



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE JOSÉ BONIFÁCIO
FORO DE JOSÉ BONIFÁCIO
2ª VARA

Av. Monsenhor, 1000, Jardim das Palmeiras - CEP 15200-000, Fone: (17)3245-3348, José Bonifacio-SP - E-mail: josebonif2@tjsp.jus.br **Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

DECISÃO

Processo Digital nº: **1001182-61.2020.8.26.0306**
 Classe - Assunto **Mandado de Segurança Cível - Abuso de Poder**
 Impetrante: _____ – Me (_____) Impetrado: **Prefeito do Município de José Bonifácio**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **SEIVALDO DOS REIS JUNIOR**

Vistos.

Trata-se de Mandado de Segurança, na qual a parte autora formula pedido de tutela de urgência.

Para o deferimento da tutela de urgência, a lei processual exige a presença dos requisitos enumerados no art. 300 do Código de Processo Civil, quais sejam: (a) a probabilidade do direito alegado pela parte autora e (b) o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. A tutela de urgência de natureza antecipada, ainda, deve ser passível de reversão, nos termos do art. 300, § 3º, do Código de Processo Civil.

Sobre o tema, lecionam Fredie Didier Jr., Paulo Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

"A tutela provisória de urgência pode ser cautelar ou satisfativa (antecipada).

Em ambos os casos, a sua concessão pressupõe, genericamente, a demonstração da probabilidade do direito (tradicionalmente conhecida como 'fumus boni iuris' e, junto a isso, a demonstração do perigo de dano ou de ilícito, ou ainda do comprometimento da utilidade do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE JOSÉ BONIFÁCIO
FORO DE JOSÉ BONIFÁCIO
2ª VARA

Av. Monsenhor, 1000, Jardim das Palmeiras - CEP 15200-000, Fone:
 (17)3245-3348, José Bonifacio-SP - E-mail: josebonif2@tjsp.jus.br **Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

resultado final que a demora no processo representa (tradicionalmente conhecido como 'periculum in mora' (art. 300, CPC).

[...]

O magistrado precisa avaliar se há 'elementos que evidenciem' a probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante (art. 300, CPC).

Inicialmente, é necessária a verossimilhança fática, com a constatação de que há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor. É preciso que se visualize, nessa narrativa, uma verdade provável sobre os fatos, independentemente da produção de prova.

Junto a isso, deve haver uma plausibilidade jurídica, com a verificação de que é provável a subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos.

[...]

Importante é registrar que o que justifica a tutela provisória de urgência é aquele perigo de dano: i) concreto (certo), e não, hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; ii) atual, que está na iminência de ocorrer ou esteja acontecendo; e, enfim, iii) grave, que seja de grande ou média intensidade e tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito.

Além de tudo, o dano deve ser irreparável ou de difícil reparação.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE JOSÉ BONIFÁCIO
FORO DE JOSÉ BONIFÁCIO
2ª VARA

Av. Monsenhor, 1000, Jardim das Palmeiras - CEP 15200-000, Fone: (17)3245-3348, José Bonifácio-SP - E-mail: josebonif2@tjsp.jus.br **Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

Dano irreparável é aquele cujas consequências são irreversíveis.

Dano de difícil reparação é aquele que provavelmente não será ressarcido, seja porque as condições financeiras do réu autorizam supor que não será compensado ou restabelecido, seja porque, por sua própria natureza, é complexa sua individualização ou quantificação precisa [...];

Enfim, o deferimento da tutela provisória somente se justifica quando não for possível aguardar pelo término do processo para entregar a tutela jurisdicional [...]" (Curso de direito processual civil : teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podvim, 2015, v. 2. p. 594-598).

Quanto ao caso concreto, observo que o pleito formulado em sede de liminar é que a impetrante buscou a regularização de seu CNAE (Classificação Nacional de Atividades Econômicas) após ser notificado pela Prefeitura de eventuais descumprimentos de decretos acerca do funcionamento de seu comércio em meio à PANDEMIA COVID-19.

Aduz que o Decreto Municipal nº 3139/2020 dispôs sobre a suspensão temporária para alteração e/ou inclusão de notas atividades econômicas. Relata que tal decreto a impede de exercer livremente suas atividades.

