as academias de lutas e esportes coletivos, que estão abrangidas pela regra do § 1º, será possibilitado o funcionamento para a realização de atividades sem contato físico e compartilhamento de equipamentos, nos termos do artigo 22 deste Decreto.

§ 3º. Para fins deste Decreto, considera-se:

I - atividades aeróbicas: as práticas de esteira, bicicleta, simuladores de escada, dança, crossfit, natação, hidroginástica e similares; e

II - atividades não aeróbicas: as práticas de musculação, pilates, funcional, alongamento, ioga e similares.

Art. 22. O funcionamento deverá ser realizado exclusivamente com atendimento em horários agendados, garantindo o controle do número máximo de frequentadores concomitantes, seguindo os parâmetros estabelecidos para cada modalidade específica, levando-se em consideração o grau de risco do Município,

conforme segue:

§ 1º. No grau de risco baixo:

I – atividades aeróbicas: 1 (um) aparelho/usuário a cada 12m² (doze metros quadrados) de área de salão, garantindo espaçamento mínimo de 4m (quatro metros) entre os aparelhos/usuários;

II – atividades não aeróbicas com aparelhos fixos: 1 (um) aparelho/usuário a cada 10m² (dez metros quadrados) de área de salão, garantindo espaçamento mínimo de 3,0m (três metros) entre aparelhos/usuários; e

III - atividades não aeróbicas em aulas coletivas: 1 (uma) pessoa a cada 8m² (oito metros quadrados) de área de salão, incluso o professor, garantindo espaçamento mínimo de 2,5m (dois metros e cinquenta centímetros) entre as pessoas.

§ 2º. No grau de risco moderado ou alto é possibilitado o funcionamento apenas para atividades não aeróbicas, restritas a treinos de baixo

impacto, garantindo sempre espaçamento mínimo de 4,0m (quatro metros) entre aparelhos/usuários e os seguintes limites de lotação:

I - estabelecimentos com área menor que 30m² (trinta metros quadrados): máximo de 1 (um) aluno por horário de agendamento;

II - estabelecimentos com área igual ou superior a 30m² (trinta metros quadrados) e menor que 45m² (quarenta e cinco metros quadrados): máximo de 2 (dois) alunos por horário de agendamento.

III - estabelecimentos com área igual ou superior a 45m² (quarenta e cinco metros quadrados) e menor que 60m² (sessenta metros quadrados): máximo de 3 (três) alunos por horário de agendamento;

IV - estabelecimentos com área igual ou superior a 60m² (sessenta metros quadrados) e menor que 75m² (setenta e cinco metros quadrados): máximo de 4 (quatro) alunos por horário de agendamento; e

V - estabelecimentos com área igual ou superior a 75m² (setenta e cinco metros quadrados): máximo de 5 (cinco) alunos por horário de agendamento.

§ 3º. Os parâmetros aqui estabelecidos aplicam-se igualmente às atividades realizadas em áreas abertas.

§ 4º. Para atender a proporção por metro quadrado e o distanciamento entre aparelhos, o estabelecimento poderá isolar a utilização de parte dos equipamentos disponíveis.

§ 5º. No caso de existência de aparelhos conjugados em configuração de ilha, deverá ser considerado cada ilha como um único aparelho, com o atendimento da regra de utilização de 1 (uma) pessoa/vez

respeitando o distanciamento mínimo estabelecido em relação aos demais aparelhos/usuários.

§ 6º. Deverá ser afixado, em cada ambiente e estabelecimento, em local de destaque, cartaz informativo do número máximo de usuários concomitantes conforme parâmetros estabelecidos neste Decreto.

§ 7º. Não será permitido o atendimento de pessoas que se enquadrem nos parâmetros de Grupo de Risco estabelecidos pelo Boletim Epidemiológico Especial 7 - COE Coronavírus do Ministério da Saúde, exceto atendimento domiciliar por profissional autônomo.

