Registro: 2021.0000177154

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1026265-62.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante ELEGANS CLINICA DE ESTÉTICA LTDA, é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUBENS RIHL (Presidente) E LUÍS FRANCISCO AGUILAR CORTEZ.

São Paulo, 11 de março de 2021.

DANILO PANIZZA
Relator
Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1026265-62.2020.8.26.0053

Apelante: Elegans Clínica de Estética Ltda.

Apelada: Prefeitura Municipal de São Paulo.

Juiz sentenciante: *José Eduardo Cordeiro Rocha.*

Voto nº 37.533

APELAÇÃO – Mandado de segurança – Estabelecimento comercial – Prefeitura Municipal de São Paulo – Pretensão em afastar autuação por parte da Administração Pública, ora lavrada por infringência ao Decreto Municipal nº 59.298/2020, em razão do funcionamento pleno de estabelecimento empresarial, sob argumento de que tal Decreto Municipal nº 59.298/2020 (art. 2º) estabelece que a suspensão das atividades não se aplica as empresas com atividades essenciais previstas em seu Anexo Único (item 21 e 21.1), como o caso da Impetrante – Denegação da ordem – Mantença – Análise do objeto social que evidencia atividade preponderante voltada aos serviços de beleza, com a realização de procedimentos estéticos corporais e faciais e spa, tanto que restou incontroverso, nos presentes autos, a presença de Clientes/Pacientes no local durante a fiscalização – Competência comum do Estado para legislar sobre prevenção e conservação da saúde.

Precedentes deste E. Tribunal.

Decisão mantida.

Recurso desprovido.

Vistos.

Elegans Clínica de Estética Ltda. interpôs mandado de segurança contra ato coator emanado pelo Secretário Municipal das Prefeituras Municipais, perante o Juízo da 14ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, sustentando que recebeu fiscalização em seu estabelecimento, recebendo notificação para pagamento da multa nº 17.733-4, no importe de R$ 9.231,65, porque teria descumprido norma

municipal que veda atendimento presencial ao público durante a quarentena decretada por força da pandemia causada pela COVID-19. Aduz que sua atividade está prevista nos itens 21 e 21.1 do Anexo Único do Decreto Municipal nº 59.298/2020 e que ilegal a exigência da municipalidade. Pretende a concessão da segurança para fins de compelir a autoridade coatora a cancelar tal penalidade indevidamente imposta. Pede a procedência da ação.

A douta Promotoria de Justiça Estadual de Mandados de Segurança e Ações Populares **opinou** pela denegação da ação mandamental (fls. 214/216).

A r. sentença de fls. 190/198, julgou **improcedente** a ação mandamental, denegando a segurança, com julgamento do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do CPC. Sem condenação em honorários advocatícios de sucumbência (art. 25, de Lei nº 12.016/09), consignou que eventuais custas pela Impetrante.

Consta a interposição de **embargos de declaração** (fls. 202/205), ora pela Impetrante Elegans Clínica de Estética Ltda., os quais foram rejeitados (fl. 220).

A Impetrante Elegans Clínica de Estética Ltda. **apelou** a partir de fl. 235, reiterou os termos expostos em peça de defesa, mormente sustentando que sofreu fiscalização em seu estabelecimento comercial, de maneira hostil; que as atividades prestadas pela Impetrante enquadram-se no item 21 e 21.1 do Anexo Único e, de maneira nenhuma, por força de Lei, não poderia haver a atuação em questão, pois estavam formalmente autorizadas e poderiam ser realizadas, para todos os fins e efeitos de direito e que o Decreto Municipal nº 59.335/2020 prorrogou a data da suspensão das atividades até o dia 22 de Abril do

corrente ano e a suposta infração ocorreu na data de 27 de Abril, ou seja, fora da vigência da norma. Assim, postula pelo afastamento da multa imposta, pedindo reforma e provimento do recurso.

Contrarrazões (fls. 246/272).

É o relatório.

Pelo depreendido dos autos, a questão é exclusivamente de direito, sendo certo que o contexto de ordem fática está adstrito aos documentos e provas já existentes nos autos, propiciando o conhecimento de plano da matéria.

No **mérito**, em que pese a combatividade da nobre patrona da apelante, tem-se que a r. sentença decidiu com acerto a questão, que é fundamentalmente fática e de análise do conjunto probatório dos autos.

