



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0006492-77.2021.8.08.0000

DATA DA SESSÃO: 08/04/2021

REQTE: PROCURADOR GERAL DE JUSTICA DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO

REQDO: MUNICIPIO DE GUARAPARI E OUTRO

RELATOR: O SR. DESEMBARGADOR JORGE HENRIQUE VALLE DOS SANTOS

R E L A T Ó R I O

O SR. DESEMBARGADOR JORGE HENRIQUE VALLE DOS SANTOS (RELATOR):-

Cuidam-se os autos de representação de constitucionalidade proposta pela Procuradoria de Justiça e Governador do Estado do Espírito Santo visando, liminarmente, a suspensão dos efeitos da Lei Municipal n. 4.435/2020 de 30/07/2020.

A fim de fundamentarem seu pleito deduziram, em suma, que a mencionada lei, a qual reconhece e declara “como atividade essencial à saúde pública as atividades ligadas à Educação Física no âmbito do Município de Guarapari.”, viola formalmente e materialmente a constituição.

Na prática a referida lei municipal permite o funcionamento das academias de musculação, ginástica, natação, hidroginástica, artes marciais e todas as modalidades esportivas mesmo em período de calamidade pública, vedando o fechamento dos referidos estabelecimentos.

Afirmaram os requerentes que o referido normativo possui vício de iniciativa pois extrapola a competência legislativa municipal, uma vez que se descuidou em apenas suplementar a legislação estadual e federal, em verdade, contrariou normas sanitárias estaduais para enfrentamento da situação emergencial em razão do coronavírus (covid-19).

Sequenciaram dispondo sobre a invasão na competência privativa do Chefe do Poder Executivo para legislar sobre organização administrativa, já que o projeto de lei teve iniciativa parlamentar e, ainda, sobre a violação ao princípio da separação



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0006492-77.2021.8.08.0000

dos poderes.

Liminarmente visa a suspensão da eficácia da Lei 4.435/2020 com efeitos *ex tunc*.

A inicial foi protocolada por e-mail e veio acompanhada de diversos documentos.

No Plantão Ordinário do dia 19.03.2021 o Des. Carlos Simões Fonseca monocraticamente deferiu o pedido liminar com efeitos *ex nunc*, rogando pela submissão ao Plenário.

Em seguida, os autos foram distribuídos por sorteio a minha relatoria.

É o relatório.

Em observância ao disposto no artigo 10, §3º da Lei nº 9.868/1999, determino a **inclusão do presente feito na pauta de julgamento da próxima sessão do Tribunal Pleno submetendo à apreciação plenária a medida pretendida.**

Atente-se a Secretaria ao previsto na segunda parte do artigo 170 do Regimento Interno desta Corte.

Diligencie-se com urgência.

*

O SR. ADVOGADO RAFAEL INDUZZI DREWS:-

Senhor Presidente, eminentes Desembargadores; a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade versa sobre a Lei Municipal nº 4435/2021, do Município de Guarapari que estabelece essencialidade para a saúde pública, dos serviços de educação física e esportes. Determinando a proibição de fechamento de estabelecimentos afins.

De acordo com os precedentes do STF sobre esta matéria, bem como deste egrégio Tribunal de Justiça, é evidente a inconstitucionalidade da lei impugnada, pelo que deve ser julgada improcedente a presente ação.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0006492-77.2021.8.08.0000

Três são os motivos principais pelos quais se observa a inconstitucionalidade da norma impugnada. Em primeiro lugar, há vício formal na proposição legislativa, porque ao editar a lei em voga, o Município de Guarapari extrapolou a sua competência legislativa, invadindo o âmbito da competência concorrente do Estado para editar normas de interesse regional que dizem respeito ao enfrentamento da pandemia.

De fato, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal é sabido que no âmbito da competência concorrente, para legislar sobre proteção e defesa da saúde, incluindo-se as medidas de enfrentamento à pandemia, o município pode – em tese – complementar a legislação nacional e estadual, apenas e tão somente naquilo que disser respeito à matéria de interesse local. Sendo-lhe vedado, contrariar as regras estabelecidas na legislação estadual.

As medidas de enfrentamento à pandemia vêm sendo editadas e estabelecidas pelas autoridades estaduais sanitárias, a partir da sala de emergência em saúde pública e através de decretos editados, sucessivamente, que acompanham as situações de risco, mapeadas a cada semana, de acordo com situações concretas do nosso Estado.

Ao desrespeitar estas normas, que estabelecem que os serviços de educação física e atividades esportivas não são essenciais e estão vedadas, de acordo com a última normativa; é nítido que a legislação municipal impugnada atravessou o âmbito de competência que lhe caberia e contrariou a normativa estadual.

O segundo motivo de inconstitucionalidade da norma, também de índole formal, é que esta matéria é administrativa. De sorte que tendo sido proposta por iniciativa parlamentar, invade a competência privativa de iniciativa do chefe do executivo municipal.