§ 8º. Não será permitido atendimento de pessoas com sintomas de síndromes gripais ou que tiveram contato com pacientes suspeitos ou confirmados com COVID -19.

§ 9º. Deve ser estabelecido um intervalo mínimo de 15 (quinze) minutos entre o início e o término de cada agendamento de atendimento para evitar concentração de fluxos de entrada e saída no estabelecimento.

§ 10. Deve ser restringida a permanência do usuário no estabelecimento fora do horário específico agendado para o atendimento.

§ 11. Fica vedada a permanência de acompanhantes no interior do estabelecimento durante o horário de atendimento.

§ 12. Fica vedado o funcionamento de espaços kids.

§ 13. Fica vedado o comércio de quaisquer produtos nos estabelecimentos de academia de esportes.

§ 14. O agendamento para atendimento deverá ser precedido de manifestação de aceite pelo usuário das regras de funcionamento.

Art. 23. São procedimentos obrigatórios, preventivos à disseminação do COVID-19, a serem adotados para o funcionamento das atividades de academia de esportes, sem prejuízo das limitações específicas de cada modalidade e nível de risco.

I - A serem adotados pelos estabelecimentos e profissionais:

a) retirada de tapetes e utilização, se possível, de pano embebido em solução de hipoclorito de sódio ou substância alternativa no acesso ao estabelecimento para redução da contaminação de área de piso;

b) recomendar aos clientes a utilização de calçado sobressalente para troca no acesso à academia;

c) realização de limpeza e higienização geral com hipoclorito de sódio 1,0% (um por cento) a 2,5% (dois e meio por cento) ou álcool 70% (setenta por cento) das áreas coletivas do estabelecimento (pisos, portas, maçanetas, interruptores, balcões, escadas, corrimãos, armários e equipamentos), no mínimo, antes do início e a cada três horas de funcionamento;

d) no caso de espaços destinados a aulas coletivas, incluso tatames e ringues, deverá ser realizada a limpeza e higienização do espaço e equipamentos nos períodos compreendidos entre o término e o

início de cada aula;

e) nas modalidades de atividades com utilização de aparelhos/equipamentos, faixas e/ou colchonetes, disponibilizar aos usuários álcool e/ou álcool gel 70% (setenta por cento) e toalhas de papel para a limpeza e higienização obrigatória antes e após o uso;

f) utilizar colchonetes impermeáveis em bom estado de conservação e limpeza;

g) não utilizar equipamentos ou acessórios que não permitam a devida higienização antes e após uso;

h) disponibilizar aos usuários álcool e/ou álcool gel 70% (setenta por cento) para higienização de pés antes de acesso a área de tatames e ringues;

i) disponibilizar lixeiras com acionamento de pedal, em pontos diversificados, para descarte de papel toalha utilizado na higienização dos equipamentos;

j) disponibilizar permanentemente lavatório com água potável corrente, sabonete líquido, toalhas de papel e lixeira para descarte, e/ou dispensers com álcool gel 70% (setenta por cento) em pontos estratégicos (recepção, musculação, peso livre, salas de coletivas, vestiários, etc.) destinados à higienização das mãos de colaboradores e clientes;

k) a retirada de ficha, com os exercícios prescritos, não poderá ser realizada de arquivos ou de terminais de computadores com compartilhamento comum.

l) quando permitido uso de piscina, disponibilizar álcool e/ou álcool gel 70% (setenta por cento) para higienização de mãos antes de tocar na escada e nas bordas, disponibilizar suportes para que cada cliente possa pendurar sua toalha de forma individual, garantir a qualidade da água nas piscinas com eletroporação e filtros químicos em alta

concentração e, após o término de cada aula, higienizar as escadas, balizas e bordas da piscina;

m) cobrar uso de chinelos em áreas aquáticas;

n) não utilização de secadores eletrônicos;

o) fornecer máscara facial a todos os colaboradores, para utilização em tempo integral, bem como orientar sobre o uso correto;

