



Mandado de Segurança nº 0028752-79.2020.8.19.0000

Impetrante: Gypsum Mineração, Indústria e Comércio Ltda.

Impetrado: Exmo. Sr. Prefeito do Município do Rio de Janeiro

Relator: Des. Custodio de Barros Tostes

DECISÃO

1- **Gypsum Mineração, Indústria e Comércio Ltda.** impetra mandado de segurança para prevenir-se da coação que atribuiu, originariamente, ao **Exmo. Sr. Governador do Estado do Rio de Janeiro** e, também, ao **Exmo. Sr. Prefeito do Município do Rio de Janeiro**.

Defende o direito líquido e certo a manter sua unidade industrial em funcionamento, agora sob o risco de fechamento obrigatório diante do iminente *lockdown* a ser decretado pelos impetrados, tal como se infere de inúmeras matérias divulgadas nas mídias.

Para tanto, pontua ser fabricante de placas de gesso e, como tal, uma das empresas contratadas para o fornecimento de material para a construção dos hospitais neste e em outros Estados da federação. Por isso, a atividade desenvolvida, apesar de associada à construção civil, é essencial e imprescindível à ampliação da rede de serviços de saúde neste momento de pandemia.

Nesta ordem de ideias, destaca que, para além de atuar no fornecimento de produtos destinados à construção de hospitais, age com cautela e segurança, isto é, adota todas as medidas necessárias à proteção de seus funcionários e a evitar a propagação do vírus, haja vista sua localização fora da zona urbana do Município do Rio de Janeiro, na região isolada do Distrito Industrial de Santa Cruz.

Distribuídos ao Eminentíssimo Desembargador Maurício Caldas, relator no Eg. Órgão Especial, sobreveio a decisão de fls. 19/24 a reconhecer a ilegitimidade passiva da autoridade estadual que dava o foro naquela unidade jurisdicional. Daí o declínio de competência para Câmara Isolada quando só subsistia no polo passivo o alcaide.

É o relatório. **DECIDO.**





Mandado de Segurança nº 0028752-79.2020.8.19.0000

No mérito, cumpre definir se é verossímil e urgente o direito ao funcionamento de indústria de fabricação de placas de gesso no contexto dos esforços de contenção da pandemia do novo coronavírus.

Em casos tais como o dos autos, colocam-se em linha de colisão dois valores constitucionalmente tutelados: a livre iniciativa (art. 1º, IV e 170 da Constituição Federal), de um lado, e o direito à vida e à saúde (art. 5º, *caput*), de outro.

Assim, considerando que nenhum direito fundamental é absoluto¹, cabe ao magistrado a ponderação entre os interesses constitucionalmente legítimos.

Ao fazê-lo, de rigor a observância regra da máxima observância e mínimo sacrifício dos direitos fundamentais envolvidos, conforme preceitua Canotilho:

No fundo, a problemática da restrição dos direitos fundamentais supõe sempre um conflito positivo de normas constitucionais, a saber entre uma norma consagrada de outro direito ou de diferente interesse constitucional. A regra de solução do conflito é a da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos e da sua mínima restrição compatível com a salvaguarda

¹ Essa relatividade das prerrogativas fundamentais é reconhecida pela doutrina: "(...) os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. (...) Até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada" (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. *Curso de Direito Constitucional*, pp. 230 e 231. São Paulo; Saraiva, 2007).

E também pela jurisprudência do Excelso S.T.F: "Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.". (RMS 23.452/RJ- Min. Rel. Celso de Mello- Pleno)





Mandado de Segurança nº 0028752-79.2020.8.19.0000

*adequada de outro direito fundamental ou outro interesse constitucional em causa.*²

Pois bem.

Nesta ordem de ideias, mas já na especificidade do caso concreto, logo avulta a superioridade apriorística do direito à saúde, sequaz ao direito à vida, porquanto seja condicionante de todos os demais. Trata-se, a meu sentir, de direito preferencial *prima facie*.

Neste sentido, se a preocupação em enfrentar a pandemia do novo coronavírus assume a primazia (*preferred position*), deve-se passar a norma disposta a seu favor pelo teste de proporcionalidade, método de sopesamento de direitos fundamentais.

Toma-se, então, o princípio da proporcionalidade por seus três núcleos de significado (subprincípios ou mandamentos parcelares, conforme refere a doutrina alemã):

O subprincípio da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da necessidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há também de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador.³ (proporcionalidade em sentido estrito).

² CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Fundamentos da constituição. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991, p. 134

³ Trecho do voto vista do Ministro Gilmar Mendes no RE 349703 / RS, julgado em 03/12/2008, pelo Plenário do E. Supremo Tribunal Federal





Mandado de Segurança nº 0028752-79.2020.8.19.0000

Pois bem. Vejamos como esta equação se desenvolve em cada um de seus testes.

I. QUANTO AO SUBPRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO

Nesta primeira análise, nada impugna a adequação da medida adotada. A rigor, parece inequívoco que o isolamento social, inclusive mediante fechamento amplo do comércio, materializa a prática mais bem recomendada na lida contra a pandemia.

Já foi adotada em todo o Brasil⁴, nos Estados Unidos⁵, Alemanha⁶, entre outros tantos países. Aliás, conforme se vê dos Anexos (fls. 32/34), trata-se de providência recomendada pelos especialistas que instruem as ações do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Portanto, neste setor, o poder de polícia municipal foi exercido na chave da integral idoneidade.

II. QUANTO AO SUBPRINCÍPIO DA NECESSIDADE

Quando se vai confrontar a decisão do administrador público em face das demais alternativas, assim como determina o artigo 20, § único da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁷, exige-se não só cautela, mas também a cooperação de todos os envolvidos.

Por isto, em uma questão tão inédita quanto complexa como a que se apresenta nestes autos, o exame da necessidade fica na contingência de

⁴ Vide, a propósito, a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

⁵ Vide, a propósito: <https://www.nytimes.com/2020/03/20/us/ny-ca-stay-home-order.html>. Acesso: Março, 2020.

⁶ Vide, a propósito: <https://valor.globo.com/mundo/noticia/2020/03/17/franca-adota-quarentena-alemanha-fecha-comercio.ghtml>. Acesso: Março, 2020.

⁷ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)





Mandado de Segurança nº 0028752-79.2020.8.19.0000

sugestões competentes a revelar o excesso do ato público desafiado. Em um cenário ainda incerto, não se conhecem totalmente as opções e o juiz não tem *expertise* técnica – sobretudo nesta investidura liminar – para substituir-se ao gestor.

Em outros termos, *“segundo a doutrina Chenery - a qual reconheceu o caráter político da atuação da Administração Pública dos Estados Unidos da América -, as cortes judiciais estão impedidas de adotarem fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais não têm a expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos (Economic Analysis of Law. Fifth Edition. New York: Aspen Law and Business, 1996, p. 671). Portanto, as escolhas políticas dos órgãos governamentais, desde que não sejam revestidas de reconhecida ilegalidade, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário.”* (AgInt no AgInt na SLS 2.240/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/06/2017, DJe 20/06/2017)

Nesta desafiante quadra histórica, tocou ao Prefeito do Rio de Janeiro, ungido pela democracia direta, uma *escolha trágica* entre a sustentação econômica e a higidez sanitária de uma metrópole. Cabe ao juiz, por seu turno, a deferência resignada daqueles que, pelo menos por ora, não conhecem melhor a matéria específica.

Aliás, celebre-se a liberdade de cada unidade federativa poder empreender suas próprias escolhas.

Isto porque a leitura da Constituição de 1988 revela que a confiança superestimada do constituinte originário no ente central fez com que a União, indevidamente agigantada, ocupasse todos os espaços federativos.

Nesta medida, relegou os Estados e – principalmente – os Municípios à função legislativa coadjuvante, sempre subordinados a uma ação supletiva da potência federal.

A lógica, natural da dinâmica centrífuga de formação do Estado Nacional Brasileiro, foi reiteradamente consolidada pela jurisprudência do E. Suprema Corte. Ao longo desta última experiência constitucional, as fronteiras de cooperação e coordenação entre as unidades federadas foram sempre pavimentadas por limites rígidos que delimitaram a primazia do interesse central.

Este movimento, contudo, gera deturpações no arranjo institucional brasileiro, posto que elimina o influxo pluralista na conformação jurídica de país





Mandado de Segurança nº 0028752-79.2020.8.19.0000

continental e diverso como o Brasil. A par disso, faz com que a única aposta possível seja em macrorreformas de impacto nacional, cujo malogro impactará homogênea e imediatamente toda a Nação.