O terceiro motivo, ao desrespeitar esta iniciativa privativa, nitidamente a lei municipal viola o princípio da independência e separação dos poderes, previstos na Constituição Estadual.

Esta matéria não é nova nesta Corte, já foi apreciada em mais de uma oportunidade e foi suspensa a eficácia de leis municipais que assim como a lei impugnada, pretendiam flexibilizar, no âmbito municipal, as diretrizes estaduais.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0006492-77.2021.8.08.0000

Este egrégio Tribunal entendeu que a pandemia de Covid-19, exatamente pelo seu caráter difuso, revela um enfrentamento que diz respeito à matéria de interesse regional, portanto de competência do Estado do Espírito Santo e não de competência estritamente local, sendo flexibilizada por normas municipais.

Forte nestes precedentes, requer a procedência da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, para declarar a inconstitucionalidade da norma impugnada. Muito obrigado!

*

O SR. PROCURADOR DE JUSTIÇA JOSEMAR MOREIRA:-
Eminentes Desembargadores;

A hipótese vertente refere-se à Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido liminar, proposta pela Exma. Sra. Procuradora-Geral de Justiça, juntamente com o Exmo. Sr. Governador do Estado, em face da Lei Municipal de Guarapari nº. 4435/2020, de 30 de julho de 2020, que institui “a *essencialidade para a saúde pública dos serviços de educação física, esportes e afins como forma de prevenir doenças físicas e mentais no âmbito do Estado do Espírito Santo*”, e portanto, proíbe a determinação de fechamento dos estabelecimentos vinculados às referidas atividades.

De saída e antes mesmo de pontuar as razões pelas quais a norma ora impugnada merece permanecer liminarmente suspensa, é de suma importância destacar que este e. Tribunal já deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, no sentido de determinar a suspensão da eficácia de normas assemelhadas a ora discutida, no curso da Ação Direta de Inconstitucionalidade 0018064-64.2020.8.08.0000, referente à Lei Municipal de Vitória, bem como na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 0019754-31-2020.8.08.0000, referente à Lei Municipal de Colatina.

Nas referidas ações diretas de inconstitucionalidade, em síntese, o cerne das discussões identificava-se com o mesmo objeto da presente ADI, ou seja, a impugnação de leis municipais editadas no sentido de suavizar as restrições de funcionamento do comércio, contrariando o regramento previamente estabelecido por legislação estadual para fins de controle da disseminação do coronavírus.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0006492-77.2021.8.08.0000

Feito o registro, o qual revela, de igual forma, a necessidade de suspensão liminar da norma ora impugnada, passo a discorrer sobre o presente caso para melhor elucidar a questão.

Conforme argumentação apresentada de forma exaustiva na exordial da presente ADI, a lei municipal padece de vícios de inconstitucionalidade formal e material, cuja vigência e eficácia colocam em grave risco a ordem e saúde públicas.

A fim de contribuir com a melhor contextualização dos fatos, pontuarei, em breve síntese, as razões pelas quais a Lei impugnada deve ter seus efeitos suspensos de forma imediata.

De saída, a lei sob análise revela uma extrapolação da competência legislativa municipal, na medida em que cabe ao Município, apenas e tão-somente, suplementar a legislação federal e estadual no que couber, na forma do art. 30, inciso II, da Constituição Federal, reproduzido nos arts. 20 e 28, inciso II, da Constituição do Estado do Espírito Santo.

Assim, não poderia a Lei municipal contrariar as regras estabelecidas na legislação estadual, editadas pelas autoridades sanitárias estaduais, o Governador do Estado e o Secretário de Estado da Saúde, para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus no Estado do Espírito Santo.

Como é de conhecimento público e notório, para o período de pandemia, o Estado estabeleceu critérios excepcionais para o funcionamento do comércio de uma forma geral e faz o acompanhamento constante, por intermédio da Secretaria de Estado da Saúde e demais órgãos e profissionais de suporte, no sentido de adaptar o arcabouço normativo à situação concretamente vivenciada pelo Estado em cada período.

É justamente neste sentido que o Estado realiza, de forma periódica, o mapeamento de risco de todos os Municípios de seu território, a fim de estabelecer as medidas qualificadas e o modelo de enfrentamento da pandemia mais apropriado ao contexto vivenciado.

O distanciamento de qualquer Município das diretrizes gerais estabelecidas pelo Estado é extremamente nocivo ao enfrentamento da crise e põe em vulnerabilidade



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0006492-77.2021.8.08.0000

o modelo adotado pelo Estado, notadamente em se tratando de município intimamente vinculado à região metropolitana da capital capixaba, cuja soma populacional, somada à localização geográfica, revelam alto potencial de circulação de pessoas e por consectário, do índice de transmissibilidade do vírus.

Ocorre que a norma ora impugnada dispõe que a prestação de serviços direcionada à prática de atividades físicas seria **essencial** para a manutenção da saúde, **ignorando completamente que o Município não tem competência** para tanto, além de subestimar todos os esforços do Estado para o enfrentamento da pandemia até aqui, inclusive desnaturando o mapa de risco adotado para a gestão da crise, que prevê medidas qualificadas para os Municípios, segundo cada nível de risco em que estiverem.