p) possibilitar a entrada e saída do estabelecimento sem toque em controle biométrico ou disponibilizar álcool e/ou álcool gel 70% (setenta por cento) para higienização de mãos antes e depois da identificação de acesso;

q) utilizar faixas ou marcações para limitar a distância mínima de 1,5m (um metro e cinquenta centímetros) entre os colaboradores, clientes e *personal trainer*, em casos onde a verbalização (conversa) é essencial;

r) delimitar com fita o espaço em que cada cliente deve se exercitar nas áreas de peso livre e nas salas de atividades coletivas, respeitado as medidas de distanciamento estabelecidas neste Decreto;

s) no caso de aulas coletivas ou individuais, organizar os treinos de forma a não permitir o compartilhamento de equipamentos e contato físico entre alunos durante as aulas;

t) afastar colaboradores em caso de sintomas de síndrome gripal ou contato com pacientes suspeitos ou confirmados com COVID-19;

u) disponibilizar bebedouros de torneira e copos descartáveis, vedado o uso de bebedouros de pressão;

v) orientar colaboradores e clientes para cumprimento das regras de funcionamento estabelecidas;

w) priorizar, quando possível a ventilação natural dos espaços e, quando não possível, realizar periodicamente a limpeza dos filtros de ar condicionado; e

x) adotar todas as medidas estabelecidas neste Decreto sobre as orientações gerais e específicas a serem adotadas por pessoas jurídicas, visando práticas de segurança no enfrentamento do novo

coronavírus (COVID-19).

II - a serem adotados pelos clientes:

a) uso obrigatório de máscara facial, exceto ambientes de piscina quando o uso for permitido;

b) priorizar, quando possível, a utilização de calçado sobressalente para troca no acesso à academia;

c) uso obrigatório de toalha individual;

d) uso obrigatório de garrafas individuais ou copos descartáveis, vedado o uso de bebedouros de pressão;

e) realizar com frequência a higienização das mãos;

f) realizar higienização de pés antes de acesso áreas de tatames e ringues;

g) realizar a limpeza e higienização dos aparelhos/equipamentos com álcool e/ou álcool gel 70% (setenta por cento) e toalhas de papel, antes e após o uso;

h) manter, sempre que possível, os cabelos presos durante a realização das atividades;

i) não permanecer no estabelecimento fora do horário agendado para atendimento; e

j) informar ao estabelecimento e ausentar-se das aulas em caso de sintomas de síndrome gripal ou contato com pacientes suspeitos ou confirmados com COVID -19.

Art. 24. Aplica-se aos profissionais autônomos e às atividades realizadas em ambientes abertos, no que couber, os procedimentos obrigatórios preventivos à disseminação do COVID-19, estabelecidos neste Decreto.

Art. 25. Os estabelecimentos deverão promover campanhas informativas aos usuários, procedendo:

I – encaminhar material digital informativo aos usuários para divulgação das medidas de controle estabelecidas para o funcionamento do estabelecimento, bem como de etiquetas respiratórias;

II - afixar cartazes de orientação aos colaboradores e clientes sobre as medidas que devem ser adotadas para evitar a disseminação do vírus; e

III - promover, a cada 60 (sessenta) minutos, no circuito interno de rádio do estabelecimento, quando houver, campanhas de conscientização de etiquetas respiratórias e regras de funcionamento.

Art. 26. O descumprimento do disposto neste Decreto por parte dos empreendimentos sujeitará ao infrator a suspensão e, em caso de reincidência, a cassação de seu Alvará de Funcionamento, conforme Art. 276, III da Lei Municipal n.º 7.227, de 02 de julho de 2015.

