



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE ILHABELA
 FORO DE ILHABELA
 VARA ÚNICA
 RUA BENEDITO DOS ANJOS SAMPAIO, 29, Ilhabela - SP - CEP
 11630-000

SENTENÇA

Processo nº: **1000401-22.2020.8.26.0247**
 Classe - Assunto: **Mandado de Segurança Cível - Moradia**
 Impetrante: **Rogério Mauro D`avola**
 Impetrado: **PREFEITURA MUNICIPAL DE ILHABELA**

Prioridade Idoso

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Vitor Hugo Aquino de Oliveira**

Vistos.

1. Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Rogério Mauro D`avola em face PREFEITURA MUNICIPAL DE ILHABELA.

Afirma, em síntese, que é proprietário/possuidor de imóvel no Município de Ilhabela-SP, estando impedido de acessar a cidade em razão das medidas protetivas impostas pela autoridade coatora.

A liminar foi indeferida (fls. 89/93)

Informações (fls. 99/109)

Houve manifestação do Ministério Público (fls. 133/134).

É o relatório.

Decido.

2. Presentes os pressupostos processuais positivos, ausentes os pressupostos processuais negativos, existentes as condições da ação e não havendo nulidades a serem declaradas, passo ao julgamento do **mérito**.

No mérito a segurança deve ser **concedida**.

Segundo estabelece o art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, “*conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*”.

Por se tratar de medida que visa imediata solução de um litígio, o mandado de segurança pressupõe a existência do chamado direito líquido e certo, que, conforme leciona Hely Lopes Meirelles: “*É o que se apresenta manifesto na sua existência,*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE ILHABELA
 FORO DE ILHABELA
 VARA ÚNICA
 RUA BENEDITO DOS ANJOS SAMPAIO, 29, Ilhabela - SP - CEP
 11630-000

delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Em outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso na norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais” (Hely Lopes Meirelles. Mandado de Segurança. 30ª ed. RT, p. 38).

Nesse contexto, embora o direito individual de locomoção esteja previsto na Constituição Federal, em seu artigo art. 5º, inciso XV, determinando que é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens, existindo também a garantia do direito de propriedade, que também está previsto no art. 5º, inciso XXII, da CF (é garantido o direito de propriedade), a qual deve atender à sua função social (art. 5º, XXIII, CF), tem-se, por certo que, nenhum direito é absoluto, havendo ressalvas no próprio texto Constitucional.

É certo que que a limitação dos direitos fundamentais é exceção na Constituição Federal, sendo cediço, contudo que sua tal limitação é possível, desde que, não seja permanente e haja respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, de modo que, faz-se necessário a definição do núcleo de proteção e, se for o caso, a fixação das restrições ou das limitações a esses direitos, o que a doutrina constitucional denomina Teoria do Limite dos Limites, proveniente do direito alemão "*Schranken-Scharanken*" (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 5ª Ed. Ver. Atual. São Paulo. Saraiva. 2010. p. 373).

A doutrina assevera que, esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se à "*necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas*". (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 5ª Ed. Ver. Atual. São Paulo. Saraiva. 2010. pg. 394).

Nesse sentido, a doutrina de André Ramos Tavares, "*o direito é concebido não como dotado de um valor incondicional em face das limitações, mas sim como algo*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE ILHABELA
 FORO DE ILHABELA
 VARA ÚNICA
 RUA BENEDITO DOS ANJOS SAMPAIO, 29, Ilhabela - SP - CEP
 11630-000

cuja virtualidade jurídica consiste na proibição do limite arbitrário, de modo que a garantia do conteúdo essencial, para essa teoria, não alude a um conteúdo no sentido usual desse termo, mas se reduz a um juízo de razoabilidade acerca das limitações impostas aos direitos fundamentais do Homem. Assim, a garantia constitucional não se presta de modo incondicional, mas sim como resistência diante da limitação injustificada" Tavares, André Ramos Curso de direito constitucional / André Ramos Tavares. – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Pag. 1560).

No caso dos autos, além da limitação imposta ao direito de locomoção e propriedade, mostra-se presente colisão entre direitos fundamentais (individuais – liberdade de locomoção/direito de propriedade e coletivo – Saúde), o que ser solucionado pela técnica da ponderação, confira-se:

"A ponderação é a técnica que o Direito concebeu para lidar com as tensões e colisões de direitos fundamentais entre si ou entre eles e outros bens jurídicos relevantes, protegidos constitucionalmente" (Luís Roberto Barroso, Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, Editora Saraiva, 8ª Edição. 2018, p. 510)

Quanto ao direito fundamental de locomoção, deve-se observar que o(a) impetrante é proprietário ou possuidor de bem imóvel nesta cidade, mas reside em outro Município, havendo mera supressão parcial de seu direito apenas no que se refere a locomoção intermunicipal.