Assim, mesmo sendo competência dos Municípios a edição de lei de interesse local, nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição Federal, segundo jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal (Súmula Vinculante nº 38¹), **pode haver determinação estadual limitando o funcionamento de algumas atividades, como medida sanitária restritiva à liberdade para a contenção da transmissão do vírus, consoante decidido na ADPF 672.**

As restrições impostas ao regular o funcionamento do comércio local, estabelecidas em atos editados pelo Estado, têm por fundamento e base de validade uma necessidade de ordem sanitária, sob aspecto da profunda essencialidade da atividade, a partir de critérios técnicos e estrategicamente definidos pelo Estado.

Estabelecida tal permissa, as medidas adotadas pelo Estado têm o condão de vincular os Municípios, já que, em matéria de vigilância sanitária e epidemiológica, as administrações locais devem fiel observância às orientações emanadas da autoridade sanitária estadual, sob pena de invalidade de seus atos.

Neste sentido, as medidas decorrentes da coordenação das ações e dos serviços de vigilância epidemiológica e sanitária para o enfrentamento da pandemia não podem ser desrespeitadas pelos Municípios. São medidas

¹ Súmula Vinculante nº 38: "É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial".



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0006492-77.2021.8.08.0000

sanitárias para prevenção, controle e contenção de riscos, danos e agravos à saúde pública, em razão da emergência em saúde pública em decorrência do surto de coronavírus.

Assim, o controle dos índices de transmissibilidade do novo coronavírus deve ser efetivado de forma sistemática a partir de critérios científicos, com apoio de equipes multidisciplinares que integram os órgãos estaduais atuantes na área da saúde, capazes de identificar o modelo mais apropriado para cada momento concretamente vivenciado no território capixaba.

Inclusive, é de suma importância rememorar que o Supremo Tribunal Federal², em decisões com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, reconheceu expressamente a competência dos Estados em adotarem providências normativas e administrativas para a prevenção e controle da pandemia, além de apontar a autonomia dos Estados em determinarem medidas restritivas à liberdade para a contenção da transmissão do vírus.

Resguardou-se, assim, aos Municípios, apenas, a competência para apenas suplementar (ADPF 672, Rel. Min. Alexandre de Moraes, com medida liminar referendada pelo Plenário em 09/04/2020).

De qualquer sorte, ainda que se entendesse possível ao Município flexibilizar as medidas voltadas ao enfrentamento da pandemia editadas pelo Estado – o que se admite apenas para fins de argumentação –, há outra inconstitucionalidade insanável na lei aqui impugnada, **qual seja, o vício de iniciativa por invasão da competência privativa do Chefe do Poder Executivo para legislar sobre organização administrativa.**

Isso porque a lei em comento, editada por iniciativa parlamentar, trata de matéria tipicamente administrativa cuja instauração do processo legislativo é privativa do Chefe do Poder Executivo, conforme orientação do art. 63, e art. 91, incisos I e V, alínea 'a', cuja observância é obrigatória aos Municípios, nos termos do art. 20, todos da Constituição do Estado do Espírito Santo.

O estabelecimento de medidas para fiscalizar o funcionamento de atividades comerciais constitui matéria vinculada à administração do Município, e assim só

² ADI 6341, Rel. Min. Marco Aurélio; ADPF 672, Rel. Min. Alexandre de Moraes.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0006492-77.2021.8.08.0000

poderiam ser propostas pelo Chefe do Poder Executivo, o Prefeito, já que tais medidas implicam no exercício de ações e serviços de vigilância epidemiológica e sanitária, que são atribuições de órgãos do Poder Executivo.

Nota-se que a lei estabelece um verdadeiro protocolo para a flexibilização de funcionamento das atividades ligadas à Educação Física (art. 2º), impondo ao Executivo, inadvertidamente, o dever de estabelecer regras com a finalidade de regulamentar a forma de atuação dos respectivos estabelecimentos.

Assim, eventual norma relativa à matéria deveria ter partido de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, consoante orientação das regras encartadas no art. 63, c/c art. 91, incisos I e V, alínea 'a', ambos da Constituição Estadual, de aplicação simétrica no âmbito dos municípios (art. 20, CE).

Tem-se aí o que se denomina pela doutrina de reserva de administração, a qual, segundo pontuou o e. Ministro Celso de Mello no voto proferido no julgamento da ADI 236429, “[...] impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência político-administrativa do Poder Executivo. [...]”, porquanto “[...] em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. [...]”.

Como se vislumbra, a competência legislativa é, de fato, do Chefe do Poder Executivo, por se tratar de norma afeta à organização administrativa e pessoal da administração, e às atribuições de Secretaria Municipal.

Portanto, também por esse fundamento, tem-se claramente a inconstitucionalidade lei municipal aqui impugnada, por vício de iniciativa.