9. Do exame do Decreto Municipal nº 29.480 percebo que este se ocupou em capítulo específico das regras inerentes às academias de esportes, estabelecendo como regra geral que o funcionamento deverá seguir agendamento prévio (art.22), com a fixação de parâmetros diferenciados conforme a matriz de risco de contágio da pandemia (§1º e 2º), com quantidade máxima de usuários por metro quadrado, espaçamento mínimo e enunciação, especificamente para a hipótese de grau de risco moderado ou alto, de quantidade de alunos em conformidade com o tamanho da academia, adotando escalonamento que contempla faixas de 30m²; 45m²; 60m² e 75m² ou mais (§2º, I, II, III, IV e V).

Ademais, estabelece procedimentos obrigatórios preventivos impostos às instituições e seus alunos (art.23).

Cediço, conforme bem asseverado na exordial, que se vislumbra um conflito entre direitos de caráter fundamental, concernente à liberdade do exercício da atividade econômica (art.170, *caput* da Constituição de 1988), e direitos sociais de saúde e lazer dos seus alunos (art.6º) e dos sócios da pessoa jurídica diante de medidas de salvaguarda da saúde pública, o que reclama um exercício de ponderação, adotando-se como trilho o §2º do art.489 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Nesta toada, conforme assevera LUIS ROBERTO BARROSO¹, a ponderação contempla três etapas: (1) a identificação das normas relevantes para a solução do caso e dos conflitos entre elas, impassíveis de resolução pelo tradicional critério de subsunção; (2) o exame dos fatos, circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos e (3) a escolha, por meio do exame conjunto dos grupos de normas e sua repercussão no caso concreto, de forma a propiciar que sejam apurados os pesos a serem atribuídos aos elementos em disputa, de forma a se identificar o grupo de normas que deve receber preponderância e em qual intensidade, tendo como fio condutor o princípio da proporcionalidade, atentando-se para a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Inicialmente, malgrado as controvérsias que as incertezas científicas trazidas pelo ineditismo do Coronavírus-19, revela-se assaz verossímil a adequação e a necessidade das medidas impostas pelo Decreto Municipal para o fim colimado (diminuição do risco de contágio do vírus), eis que se coadunam com as diretrizes da Organização Mundial de Saúde quanto à relevância do afastamento social, medida de difícil alcance em uma academia, dada a proximidade entre os indivíduos e o compartilhamento de equipamentos e a intensidade dos exercícios físicos no sistema respiratório.

O cerne da controvérsia, ao que se infere, diz respeito à proporcionalidade em sentido estrito da medida, extraída do equacionamento entre os bens jurídicos passíveis de sacrifício, de modo a se identificar o prevalente.

Conforme assevera SAMUEL MEIRA BRASIL JR:

“Por fim, o postulado da proporcionalidade em sentido estrito (Grundsatz der Verhältnismässigkeit im engern Sinne) envolve a própria ponderação dos bens em colisão. Segundo este critério, não se admite o sacrifício de um bem jurídico, como meio para se atingir um fim que tenha menor peso do que o bem jurídico sacrificado. Assim, deve ser realizada uma ponderação entre duas finalidades, ou dois princípios jurídicos. O Prof. Alexy define a proporcionalidade em sentido estrito no seguinte contexto: quanto maior for a interferência em um princípio P2, mais importante deve ser a realização do outro princípio, digamos P1. Como exemplo, poderíamos imaginar o confinamento de um portador de AIDS por toda a vida, com forma de evitar a disseminação da doença, promovendo o princípio que protege a saúde pública. Mesmo supondo que esta medida fosse adequada (com o confinamento evita-se a disseminação da doença) e necessária (não haveria outro meio mais brando de evitar a disseminação da doença), ainda assim seria completamente desproporcional, pois causaria uma intefeirência no princípio da dignidade da pessoa humana em um grau absolutamente intolerável. A medida visa a uma consequência que não pode ser qualificada como mais importante que o outro princípio”. (Justiça, direito e processo: a argumentação e o direito processual de resultados justos. Atlas, p.100).