Aliás, a problemática é melhor vocalizada por Daniel Sarmento, em doutrina essencial sobre o tema:

Ao invés de assumir os riscos envolvidos nas grandes apostas de reforma global das instituições nacionais, como tem sido feito, talvez seja melhor experimentá-las no plano local de governo. A aplicação de novas ideias ou arranjos políticos em algum estado ou município precursor pode servir como teste. É claro que muitas experiências podem dar errado, mas os riscos para a sociedade são menores do que quando se pretende realizar reformar nacionais de um só golpe. Não por outra razão, o Juiz Louis Brandeis, da Suprema Corte norteamericana, chamou os governos estaduais de 'laboratórios da democracia': 'É um dos felizes incidentes do sistema federal que um único e corajoso Estado possa, se os seus cidadãos escolherem, servir de laboratório; e tentar experimentos econômicos e sociais sem risco para o resto do país.'⁸

Tal é a relevância deste *laboratório de experiências constitucionais*, cenário de disputa e ensaio entre diversas propostas que não assumem, em uma álea inteiriça, todo o risco de fracasso de projetos menos aptos.

Segue-se disto a irrelevância do tratamento dado à matéria em São Paulo ou mesmo pelo Decreto Federal que disciplina normas gerais. A cada município, como se sabe, é dado legislar sobre o funcionamento do comércio local, como bem reconhece a jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal:

Enunciado sumular nº 419: Os Municípios têm competência para regular o horário do comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas.

⁸ SARMENTO, Daniel; PEREIRA NETO, Cláudio Pereira de. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 335.





Mandado de Segurança nº 0028752-79.2020.8.19.0000

Até porque, note-se, é possível que o padrão de consumo aqui tenha dispersão distinta daquele vivenciado na Bahia ou em Minas Gerais, de sorte que seja diferente a ameaça à saúde pública pelo funcionamento de um determinado tipo de atividade em cada um desses lugares.

Esta análise é do Chefe do Poder Executivo e, sem qualquer proposta alternativa por parte do agravante, deve prevalecer.

Arremate-se com o julgado específico do Excelso Supremo Tribunal Federal sobre o ponto específico. Porque ainda não publicado o acórdão, apresenta-se a decisão na medida cautelar posteriormente referendada pelo órgão Plenário:

SAÚDE – CRISE – CORONAVÍRUS – MEDIDA PROVISÓRIA – PROVIDÊNCIAS – LEGITIMAÇÃO CONCORRENTE. Surgem atendidos os requisitos de urgência e necessidade, no que medida provisória dispõe sobre providências no campo da saúde pública nacional, sem prejuízo da legitimação concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

(...)

Também não vinga o articulado quanto à reserva de lei complementar. Descabe a óptica no sentido de o tema somente poder ser objeto de abordagem e disciplina mediante lei de envergadura maior. Presentes urgência e necessidade de ter-se disciplina geral de abrangência nacional, há de concluir-se que, a tempo e modo, atuou o Presidente da República – Jair Bolsonaro – ao editar a Medida Provisória. O que nela se contém – repita-se à exaustão – não afasta a competência concorrente, em termos de saúde, dos Estados e Municípios. Surge acolhível o que pretendido, sob o ângulo acautelador, no item a.2 da peça inicial, assentando-se, no campo, há de ser reconhecido, simplesmente formal, que a disciplina decorrente da Medida Provisória nº 926/2020, no que imprimiu nova redação ao artigo 3º da Lei federal nº 9.868/1999, não afasta a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, Distrito





Mandado de Segurança nº 0028752-79.2020.8.19.0000

Federal e Municípios. (MC na ADI 6341 – Min. Rel. Marco Aurélio – Julgado em: 26/03/2020).

III. QUANTO AO SUBPRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

Como corolário do que já constou acima, fica obviamente enaltecido o binômio que articula a proporcionalidade em sentido estrito.

Mas, neste tópico, há um elemento de moderação.

Sem comprometer a higidez abstrata das providências para isolamento social da população, há de se obtemperar, como têm feito todas as legislações, o atendimento às necessidades essenciais da população, notadamente aquelas relativas à viabilização dos serviços de saúde.

Esta é a exceção que salva a regra.

Se o fechamento das atividades econômicas não pode alcançar, por exemplo, hospitais ou outros centros médicos, por exemplo, cumpre garantir que os respectivos estabelecimentos estejam bem equipados de tudo quanto for essencial ao seu funcionamento regular.