E finalmente, não se deve olvidar que a inobservância das regras constitucionais que dispõem sobre a iniciativa legiferante do Chefe do Poder Executivo, e o extrapolamento da competência suplementar reconhecida aos Municípios, **acarreta, obviamente, nítida afronta ao princípio da separação e independência dos poderes, cujo preceito, por reprodução obrigatória, está contido no art. 17 da Constituição do Estado do Espírito Santo.**

Isto porque, ao estabelecer a essencialidade dos serviços ligados à área de educação física, impondo ao município o **dever** de regulamentar as diretrizes para o funcionamento dos respectivos estabelecimentos, o legislador municipal invadiu a



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0006492-77.2021.8.08.0000

esfera da atividade administrativa típica do Poder Executivo e, dessa forma, subtraiu da referida autoridade a discricionariedade da administração, vulnerando o princípio da separação dos poderes.

Destarte, necessário se faz a concessão de medida cautelar na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, para o fim de suspender a eficácia da norma impugnada, com espeque no artigo 10 e seguintes da Lei Federal nº 9.868/1999, uma vez que a aplicação da lei aqui impugnada, cuja inconstitucionalidade restou devidamente demonstrada, traz inegável lesão à ordem pública.

Diante de todos os fatos e fundamentos expostos, infere-se que o requisito imprescindível à concessão de medida cautelar para suspensão da eficácia da norma impugnada - a probabilidade do direito – está suficientemente demonstrado, enfatizando a inconstitucionalidade formal e material da norma.

Lado outro, não se pode deixar de considerar que a elaboração do mapeamento de risco para a adoção de medidas qualificadas para o enfrentamento da pandemia leva em consideração critérios técnicos que consideram o enquadramento de cada Município do Estado em um nível de risco, entre baixo, moderado, alto e extremo, em caráter crescente de gravidade, com indicação das medidas qualificadas e ações que deverão ser executadas pelo Estado e pelos Municípios em cada nível, segundo a matriz de risco.

Admitir que a lei municipal aqui impugnada possa produzir efeitos resulta na inadmissível desnaturação desse mapa de risco adotado para a gestão da crise, subestimando todos os esforços do Estado para o enfrentamento da pandemia até aqui.

Causará, inclusive, efeitos colaterais imediatos nos índices de contaminação do vírus até mesmo nos municípios que compõem a região metropolitana, na medida em que o fluxo de pessoas entre as cidades da Grande Vitória, seja para trabalho ou lazer, constituiu uma realidade constante e incorporada à rotina desta parcela de população estadual.

Neste contexto, evidencia-se, de igual forma, a necessidade de suspensão cautelar da norma de forma imediata, tendo em vista que a postergação da medida causará uma desestabilização no controle de transmissão do vírus, cujo modelo de enfrentamento vem sendo executado pelo Estado.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0006492-77.2021.8.08.0000

Forte nos fatos e fundamentos acima elencados, requer o Ministério Público do Estado do Espírito Santo seja **ratificada**, por este e. Tribunal Pleno, a r. Decisão liminar proferida em sede de plantão ordinário do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo, a fim de que seja mantida a suspensão cautelar da eficácia do inteiro teor Lei Municipal de Guarapari nº. 4435/2020, de 30 de julho de 2020, nos moldes do art. 10, §3º, da Lei Federal nº 9.868/1999, com efeito *ex tunc*, até o julgamento do mérito desta ação.

*

V O T O

O SR. DESEMBARGADOR JORGE HENRIQUE VALLE DOS SANTOS (RELATOR):-

Consoante relatado, cuidam-se os autos de representação de constitucionalidade proposta pela Procuradoria de Justiça e Governador do Estado do Espírito Santo visando, liminarmente, a suspensão dos efeitos da Lei Municipal n. 4.435/2020 de 30/07/2020 com efeitos *ex tunc*.

A fim de fundamentarem seu pleito deduziram, em suma, que a mencionada lei, a qual reconhece e declara “*como atividade essencial à saúde pública as atividades ligadas à Educação Física no âmbito do Município de Guarapari*”, viola formalmente e materialmente a constituição.

Na prática a referida lei municipal permite o funcionamento das academias de musculação, ginástica, natação, hidroginástica, artes marciais e todas as modalidades esportivas mesmo em período de calamidade pública, vedando o fechamento dos referidos estabelecimentos.

Afirmaram os requerentes que o referido normativo possui vício de iniciativa pois extrapola a competência legislativa municipal, uma vez que se descuidou em apenas suplementar a legislação estadual e federal, em verdade, contrariou normas sanitárias estaduais para enfrentamento da situação emergencial em razão do coronavírus (covid-19).



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0006492-77.2021.8.08.0000

Sequenciaram dispondo sobre a invasão na competência privativa do Chefe do Poder Executivo para legislar sobre organização administrativa, já que o projeto de lei teve iniciativa parlamentar e, ainda, dispuseram na exordial sobre a violação ao princípio da separação dos poderes.