Ademais, "não há direito absoluto à liberdade de ir e vir (CF, art. 5º, XV) e, portanto, existem situações em que se faz necessária à ponderação dos interesses em conflito na apreciação do caso concreto" (STF, HC 94147, Rel. Min. Ellen Gracie, DJE 13.06.2008).

Com relação ao direito fundamental da propriedade privada, inexistente qualquer ação concreta da Municipalidade em face do imóvel da parte autora, o qual, inclusive, deve atender à sua função social.

Por outro lado, a Saúde, como direito fundamental coletivo, é classificada dentro do grupo restrito dos direitos que compõe o mínimo existencial:

"Por ser indissociável do direito à vida e da dignidade da pessoa humana o direito à saúde possui um caráter de fundamentalidade que o inclui, não apenas dentre os direitos fundamentais sociais (CF, art. 6º), mas também no seletivo grupo de direitos que compõem o mínimo existencial" (Marcelo Novelino, Curso de Direito Constitucional, 13ª



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE ILHABELA
 FORO DE ILHABELA
 VARA ÚNICA
 RUA BENEDITO DOS ANJOS SAMPAIO, 29, Ilhabela - SP - CEP
 11630-000

Edição, Editora JusPodivum, 2018)

Contudo, o Poder Executivo Estadual e Municipal, a partir de 1º de junho de 2020, editaram, no âmbito da respectiva competência, atos normativos visando a retomada da atividade econômica nos respectivos territórios, fazendo com que o entendimento deste Juízo seja equalizado de acordo com as ações executivas que, de acordo com o que informado diuturnamente, seguem os parâmetros técnicos.

Nesse diapasão, conforme se tem decidido neste Juízo, quanto à competência legislativa e material do Município, as ações no âmbito do Sistema Único de Saúde são concorrentes aos Entes Federativos, vale dizer, União, Estados e Municípios (art. 198, CF).

Por sua vez, o art. 23, inciso II, da Carta Magna prescreve que é competência comum material ou administrativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. Portanto, constitucional e legal as ações da Municipalidade no âmbito material ou administrativo.

De outra parte, o artigo art. 24, inciso XII, da Carta da República, prescreve que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XII - previdência social, proteção e defesa da saúde.

Já o art. 24, §1º, da Constituição Federal diz que no âmbito da competência legislativa concorrente, a União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

Assim, a L 13979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública, ao prescrever a necessidade de recomendação técnica da ANVISA (art. 3º, VI) ou de autorização do Ministério da Saúde (art. 3º, §7º, II), em tese, extrapolou a competência legislativa da União para legislar de forma geral a respeito do tema, sobretudo diante da autonomia dos Entes Federados (art. 18, CF), o que foi reconhecido pelo E. Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI 6343 no dia 06 de maio de 2020: "i) suspender parcialmente, sem redução de texto, o disposto no art. 3º, VI, b, e §§ 6º e 7º, II, a fim de excluir estados e municípios da necessidade de autorização ou observância ao ente federal; e ii) conferir interpretação conforme aos referidos dispositivos no sentido de que as medidas neles previstas devem ser precedidas de recomendação



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ILHABELA
FORO DE ILHABELA
VARA ÚNICA
RUA BENEDITO DOS ANJOS SAMPAIO, 29, Ilhabela - SP - CEP
11630-000

técnica e fundamentada, devendo ainda ser resguardada a locomoção dos produtos e serviços essenciais definidos por decreto da respectiva autoridade federativa, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo".

Assim, a partir do momento que condicionada a adoção de um regime de restrição de circulação de pessoas a uma decisão do Ministério da Saúde, deixa de legislar de modo geral, passando a fazê-lo de forma específica, o que contraria a Constituição Federal.

Ressalte-se, ainda, que o procedimento prescrito pela Lei Federal, simplesmente, inviabiliza toda e qualquer ação dos demais Entes Federados, os quais possuem autonomia e competência material para cuidar da Saúde, impedindo-os de adotarem as medidas restritivas que entenderem capazes para amenizar as drásticas consequências da pandemia COVID19, conforme reconhecido, em sede liminar, pela Corte Suprema.