Trata-se de ação mandamental em que a Impetrante Elegans Clínica de Estética Ltda. Me, aduzindo ser pessoa jurídica que atua no ramo médico ambulatorial para realização de procedimentos cirúrgicos, impetrou em face do ato praticado pelo Secretário Municipal das Prefeituras Municipais, alegando violação de direito líquido e certo.

Acresce-se, relatando, em suma, que após ação de fiscalização em seu estabelecimento, realizada de forma hostil por fiscal municipal e policial civil, recebeu notificação para pagamento da multa nº 17.733-4, no importe de R$ 9.231,65, porque teria descumprido norma municipal que veda atendimento presencial ao público durante a quarentena decretada por força da pandemia causada pela COVID-19.

Neste mister, afirma que sua atividade está prevista nos itens 21 e 21.1 do Anexo Único do Decreto Municipal nº 59.298/2020 e que ilegal a exigência da municipalidade. Assim, postula provimento

jurisdicional para fins da almejada concessão da segurança para que a autoridade impetrada cancele a penalidade indevidamente imposta, no valor de R$ 9.231,65.

A propósito, evidencia-se que das provas dos autos, denota-se que a presença da notificação (fls. 25), porquanto consta descrito como fato constitutivo da infração e preceito legal violado: *"Por manter atendimento presencial ao público em desconformidade com o Decreto 59.298/2020 (situação de emergência/Covid-19) conforme Lei 16.402 de 22/03/16 artigo 141, inciso III. Conforme Decreto 59.298 de 23/03/20 artigo 6, parágrafo 2º"*.

Destarte, ao contrário do sustentado, o prazo previsto no artigo 1º do Decreto Municipal nº 59.298/2020, que suspende o atendimento presencial ao público em estabelecimentos comerciais e de prestação de serviço, foi prorrogado até o dia 10 de maio pelo Decreto nº 59.363/2020, afastada, portanto, a alegação de que a suposta infração ocorrera fora da vigência da norma.

O art. 2º do Decreto 59.298/2020 dispõe que *"A suspensão a que se refere o artigo 1º deste decreto não se aplica aos estabelecimentos que tenham por objeto atividades essenciais relacionadas no Anexo Único deste decreto."*

Da leitura dos itens 21 e 21.1 do Anexo Único depreende-se, com clareza, acerca da comercialização dos produtos nele inseridos, dentre eles os de higiene.

Contudo, o Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral apresenta como Código e Descrição da Atividade Econômica Principal: *"86.30-5-01 - Atividade médica ambulatorial com recursos para realização de procedimentos cirúrgicos"* e Atividades Secundárias:

"96.02-5-02 - Atividades de estética e outros serviços de cuidados com a beleza" e *"47.72-5-00 - Comércio varejista de cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal"* e da análise dos autos não consta nenhuma comprovação dos produtos comercializados pela parte constarem do rol tido como atividade essencial, ao revés, a própria Impetrante afirma da ampliação do objeto social, devidamente registrada no órgão competente, para ofertar *"Procedimentos de Estética Realizados por Médicos Devidamente Habilitados"*, implicando a preponderância de atividade estética e não comercialização de produtos de higiene.

Anote-se, ainda, que o atendimento ao público em salões de beleza, serviços de beleza, estéticos e afins, somente foi autorizado, desde que cumprido o protocolo sanitário do respectivo setor pela Portaria Prefeitura nº 696, de 04 de julho de 2020, portanto, muito após a lavratura da infração, ora discutida.

Mister se faz necessário, mesmo que possa assistir razão à Impetrante ao arguir que o comércio de produtos de higiene pessoal foi considerado serviço essencial, excepcionado pelo art. 2º, §1º, do Decreto Estadual nº 64.881, de 22.03.2020, registra-se quando da fiscalização, a autoridade coatora constatou-se que a Impetrante comercializa produtos de higiene pessoal e beleza, o que inclusive restou incontroverso nos autos, porém que esta também atendia clientes e funcionava como clínica de estética, o que não era permitido pelo referido Decreto.

Acresce-se, por consequência, peculiar situação da Impetrante está inscrita na JUCESP como clínica de estética, o que explica os pacientes/clientes no recinto no momento da fiscalização. Desta forma, a Impetrante se apresenta, na realidade, como clínica de

estética, que não foi incluída como serviço essencial, pelo citado Decreto, tendo sido, por esse motivo, autuado seu estabelecimento.

Cabe salientar que o Decreto Municipal nº 59.298/2020 (situação de emergência/Covid-19) como ali consignado, não se ignora o direito da liberdade constitucional de ir e vir, bem como sua atividade comercial, mas sim se busca preservar a saúde coletiva, consequentemente a própria saúde de cada pessoa, ora com o único objetivo de resguardar o interesse da coletividade na prevenção do contágio e no combate da propagação do Coronavírus.