A inicial foi protocolada por e-mail e veio acompanhada de diversos documentos.

Antes dos autos serem distribuídos por sorteio a minha relatoria, no Plantão Ordinário do dia 19.03.2021 o Des. Carlos Simões Fonseca monocraticamente deferiu o pedido liminar com efeitos *ex nunc*, rogando pela submissão ao Plenário, exame que trago para exame dos colegas nesta oportunidade. Assim decidiu o douto Desembargador Plantonista:

“O GOVERNADOR DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO e a PROCURADORA GERAL DE JUSTICA DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO ajuizaram esta ação direta de inconstitucionalidade questionando a validade jurídica formal e material da Lei nº 4.435, de 30 de julho de 2020, do Município de Guarapari, que definiu “a essencialidade para a saúde pública dos serviços de educação física, esportes e afins como forma de prevenir doenças físicas e mentais no âmbito do Estado do Espírito Santo”.

Sustenta-se, em breve resumo, que referida legislação municipal padece de manifesta inconstitucionalidade formal porque (1) de um lado, a lei impugnada revela uma extrapolação da competência legislativa municipal, pois o Município pode, apenas e tão-somente, suplementar a legislação federal e estadual no que couber (art. 30, inciso II, da Constituição Federal, reproduzido nos arts. 20 e 28, inciso II, da Constituição do Estado do Espírito Santo), mas jamais contrariar as regras estabelecidas na legislação estadual, editadas pelas autoridades sanitárias estaduais (o Governador do Estado e o Secretário de Estado da Saúde – art. 71 da Lei Estadual nº 6.066/991), para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus (COVID-19) no Estado do Espírito Santo e porque (2) de outro lado, ainda que se entenda que o Município possua competência legislativa para dispor desse assunto, a lei, de iniciativa parlamentar, trata de matéria tipicamente administrativa, estando inquinada de vício de iniciativa, pois o processo legislativo, no caso, é de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0006492-77.2021.8.08.0000

iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, a teor do art. 61, §1º, inciso II, alínea 'e', c/c art. da 84, inciso VI, alínea 'a', ambos da Constituição Federal, norma este reproduzida na Constituição do Estado do Espírito Santo, no art. 63, parágrafo único, incisos III e VI, alínea 'c/c art. 91, incisos I e V, alínea 'a', cuja observância é obrigatória aos Municípios, nos termos do art. 20 da Constituição do Estado do Espírito Santo.

Afirmam, os requerentes, ainda, que a legislação padece de inconstitucionalidade material porque “a inobservância da norma de iniciativa das leis estatuídas nos arts. 63, parágrafo único, incisos III e VI, e 91, incisos I e V, alínea 'a', da Constituição Estadual, e o extrapolamento da competência suplementar reconhecida aos Municípios, acarreta, obviamente, nítida afronta ao princípio da separação e independência dos poderes, cujo preceito, por reprodução obrigatória, está contido no art. 17 da Constituição do Estado do Espírito Santo” (grifo nosso).

Com esses argumentos pleiteiam, liminarmente, medida cautelar para suspender, inaudita altera parte, a execução (eficácia) do inteiro teor da Lei nº 4.435, de 30 de julho de 2020, do Município de Guarapari, que definiu “a essencialidade para a saúde pública dos serviços de educação física, esportes e afins como forma de prevenir doenças físicas e mentais no âmbito do Estado do Espírito Santo”, com efeitos ex tunc.

É o relatório. Decido nos termos do art. 10, §3º da Lei nº 9.868/991 e do art. 169, b, do RITJES2, dada a excepcional urgência de apreciação do pedido liminar, diante os impactos da decisão combatida sobre a política pública de contenção ao COVID-19 no Município requerido.

De início, registro que o deferimento do pedido de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade depende da demonstração da presença concomitante de dois requisitos essenciais: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, o que passo a analisar como segue.

Com efeito, a Lei nº 4.435, de 30 de julho de 2020, do Município de Guarapari, não somente reconheceu e declarou, em seu art. 1º, como “atividade essencial à saúde pública as atividades ligadas à Educação



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0006492-77.2021.8.08.0000

Física no âmbito do Município de Guarapari”, como estabeleceu a vedação de determinação de fechamento das academias de musculação, ginástica, natação, hidroginástica, artes marciais e todas as modalidades esportivas, mesmo em período de calamidade pública. Ademais, previu a possibilidade de fixação, por decisão fundamentada da autoridade competente, de protocolos sanitários para o funcionamento destes estabelecimentos comerciais, com regras sobre limite de ocupação e outras medidas de contenção sanitária, de acordo com a gravidade da situação.

Tal regulamentação, por certo, autoriza o funcionamento de estabelecimentos não autorizados pelo Decreto Estadual n. 4.838-R, de 17 de março de 2021 que, com fundamento de validade na Lei Federal nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020 e no Decreto Federal nº 7616, de 17 de novembro de 2011, passou a disciplinar, em todo o território capixaba, “as medidas qualificadas extraordinárias pelo prazo de 14 (quatorze) dias para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus (COVID- 19) em todos os Municípios do Estado do Espírito Santo”.