Sucedee, pois, que, conforme se vê de fls. 78 e ss. dos Anexos, o impetrante fornece placas de gesso para diversos hospitais. Por exemplo: em 29/04/2020, despachou carregamento para o HOSPITAL SAN PAOLO, o que voltou a fazer em 02/05/2020 (vide fls. 78/79). Sem prejuízo, também se constata, em sua clientela, o HOSPITAL SANTA TEREZA (CLÍNICA PIERRO LTDA.), a teor de fls. 82, o HOSPITAL INDEPENDÊNCIA (vide fls. 84), o HOSPITAL SANTA TEREZA (documentos às fls. 85), a CLÍNICA SÃO LUCAS (cf. fls. 91), a CASA DE SAÚDE SANTOS (comprovação às fls. 100), o DF EMPREENDIMENTOS HOSPITALARES E PARTICIPACOES LTDA. (nota-se de fls. 102), a FUNDAÇÃO CRISTIANO VARELLA (vide fls. 111), o HOSPITAL E MATERNIDADE SANTA MÔNICA (consta de fls. 121), entre outros.

Mais do que isso, verifica-se, pela leitura de todos os documentos, que a maioria dos pedidos é recente; alguns, inclusive, relacionados a obras de expansão.



Mandado de Segurança nº 0028752-79.2020.8.19.0000

Tudo para concluir que, no que interessa à manutenção de serviços essenciais, não é legítima, em consulta ao sobreprincípio da proporcionalidade em seus três mandamentos parcelares, o cerceamento às atividades que visam a prover hospitais e casas de saúde.

Em outros termos: se as autoridades sanitárias permitiram, porque não poderiam tê-lo feito de outro modo, a continuidade das atividades médicas, não podem embargar as prestações acessórias. Nas letras jurídicas, a teoria dos poderes implícitos faz ver que quem dá fins deve, também, prover os meios.

Portanto, razoável e inadiável o pedido formulado *initio litis*, pelo menos na parte em que corteja o atendimento das demandas médicas.

Ante o exposto, **DEFIRO PARCIALMENTE** a liminar em ordem a que o impetrado – ou algum de seus prepostos – não embarace o atendimento das demandas apresentadas, *exclusivamente*, por hospitais e centros médicos. Extrair-se-á alvará, o qual, desde que apresentado juntamente à nota fiscal do serviço ordenado pelo nosocômio, será suficiente a resguardar o funcionamento da impetrante unicamente na produção destinada a hospitais e a casas de saúde, sob pena de responsabilidade pessoal do fiscal que o inobservar.

Qualquer contratação contemplada pelo objeto desta decisão será comunicada nos autos em até 72 (setenta e duas) horas úteis, manifestação que virá acompanhada, minimamente, do pedido e da nota fiscal respectivos, além do plano de trabalho que deverá cumprir rigorosamente as diretrizes de segurança sanitária, sobretudo (i) utilização de mão-de-obra apenas indispensável ao atendimento da demanda e que não pertença a qualquer grupo de risco, preferencialmente em turnos de duração a menor possível; (ii) disponibilização de máscaras e outros equipamentos de proteção individual, evidenciada, ainda, a fiscalização para garantir a obrigatoriedade do uso; (iii) a manutenção dos transportes individuais já disponibilizados aos colaboradores; e (iv) garantia de isolamento superior a dois metros entre aqueles que forem chamados à produção.

Fica o impetrante advertido de que, acaso descumpra qualquer das condicionantes encimadas, deixará a proteção deste salvo conduto, e, com isto, além de se sujeitar ao poder de polícia municipal, pode ser penalizado por litigância de má-fé.





Mandado de Segurança nº 0028752-79.2020.8.19.0000

À Secretaria, **COM URGÊNCIA**, para as diligências, de ordem.

- 2- **REQUISITEM-SE** as informações do impetrado;
- 3- **INTIME-SE** o competente órgão de representação jurídica para impugnar;
- 4- Decorridos os prazos, com ou sem manifestação, **SIGAM** à d. Procuradoria de Justiça;
- 5- Tudo cumprido, **VOLTEM-ME** certificados.

Rio de Janeiro, na data da assinatura digital.

Desembargador **CUSTODIO DE BARROS TOSTES**
Relator