Nesta senda, ao passo em que a atividade econômica é livre, deve a liberdade se conformar com os demais princípios e diretrizes trazidos pela Ordem Econômica da Constituição Federal, sobretudo, quanto ao que interessa à presente, à dignidade humana; defesa do consumidor e função social da propriedade, do que conluo que a interferência na liberdade de atuação das Impetrantes, malgrado expressiva, concerne ao mínimo indispensável para a realização de outro postulado de superior importância, qual seja, a saúde pública neste momento.

De igual sorte, o quadro de pandemia e ante sua expressiva letalidade, implica em restrições justificadas a direitos sociais, com relevo neste momento, onde é fato notório que Cachoeiro de Itapemirim experimenta, ao que tudo indica, o ápice da curva de casos do Coronavírus, o que conduz à prevalência dos interesses da coletividade, sendo que em consulta ao sítio <https://www.cachoeiro.es.gov.br/novocoronavirus/> no dia da

prolação da presente, constato o relato da existência de 2.127 notificações; 1.206 casos monitorados; 590 casos confirmados e 19 óbitos.

Desta forma, ao passo em que a garantia fundamental da inafastabilidade da apreciação judicial de lesão ou ameaça a direito não torna os atos e políticas públicas indenes a controle jurisdicional, o momento vivenciado, este deve se dar de maneira cautelosa, à luz dos obstáculos e dificuldades reais do gestor (art.22 da LINDB), sendo excepcional a intervenção no mérito das políticas, cuja execução compete de maneira concorrente aos entes integrantes da federação.

A respeito colhe-se trecho da decisão monocrática do Ministro ALEXANDRE DE MORAES nos autos da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 672/DF:

“A Constituição Federal, em diversos dispositivos, prevê princípios informadores e regras de competência no tocante à proteção da saúde pública, destacando, desde logo, no próprio preâmbulo a necessidade de o Estado Democrático assegurar o bem-estar da sociedade. Logicamente, dentro da ideia de bem-estar, deve ser destacada como uma das principais finalidades do Estado a efetividade de políticas públicas destinadas à saúde. O direito à vida e à saúde aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, a Constituição Federal consagrou, nos artigos 196 e 197, a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantindo sua universalidade e igualdade no acesso às ações e serviços de saúde. No presente momento, existe uma ameaça séria, iminente e incontestável ao funcionamento de todas as políticas públicas que visam a proteger a vida, saúde e bem estar da população.

A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus (COVID-19) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis e tecnicamente sustentáveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde”.

Por fim, não descuro da dramática situação econômica das Impetrantes, objeto de extensa demonstração por meio da documentação coligida com o *writ*, entretanto, esta não se presta a infirmar o ato vergastado, sendo certo que infelizmente as medidas de mitigação da pandemia de Coronavírus -19 implicam em restrições à expressiva maioria das atividades econômicas.

Destarte, no âmbito da ponderação realizada com lastro nos elementos coligidos por ora, não identifico desproporcionalidade no ato vergastado, que, ao que se indica *in status assertionis*, não representa proteção excessiva ou insuficiente do bem jurídico tutelado, que se sobrepõe aos de caráter individual e direitos sociais em proporcionalidade estrita.

10. De outro giro, cumpre a verificação quanto à indigitada violação à isonomia.

Entrementes, a concepção contemporânea de igualdade vislumbra o reconhecimento de que existem fatores de distinção entre os indivíduos e perquire sua racionalidade, atento à relatividade e correlação. Conforme anota RAFAEL SIRANGELO DE ABREU:

“*Trata-se da segunda fase de evolução do entendimento acerca da igualdade. O objetivo é o de levar em consideração a máxima de que o igual deve ser tratado igualmente e o desigual, desigualmente, na medida exata de sua diferença. A desigualdade passa a ser entendida como a “contrarregra” ou regra negativa, porque expressamente admitida. Igualdade não é uniformidade de tratamentos, mas o tratamento proporcional e compensado de seres vários e desiguais. Isso se dá mediante a redescoberta do caráter relativo e relacional da*

igualdade. São inúmeras as situações de desigualdade que legitimam a aplicação e/ou criação de leis que no seu conteúdo tratam desigualmente os desiguais. Trata-se de uma exigência de legalidade isonômica". (Igualdade e Processo: posições processuais equilibradas e unidade do Direito. Revista dos Tribunais. p.38).