Seu condão é, assim, flexibilizar - ou seja, tornar menos rígidas - as normas impostas pela legislação estadual.

Por força do referido Decreto n. 4.838-R, do Estado do Espírito Santo, restou definido, em relação aos Municípios caracterizados como risco extremo – que é o caso do Município de Guarapari, atualmente – o rol das atividades consideradas essenciais e cujo funcionamento restaria permitido e, dentre elas, não se encontram academias de musculação, ginástica, natação, hidroginástica, artes marciais e todas as modalidades esportivas, como previsto na legislação municipal em análise.

Colocadas estas premissas fáticas, volto-me à jurisprudência que vem se formando no âmbito do Supremo Tribunal Federal – e replicada neste eg. TJES - acerca da divisão de competências entre os entes federados para o devido enfrentamento das questões relativas à pandemia da COVID-19 e verifico que a Corte Suprema tem firmado o entendimento de que a competência estabelecida pela Constituição Federal para a adoção de medidas no combate à pandemia da Covid-19 é concorrente, mas que a regulamentação do interesse local (ou seja, Municipal), deve respeitar as



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0006492-77.2021.8.08.0000

normas gerais editadas pelo ente estadual. É o que se infere, a título de exemplo, da decisão proferida pelo excelso Ministro Dias Toffoli na Suspensão de Tutela Provisória nº 334/MG, datada de 03 de junho de 2020, in verbis:

“É bem verdade que a competência legislativa dos entes federados para a adoção de medidas no combate à pandemia da Covid-19 é concorrente.

Daqui não se pode extrair, porém, interpretação contrária ao que dispõe a decisão impugnada, no sentido de que seria permitido ao Município autorizar o reabertura de estabelecimentos comerciais que foram expressamente incluídos pela norma estadual dentre aqueles que estão impedidos de retomar o funcionamento.

É dizer: na regulamentação do interesse local em matéria de competência concorrente, não se pode simplesmente contrapor ou desfazer as normas gerais editadas. Conforme tem destacado o Supremo Tribunal Federal na análise de pedidos referentes aos efeitos da pandemia de COVID-19, a tentativa de equacionar os inevitáveis conflitos federativos, sociais e econômicos existentes, bem como a gravidade da situação vivenciada exigem a tomada de medidas coordenadas e voltadas ao bem comum, sempre respeitadas a competência constitucional e a autonomia de cada ente da Federação.

Esse entendimento foi explicitado pelo Plenário desta Suprema Corte no referendo da medida cautelar proferida na ADI 6.341, ao se consignar que o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, sem prejuízo da atribuição de cada esfera de governo, nos termos do art. 198, I, da Constituição Federal. Sobre o tema, também deve ser destacada a decisão monocrática proferida pelo ilustre Ministro Alexandre de Moraes, ao apreciar a ADPF nº 672.

(...)

Deveras, o Supremo Tribunal Federal tem seguido essa compreensão, forte no entendimento de que a competência da União para legislar sobre assuntos de interesse geral não afasta a incidência das normas estaduais



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0006492-77.2021.8.08.0000

e municipais expedidas com base na competência legislativa concorrente, devendo prevalecer aquelas de âmbito regional, quando o interesse sob questão for predominantemente de cunho local.

Trata-se da jurisprudência já sedimentada neste Tribunal, no sentido de que, em matéria de competência federativa concorrente, deve-se respeitar a denominada predominância de interesse.

Nessa conformidade não parece ter agido o chefe do Poder Executivo do Município de Santana do Paraíso/MG ao editar o aludido decreto, de sorte que suspender a decisão ora objurgada é que implicaria em risco à ordem administrativa, pois autorizaria a abertura de estabelecimentos comerciais cujo funcionamento foi expressamente proibido pela norma estadual, em desconformidade ao juízo e à análise do interesse regional.

É dizer: o Município detém competência legislativa para dispor sobre a matéria, mas não para contrariar frontalmente as normas gerais já estabelecidas a nível regional. Não se ignora que a inédita gravidade dessa situação impôs drásticas alterações na rotina de todos, atingindo a normalidade do funcionamento de diversas atividades econômicas e do próprio Estado, em suas diversas áreas de atuação.

Todavia, exatamente em função da gravidade da situação, exige-se a tomada de medidas coordenadas, não se podendo privilegiar determinado segmento da atividade econômica em detrimento de outro, ou mesmo em do próprio planejamento estatal, a quem incumbe, precipuamente, guiar o enfrentamento coletivo aos nefastos efeitos decorrentes dessa pandemia.”