De pronto já observo que o caso em tela não se atém à questão de distanciamento social, lockdown ou fechamento de comércio mas sim sobre a possibilidade de o Prefeito Municipal interromper o serviço de alteração e modificação de notas atividades econômicas.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE JOSÉ BONIFÁCIO
FORO DE JOSÉ BONIFÁCIO
2ª VARA

Av. Monsenhor, 1000, Jardim das Palmeiras - CEP 15200-000, Fone: (17)3245-3348, José Bonifácio-SP - E-mail: josebonif2@tj.sp.jus.br **Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

Uma questão tocante ao controle judicial de políticas públicas que se apresenta refere-se aos limites que devem ser observados pelos magistrados ao decidirem interferir em uma política pública. Particularmente, este juízo entende que os magistrados somente podem interferir quando há flagrante inconstitucionalidade ou ilegalidade de atos praticados.

Não cabe ao juiz substituir a figura do gestor por entender que tal norma é errada ou incompleta. Cabe ao Poder Executivo e Legislativo dialogarem sobre a forma de implantação da política pública.

Nesta linha deste entendimento comungo com o Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, para o qual aponta que alguns casos há excesso de ativismo judicial¹.

Feitas tais ponderações entendo que é caso de intervenção judicial.

Pois bem. Passo então propriamente à análise da circunstância que ensejou a publicação do Decreto Municipal nº 3139/2020.

Observo que o Prefeito se limitou a esclarecer tão somente que há possibilidade de fraudes e para tanto tomou medida excessivamente limitadora de direito básico fundamental previsto na Constituição Federal.

Prevê o art. 170, inciso IV da Carta Magna que um dos princípios basilares da ordem econômica nacional é a livre concorrência. Não se pode aceitar que o Prefeito com base em suposições de eventuais fraudes venha a tolher a livre concorrência em âmbito municipal.

A justificativa apresentada pelo nobre representante do Poder Executivo não

¹ <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/com-casos-recentes-de-ativismo-judicial-stf-estaria-passando-dos-limites-0xrr654jsklj3ricw3gxexjn4/>



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE JOSÉ BONIFÁCIO
FORO DE JOSÉ BONIFÁCIO
2ª VARA

Av. Monsenhor, 1000, Jardim das Palmeiras - CEP 15200-000, Fone: (17)3245-3348, José Bonifácio-SP - E-mail: josebonif2@tjsp.jus.br **Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

encontra respaldo legal e tão pouco constitucional para que se suspenda, ainda que temporariamente, a alteração de novas atividades para se adequar à comercialização de produtos considerados essenciais.

Como dispõe o diploma legal do art. 170 da Constituição Federal, a ordem econômica deve ter sua base na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, conforme os ditames da justiça social, e observados alguns princípios, entre eles o da livre concorrência.

Assim leciona Fábio Ulhoa Coelho: “A livre concorrência decorre da possibilidade **do ingresso em determinado mercado econômico de novos empresários, promovendo a competição entre eles**. E para que seja efetivada o Estado, como garantidor da ordem econômica, deve impedir os abusos do poder econômico que gerem concentração de mercado e falhas na concorrência”.

Ainda, Celso Bastos nos traz importantes ensinamentos acerca dos efeitos decorrentes da aplicação do princípio em questão: “A livre concorrência é um esteio do sistema liberal porque é pelo seu jogo e funcionamento que os consumidores veem assegurados os seus direitos a consumir produtos de qualidade a preços justos. [...]. Ademais, a livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste, essencialmente, na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. **É através dela que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento de seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, na procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor**. Traduz-se, portanto, numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado”.

A Constituição Federal, no § 4º do art. 173, estabelece, programaticamente, que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE JOSÉ BONIFÁCIO
FORO DE JOSÉ BONIFÁCIO
2ª VARA

Av. Monsenhor, 1000, Jardim das Palmeiras - CEP 15200-000, Fone: (17)3245-3348, José Bonifacio-SP - E-mail: josebonif2@tjsp.jus.br **Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros. Assim, aceitar que mediante Decreto se limite a concorrência é aceitar que a norma municipal afronta diretamente a Constituição Federal.