Assim, ante a plêiade de atividades consideradas como essenciais pelo Decreto Federal 10.282/20, certamente que a dispensa a todas as atividades de um tratamento isonômico, em descompasso com suas peculiaridades, notadamente quanto ao risco de contágio do coronavírus, é absolutamente injustificada, devendo as atividades receber tratamento desigual na medida de suas características específicas e em conformidade com medidas técnicas e científicas.

Nesta ordem de ideias, os critérios de discriminação são passíveis de controle intrínseco e extrínseco, neste jaez, quanto a sua compatibilidade com a ordem jurídica, adotando-se como parâmetros o fator eleito; sua correlação com a disparidade estabelecida e a consonância com os interesses em conflito.

A propósito sempre pertinente a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados. Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles” (O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade, 3ª Edição, 12ª Tiragem, Malheiros Editores, pág.21/22).

Pois bem. Do exame do seu texto, percebo que o Decreto nº 29.480 enunciou condicionantes gerais para todas as atividades econômicas (arts. 4º a 6º), e específicas em conformidade com a natureza das atividades, como restaurantes, padarias, feiras livres, lojas de conveniência, hipermercados e supermercados, Barbearias e salões de beleza, transporte coletivo, setor industrial, bares, cinemas, teatros e casas de show, agências bancárias e profissionais liberais, tratando de maneira específica das academias de esportes, e, dentro destas, em caráter escalonado, consoante a matriz de risco de contágio, em cinco classes, conforme a área do empreendimento, sendo a última, na qual se enquadram das Impetrantes, de igual ou superior a 75m², notadamente quanto à necessidade de agendamento prévio e limitação de alunos por turno.

Nesta senda, vislumbro que o critério de *discrimen* adotado (tratamento diferenciado das academias de esportes em relação a outras atividades econômicas e, dentro destas, de academias com menor área, até o limite de 75m², sendo as de área superior, igualadas quanto às restrições), reveste-se de justificativa racional, dada a necessidade de se coibir a aglomeração de indivíduos em ambiente tendencialmente periclitante para o contágio, guardando, assim, compatibilidade com o risco da atividade exercida, não se afigurando, em caráter prospectivo, violadora da isonomia.

Desta forma, não identifico o preenchimento do requisito concernente à relevância da fundamentação, o que me conduz ao indeferimento da medida liminar.

– **DISPOSITIVO** –

11. Isto posto **INDEFIRO** a medida liminar. **INTIME-SE**. Após, **NOTIFIQUE-SE** a Autoridade Coatora com segunda via apresentada com fotocópia da exordial e documentos para que preste informações no prazo de 10 (dez) dias e **CIENTIFIQUE-SE** o órgão de representação judicial do Município mediante vista dos autos.

12. Após, vista dos autos ao Ministério Público.

13. Em seguida, conclusos.

14. **CUMPRA-SE**, servindo via do presente como ato judicial dinâmico nos termos do Ofício Circular nº 70/2014. **Diligencie-se por Oficial de Justiça de Plantão.**

1Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. Saraiva, p.378-380.

CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM, Terça-feira, 9 de junho de 2020.

FREDERICO IVENS MINA ARRUDA DE CARVALHO
JUIZ DE DIREITO



Este documento foi assinado eletronicamente por FREDERICO IVENS MINA ARRUDA DE CARVALHO em 09/06/2020 às 11:33:31, na forma da Lei Federal nº. 11.419/2006. A autenticidade deste documento pode ser verificada no site www.tjes.jus.br, na opção "Consultas - Validar Documento (EJUD)", sob o número 01-3133-3578510.