Vê-se, que, a respeitar o disposto no art. 30, I e II, da Constituição Federal³, bem como nos art. 28, I e II, da Constituição Estadual⁴, não é dado ao Município legislar sobre matéria de competência concorrente (como é a hipótese de adoção de medidas para o combate à pandemia da COVID-19) que extrapola o interesse local e, neste caso concreto, resta claro que a regulamentação da legislação impugnada abarca interesse regional, ou seja, de âmbito estadual, já que a autorização de funcionamento de estabelecimentos comerciais fora das hipóteses previstas na legislação estadual, considerado o contexto atual da



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0006492-77.2021.8.08.0000

pandemia do novo coronavírus, pode frustrar todo o plano estadual de contenção do vírus, além de afetar a administração dos leitos de UTI espalhados por todo o Estado, especialmente se tratando do município que é a capital do estado e em que estão localizados muitos dos estabelecimentos comerciais mais procurados pela população capixaba.

Vale ressaltar que a Súmula Vinculante nº 38 do Supremo Tribunal Federal - que determina a competência do Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial - não se aplica favoravelmente ao Município requerido porque não cuida, especificamente, da situação de emergência de saúde pública decorrente do surto do novo coronavírus. No sentido, colhe-se trecho de decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux na RCL nº 39.790 do STF, apresentada pelo Município de Pedro Canário (ES):

"De fato, a SV 38 se refere expressamente ao horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais, pressupondo, a meu sentir, ainda que implicitamente, situação de normalidade social – inclusive porque pressupõe que os estabelecimentos comerciais estejam abertos e funcionando. É justamente esta situação pressuposta de normalidade social que caracteriza a disciplina do funcionamento de estabelecimentos comerciais como matéria de interesse exclusivamente local. Não é esta a realidade dos correntes dias, nada obstante. Como é sabido, o Brasil e o Mundo enfrentam hoje grave crise, decorrente da pandemia da Covid-19, cujos efeitos, por óbvio, extrapolam as fronteiras dos continentes e países. Numa tal situação, faz-se necessária, mais que nunca, a 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. (...) Não há, pois, que se falar em existência de mera questão de interesse local na hipótese, de sorte que resta afastada a incidência da Súmula Vinculante 38".

No sentido, colaciono ementa de julgamento liminar proferido pelo eg. TJES, do qual fui relator:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0018064-



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0006492-77.2021.8.08.0000

64.2020.8.08.0000 REQUERENTE: GOVERNADOR DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO e a PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO REQUERIDOS: CAMARA MUNICIPAL DE VITORIA e MUNICIPIO DE VITORIA RELATOR: DES. CARLOS SIMÕES FONSECA EMENTA CONSTITUCIONAL - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MEDIDA CAUTELAR LEI 9.670, DE 25 DE AGOSTO DE 2020, DO MUNICÍPIO DE VITÓRIA FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS DE CONTENÇÃO DA PANDEMIA DA COVID-19 ATUAÇÃO QUE EXTRAPOLA O INTERESSE LOCAL INCONSTITUCIONALIDADE DEMOSNTRADA FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA DEMONSTRADOS - MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. 1. O deferimento de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade submete-se à necessidade da presença concomitante do fumus boni iuris e do periculum in mora . 2. Neste caso concreto, o texto legal atacado opera uma flexibilização, ou seja, torna menos rígidas normas estaduais de contenção da pandemia da COVID-19, ao autorizar o funcionamento de estabelecimentos comerciais em horários muito diversos daqueles estabelecidos pela legislação estadual e autoriza, inclusive, o atendimento presencial de bares, o que é proibido pela legislação estadual até o dia 31 de agosto corrente. 3. A respeitar o disposto no art. 30, I e II, da Constituição Federal, bem como nos art. 28, I e II, da Constituição Estadual, não é dado ao Município legislar sobre matéria de competência concorrente (como é a hipótese de adoção de medidas para o combate à pandemia da COVID-19) que extrapola o interesse local e, neste caso concreto, resta claro que a regulamentação da legislação impugnada abarca interesse regional, ou seja, de âmbito estadual, já que a autorização de funcionamento de estabelecimentos comerciais fora das hipóteses previstas na legislação estadual, considerado o contexto atual da pandemia do novo coronavírus, pode frustrar todo o plano estadual de contenção do vírus, além de afetar a administração dos leitos de UTI espalhados por todo o Estado, especialmente se tratando do município que é a capital do estado e em que estão localizados muitos dos estabelecimentos comerciais mais procurados pela população capixaba. (...) 5. Presentes o fumus boni iuris e o periculum in mora, pressupostos essenciais ao deferimento do pedido cautelar formulado no bojo da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, há possibilidade de suspensão imediata da vigência da norma cuja constitucionalidade ora se questiona. 6. Medida cautelar deferida. (TJES, Classe: Direta de



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0006492-77.2021.8.08.0000

Inconstitucionalidade, 100200052858, Relator : CARLOS SIMÕES FONSECA, Órgão julgador: TRIBUNAL PLENO, Data de Julgamento: 27/08/2020, Data da Publicação no Diário: 04/09/2020)

Diante de todo o exposto, resta clara, pelo enfrentamento do primeiro fundamento desta ação direta de inconstitucionalidade, a inconstitucionalidade, in totum, da Lei nº 4.435, de 30 de julho de 2020, do Município de Guarapari, por violação da distribuição de competência determinada pela Constituição Federal e de observação obrigatória pela Constituição Estadual.