Ora se aceitar que mediante um decreto municipal se extirpe do Município de José Bonifácio a possibilidade de novas empresas ingressarem em ramos considerados essenciais pelas autoridades públicas com o argumento pueril de eventuais fraudes não condiz com a força normativa motriz da liberdade econômica a que estamos todos sujeitos mediante disposição constitucional.

A livre concorrência **repudia os monopólios**, pois eles são sua antítese, sua negação. Cabe ao Estado criar condições para que haja livre concorrência, não apenas com sua inação (exercício da liberdade), mas com ações concretas, reprimindo o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Assim, aceitar a validade de tal Decreto é beneficiar eventuais empresas que já estavam no ramo impedindo de forma abrupta a abertura da concorrência no município.

A livre concorrência, expressamente acolhida no art. 170, IV, da CF, é tida como um princípio basilar da ordem econômica nacional. Trata-se um direito negativo, de oposição ao Estado, para que não (sentido negativo) interfira na livre concorrência entre os particulares. Nesse sentido, **incorpora proibição, dirigida ao Estado, de criação de privilégios ou benefícios, de qualquer ordem, especialmente tributários, para determinados agentes econômicos, o que os colocaria, imediatamente, em posição de vantagem quanto aos demais.** Quanto ao seu significado, pode ser entendida como uma decorrência lógica da opção pelo modelo econômico pautado na livre iniciativa, embora esta possa haver sem dela decorrer a livre concorrência (como no tabelamento de preços).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE JOSÉ BONIFÁCIO
FORO DE JOSÉ BONIFÁCIO
2ª VARA

Av. Monsenhor, 1000, Jardim das Palmeiras - CEP 15200-000, Fone: (17)3245-3348, José Bonifácio-SP - E-mail: josebonif2@tjsp.jus.br **Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

A livre concorrência visa assegurar a sobrevivência do mercado e o fortalecimento da livre iniciativa. O mercado estruturado sobre esse princípio será aberto às leis da oferta e da procura, não impondo restrições quanto ao número de empresas de um mesmo setor que busquem instalar-se, a fim de conquistar seu espaço. Aceitar a limitação proposta pelo Representante do Executivo, ainda que imbuído de boa-fé entendendo que é atentar contra os esforços adquiridos por séculos acerca da livre iniciativa e livre concorrência.

Como alicerce fundamental da economia liberal, a concorrência tem por finalidade assegurar o regime de economia de mercado, não tolerando o monopólio ou qualquer outra forma de distorção do mercado livre. Nesse sentido, é correto afirmar que a concorrência significa o ato ou efeito de concorrer, ou seja, traz em si a ideia de competição entre pessoas na busca do mesmo objetivo ou vantagem, em condições de igualdade. Na área econômica, representa a disputa entre todas as empresas para obter maior e melhor espaço no mercado (BAGNOLI, 2005).

Assim sendo, **DEFIRO A LIMINAR**, afasto ao caso concreto a aplicação do **Decreto Municipal nº 3139/2020, visto que é inconstitucional e determino que a Prefeitura analise, no prazo de 72 horas o pedido de modificação/alteração/inclusão de nova atividade como requerido pela parte impetrante.**

Para se evitar dúvidas este juízo não está a determinar a inclusão, mas sim que se faça a análise nos termos previstos nos regramentos próprios pela Prefeitura Municipal.

Notifique-se a autoridade coatora para apresentar informações no prazo legal (art. 7º., inciso I, da L. 12.016/09).

Proceda-se ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial, para que, querendo, ingresse no feito.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE JOSÉ BONIFÁCIO
FORO DE JOSÉ BONIFÁCIO
2ª VARA

Av. Monsenhor, 1000, Jardim das Palmeiras - CEP 15200-000, Fone:
(17)3245-3348, José Bonifacio-SP - E-mail: josebonif2@tjsp.jus.br **Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

Anoto que pelo exíguo tempo de protocolo e a necessidade de decisão, deixei de acolher a manifestação ministerial (deste sempre atuante Promotor), pelo qual a relego para após a apresentação das informações da autoridade coatora.

Após, conclusos para sentença.

Cópia desta decisão servirá como mandado.

Cumpra-se o necessário.

Int.

José Bonifacio, 22/05/2020.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**