De qualquer modo, com relação a impugnada competência legislativa da Municipalidade, a despeito de não estar previsto no citado dispositivo da competência legislativa concorrente (art. 24, inciso XII, XF), inegável que poderão legislar a respeito de assuntos de interesse local (art. 30, incisos I e II, CF) e ao citado Ente Federado deve ser outorgada a possibilidade de legislar a fim efetivar a sua competência material, como o fez por meio do Decreto impugnado.

Além disso, especificamente, o artigo 30, inciso VIII, da Constituição Federal prevê que compete aos Municípios prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

Logo, visando à tutela coletiva do direito à saúde, a Municipalidade pode adotar as medidas, mesmo que restritivas, que se mostrarem necessárias para um momento de crise que vivemos.

Exclama-se, ainda, que nos autos da Reclamação nº 39976/SP, relator Ministro Luiz Fux não conheceu da ação interposta do Município do Guarujá, sendo que de obter dictum teria, tão somente, citado o que foi decidido pelo Juízo da citada Comarca, sem, adentrar, smj, no mérito na impossibilidade de imposição de circulação de pessoas ao



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE ILHABELA
 FORO DE ILHABELA
 VARA ÚNICA
 RUA BENEDITO DOS ANJOS SAMPAIO, 29, Ilhabela - SP - CEP
 11630-000

território municipal.

Nesse panorama e até a presente data, este Juízo, analisando a colisão entre os direitos fundamentais (individuais – liberdade de locomoção/direito de propriedade e coletivo – Saúde), com base na técnica da ponderação, pedia-se para prevalência do direito coletivo da Saúde Público.

Todavia, considerando as ações dos Poderes Executivos Estadual e Municipal arrefecendo as ações que incentivam e orientam os cidadãos de que se deve permanecer em seus domicílios, deve-se realizar as premissas anteriores, porque não se pode, por simples comodidade do Município, limitar, sobretudo, o inato direito de liberdade, vale dizer, o direito constitucional de ir e vir.

A partir do instante que o Poder Executivo entende, de acordo com os embasamentos técnicos e científicos, ser possível a retomada da atividade econômica, a execução de atividades esportivas ao ar livre, entre outras ações de retorno ao cotidiano que se tinha antes de março pp, a liberdade de ir e vir de todos os cidadãos deve prevalecer.

Além disso, ressalte-se que a partir do instante que o Poder Público pretende restringir a liberdade de ir e vir de qualquer cidadão, as duas decisões devem ser claras e atender aos requisitos legais dos atos administrativos.

Com efeito, a fim de possuir validade os atos administrativos devem ter os seguintes elementos: (i) competência, (ii) finalidade, (iii) forma, (iv) motivo e (v) objeto.

Revedo entendimento anterior, no presente caso, necessário se faz avaliar o preenchimento do requisito motivo, ou seja, aos pressupostos de fato e de direito que autorizam ou determinam a prática do ato.

Na hipótese dos procedimentos administrativos de pedido de ingresso no Município está-se diante de um ato administrativo discricionário, logo a Administração Pública deve fazer um juízo de valor de conveniência e oportunidade no acolhimento ou não do pedido.

Para externar a decisão a respeito do juízo de valor, a Administração Pública deve executar a motivação, ou seja, a declaração clara e expresse do porquê está restringindo o acesso de toda e qualquer pessoa que deseja ingressar no Município.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ILHABELA
FORO DE ILHABELA
VARA ÚNICA
RUA BENEDITO DOS ANJOS SAMPAIO, 29, Ilhabela - SP - CEP
11630-000

No caso em análise, trata-se, aparentemente, de resposta automática do sistema eletrônico criado para efetivar o procedimento administrativo, que produzirá um ato administrativo, sem qualquer motivação, tornando-se o ato nulo.

Logo, reconhecida a nulidade do ato administrativo que negou o pedido do(s) impetrante(s), é o caso de concessão da segurança pleiteada.

3. Ante o exposto, **concedo a segurança** postulada por **Rogério Mauro D`avola**, o que faço com resolução de mérito nos termos do artigo 487, inciso I, do CPC, para **autorizar de modo permanente a entrada** no Município de Ilhabela-SP.

Via digitalmente assinada da decisão de concessão da segurança servirá como ofício e MANDADO, providenciando os impetrantes a impressão para ser exibido aos prepostos da Municipalidade que estejam no terminal de embarque da Dersa S/A em São Sebastião ou Ilhabela.

Deixo de fixar honorários advocatícios por serem incabíveis à espécie, consoante art. 25 da Lei n. 12.016/2009.

Custas na forma da lei.

Ilhabela, 24 de junho de 2020.