Por outro lado, caracterizado também o vício de iniciativa para a criação da legislação impugnada.

A legislação em comento imiscui-se na atividade administrativa e organizacional deste ente federado, o que impõe a observância da competência do Chefe do Poder Executivo Municipal para iniciar o referido processo legislativo, nos termos dos arts. 61, §1º, II da CF/88 e art. 63, parágrafo único, III e IV e art. 93, I e V, ambos da Constituição Estadual.

Entretanto, considerando que o processo legislativo que culminou na elaboração da Lei em referência foi iniciado na própria Câmara Municipal, evidencia-se o vício de iniciativa alegado na petição inicial desta ação direta de inconstitucionalidade.

Neste contexto, entendo presente o *fumus boni iuris* necessário ao deferimento da medida cautelar pleiteada.

Ademais, dada a evolução da pandemia no contexto estadual neste momento atual e a possibilidade de a eficácia da legislação impugnada provocar a evolução negativa dos casos até então registrados, que já sobrecarregam demasiadamente os sistemas de saúde público e privado do Estado, entendo presente também o *periculum in mora* exigido para o deferimento da medida cautelar e mais, presente a excepcional urgência que autoriza o seu deferimento *inaudita altera pars* (art. 10, §3º da Lei nº 9.868/99).



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0006492-77.2021.8.08.0000

Diante da presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* em favor dos autores, pressupostos essenciais ao deferimento do pedido cautelar formulado no bojo desta Ação Declaratória de Inconstitucionalidade DEFIRO o pedido liminar formulado pelos requerentes determinar que a suspensão da eficácia da Lei nº 4.435, de 30 de julho de 2020, do Município de Guarapari, com efeitos *ex nunc*, a fim de preservar o princípio da segurança jurídica, ad referendum do Tribunal Pleno deste eg. TJES.

Cumpra-se por oficial de justiça de plantão, com a urgência que o caso requer.

Intimadas as partes, redistribuam-se os autos ao juízo natural da demanda (no caso, um dos Desembargadores que compõem o Tribunal Pleno deste e. Tribunal de Justiça) para que submeta, se assim entender, esta decisão preliminar à apreciação dos eminentes pares que integram este Egrégio Tribunal Pleno (art. 10, §3º da Lei n.º 9.868/99).

Vitória (ES), 19 de março de 2021, às 00:20h.

DES. CARLOS SIMÕES FONSECA
Plantonista ”

Nesse sentir, certo que a convicção externada no *decisum* monocrático também reflete meu entendimento, especialmente diante do Decreto Estadual n 4838-R de 17/03/2021; das novas variantes já presentes no nosso Estado – as quais revelam-se mais letais; bem como o baixo número de leitos de UTI disponíveis tanto na rede pública como particular estadual.

Pelo exposto, manifesto-me pelo referendamento da medida cautelar concedida no plantão.

Após, venham os autos conclusos para exame do pedido de ingresso na qualidade de *amicus curiae*.

É como voto.

*



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0006492-77.2021.8.08.0000

V O T O S

O SR. DESEMBARGADOR ADALTO DIAS TRISTÃO:-
Acompanho o voto do Eminentíssimo Relator.

*

PROFERIRAM IDÊNTICO VOTO OS EMINENTÍSSIMOS DESEMBARGADORES:-

MANOEL ALVES RABELO;
PEDRO VALLS FEU ROSA;
SERGIO BIZZOTTO PESSOA DE MENDONÇA;
ANNIBAL DE REZENDE LIMA;
SERGIO LUIZ TEIXEIRA GAMA;
FABIO CLEM DE OLIVEIRA;
SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR;
NEY BATISTA COUTINHO;
JOSÉ PAULO CALMON NOGUEIRA DA GAMA;
CARLOS SIMÕES FONSECA;
NAMYR CARLOS DE SOUZA FILHO;
DAIR JOSÉ BREGUNCE DE OLIVEIRA;
TELÊMACO ANTUNES DE ABREU FILHO;
WILLIAN SILVA;
ROBSON LUIZ ALBANEZ;
WALACE PANDOLPHO KIFFER;
JORGE DO NASCIMENTO VIANA;
FERNANDO ESTEVAM BRAVIN RUY;
EWERTON SCHWAB PINTO JÚNIOR;
FERNANDO ZARDINI ANTONIO;
ARTHUR JOSÉ NEIVA DE ALMEIDA e
ELISABETH LORDES.

*



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRIBUNAL PLENO

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 0006492-77.2021.8.08.0000

D E C I S Ã O

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: à unanimidade, deferir a liminar, nos termos do voto do eminente Relator.

*

*

*

*cmv**