Mas, o contexto é por demais amplo, tanto que antecedente posicionamento do STF, por analogia, ressalvava: "*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*" (HC 94147, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 13.06.2008).

Esta é uma situação de suma excepcionalidade e tem como objetivo a tutela coletiva do direito à saúde; daí, a viabilidade de o Município ter atribuições para medidas de excepcionalidade, de ordem restritiva (ADI n. 6341/DF e ADF 672/DF), condizente, inclusive, com o **princípio da precaução** previsto no artigo 225, da Constituição Federal.

Em arremate, consigna-se ser plausível tal procedimento administrativo, porquanto, inclusive, por analogia, devidamente amparado pelo enunciado da Súmula Vinculante nº 38, do Supremo Tribunal Federal: *"É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial."*

Assim, nesta toada, perfaz de rigor a autuação, por parte da Administração Pública, em razão do funcionamento pleno de

estabelecimento empresarial fora dos padrões estabelecidos em norma vigente, ora em caráter excepcional, pois tais restrições, reprisa-se, buscou resguardar a saúde e minorar, no que for possível, os meios de contato, salvo realmente com relação às atividades essenciais, em prol da proteção da saúde da população.

Neste sentido, cabe neste caso reproduzir entendimento exposto por esta relatoria que vai de encontro ao posicionamento desta Câmara, por amoldável à espécie, cita-se julgados, sobre o tema ora versado:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO Mandado de segurança Liminar indeferida Pretensão de autorização de funcionamento da atividade empresarial de academias de esporte, salões de beleza, barbearias e clínicas de estética, durante medida de contenção da pandemia de coronavírus Norma estadual (Decreto Estadual 64.881, de 2020) que suspende o funcionamento da referida atividade Prevalência da norma estadual, de acordo com precedente do E. STF, na ADPF 672-DF, Min. Alexandre de Moraes, decisão de 8.4.2020 Ausência de teratologia ou omissão no Decreto Estadual Medida de contenção que vai além do impacto local, a reclamar centralização de comando estratégico de ação e congruência normativa em medidas de exceção, no âmbito regional, mas não avança, no caso, em impacto de interesse nacional Ausência dos requisitos autorizadores da concessão da liminar em mandado de segurança Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO." (Agravo de Instrumento nº 2124859-59.2020.8.26.0000, Des. **Vicente de Abreu Amadei,** j. em 23.06.2020).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO ESTABELECIMENTO

EMPRESARIAL - COVID-19. Pretensão da agravante em afastar potencial notificação e autuação por parte da Administração Pública em razão do funcionamento pleno de estabelecimento empresarial, sob argumento de que se trata de clínica de fisioterapia bem como da inconstitucionalidade da normativa municipal - Decisão que indeferiu a liminar Decreto municipal nº 8.969/2020 que previu limitações ao funcionamento de serviços de estética Análise do objeto social da agravante que evidencia não se tratar de clínica de fisioterapia mas sim de prestação de serviço terapêutico de depilação a laser e atividades de estética e outros serviços de cuidados com a beleza Inconstitucionalidade não configurada, em sede de cognição sumária Revisão pelo juízo de segundo grau de deferimento ou indeferimento de liminar adstrito às hipóteses de decisões ilegais, irregulares, teratológicas ou eivadas de nulidade insanável Hipóteses não configuradas no presente caso Inexistência, no particular, da verossimilhança das alegações. Recurso não provido." (Agravo de Instrumento nº 2164744-18.2020.8.26.0000, Des. **Rubens Rihl**, j. em 31.07.2020).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de Segurança - COVID-19 - Decisão recorrida que deferiu a liminar para autorizar a abertura do estabelecimento da impetrante - Insurgência - Cabimento - Atividade exercida pela agravada, de "prestação de serviços de cabeleireiros, manicure e pedicure, estética, limpeza de pele, massagem facial, maquilagem, depilação, massagem estética", que está suspensa pelo artigo 2º, inciso I, do Decreto Estadual nº 64.881/20, com a redação dada pelo Decreto Estadual nº 64.975/20 - Supremo Tribunal Federal que, no julgamento da ADPF 672/DF, definiu que os estados da

federação possuem competência concorrente, e que os municípios possuem competência suplementar, "para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia" - Artigo 3º, do Decreto Municipal nº 21.329/20, que permitiu o funcionamento da atividade da agravante no Município de Araçatuba, teve seus efeitos suspensos pelo Colendo Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 2080078-49.2020.8.26.0000 - Decisão reformada – Recurso provido." (Agravo de Instrumento nº 218127-62.2020.8.26.0000, Des. **Marcos Pimentel Tamassia**, j. em 03.08.2020).

No mais, salienta-se que a jurisprudência é ponderável ao analisar a presente questão, não reconhecendo tal pretensão na forma imposta. Nesse sentido, cita-se julgados, também, das demais Câmaras deste Egrégio Tribunal:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO DE AMPARO. FUNCIONAMENTO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. SALÃO DE CABELEIREIRO. DESCUMPRIMENTO DE DECRETO ESTADUAL E MUNICIPAL. Decisão que deferiu liminarmente tutela de urgência para o fim de suspender os efeitos da advertência administrativa imposta pelo Município, autorizando o estabelecimento a exercer regularmente seu trabalho. Pretensão de reforma. Possibilidade. Situação excepcional configurada pela pandemia de COVID-19. Medidas governamentais. Isolamento domiciliar e distanciamento social. Constatações e apurações de um certo e determinado local, restrito à realidade de um município, conforme a competência dos órgãos municipais e de acordo

com a discricionariedade administrativa que lhes foram asseguradas pela lei e pela constituição federal. Agravo de instrumento provido." (Agravo de Instrumento nº 2172769-82.2020.8.26.0000; **3ª Câmara de Direito Público**; Des Camargo Pereira; j. em 21 de agosto de 2020).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. CONCESSÃO DA LIMINAR. INTERESSE DE AGIR. Inadequação da via eleita. Objeção processual rejeitada. Identificação dos pressupostos da impetração. Natureza preventiva do mandado de segurança. Pretensão de afastamento das restrições para a manutenção da atividade de salão de beleza. As restrições impostas pelo Município em razão da epidemia da COVID, pode representar, em tese, a situação jurídica que qualifica o manejo do mandado de segurança preventivo. Sem avançar sobre o substrato do 'mandamus' é possível considerar que, em tese, vislumbra-se a aptidão e utilidade do provimento jurisdicional. Configurada a hipótese de manejo da ação mandamental. ATOS ADMINISTRATIVOS. REABERTURA DE SALÃO DE BELEZA. COVID-19. Decreto Estadual nº 64.975/2020. Causa de pedir informa a essencialidade da atividade de salão de beleza durante o período de quarentena. Não configuração de direito líquido e certo à reabertura de salão de beleza. Prevalência das medidas restritivas impostas pelo Decreto n. 18.608/2020, que excluiu do rol de atividades essenciais no Município a atividade de salão de beleza. Não preenchimento dos pressupostos da impetração. Preponderância da autonomia do ente local para regulamentar, no âmbito de suas competências e em seu território, a possibilidade de adoção das medidas de restrição de atividades, à locomoção intermunicipal e local durante o estado de emergência decorrente da pandemia do novo coronavírus. Decisão

proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI n.º 6341. Afastamento do controle jurisdicional para evitar a interferência nas decisões dos demais poderes. Decisão reformada. RECURSO PROVIDO." (Agravo de Instrumento nº 2128855-65.2020.8.26.0000; **8ª Câmara de Direito Público***;* Des. José Maria Câmara Junior; j. em 30 de julho de 2020).

"*Compete privativamente ao Município legislar sobre o assunto de interesse local (art. 30, inc. I da Constituição Federal). E, juntamente com a União, os Estados e o Distrito Federal, cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência (art. 29, inc. II da Constituição Federal).*

"Portanto, desde que respaldo em recomendação técnica, pode o Município tomar as medidas que reputar convenientes para conter os avanços da pandemia, uma vez que sua competência concorrente na questão de saúde já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF n. 672". (Agravo de Instrumento nº 2117744-84.2020.8.26.0000; **10ª Câmara de Direito Público***;* Desª Teresa Ramos Marques; j. em 10 de junho de 2020).

Ante ao exposto, diante da fundamentação acima colacionada, conclui-se lídima a r. decisão proferida pelo nobre Magistrado de primeiro grau que deve prevalecer por seus próprios e jurídicos fundamentos, a qual está em consonância com os precedentes jurisprudências desta Corte, admitidos os prequestionamentos dos dispositivos legais e constitucionais passíveis de argumentação.

Com isto, **nega-se provimento** ao recurso.

DANILO PANIZZA

Relator