



ESTADO DE SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APELAÇÃO Nº 5046764-46.2020.8.24.0023/SC

RELATOR: DESEMBARGADOR HÉLIO DO VALLE PEREIRA

APELANTE: _____ (IMPETRANTE)

APELADO: PREFEITO - MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS/SC - FLORIANÓPOLIS
(IMPETRADO) E OUTRO

RELATÓRIO

_____ impetrou mandado de segurança em relação a ato do Prefeito do Município de Florianópolis.

Alegou que o Chefe do Executivo editou Decreto por conta da pandemia do covid-19 e *"obrigou o uso de máscara facial não profissional em todo o Município de Florianópolis"*, inclusive em determinados espaços privados, sob pena de multa. Defendeu, a partir disso, que referida norma ultrapassou os limites daquilo que pretendeu regulamentar: a Lei 13.979/20 impõe que tais medidas *"somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análise sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública"*.

"Ali não consta o obrigatório e indiscriminado uso de máscaras como medida a ser adotada para contenção do vírus, de modo que não há espaço para a autoridade coatora, sob qualquer pretexto, inovar à norma, ampliando as medidas ali consignadas, ainda mais se restritivas de direito."

"Vê-se, ademais, que o atacado decreto ilegal não limitou a medida no espaço, assim como não indicou qual a evidência científica que induz a eficácia da medida de adotar o uso de máscaras em locais abertos ou em estabelecimentos comerciais, onde já existem medidas restritivas para regular o número de frequentadores destes lugares."

"Outrossim, existem inúmeros estudos científicos que defendem que as máscaras são indicadas apenas aos doentes de COVID19 e aos profissionais de saúde na linha de frente, por razões óbvias." Como "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer

alguma coisa senão em virtude de lei", pediu para que a autoridade se abstivesse de obrigá-lo a fazer uso do referido equipamento de proteção individual.

O Juiz Rafael Sandi indeferiu a petição inicial.

Entendeu que o impetrante buscava meramente atacar *lei em tese*, o que é inviável pela via escolhida pelo particular - nos termos da Súmula 266 do STF. A regra em evidência não foi direcionada especificamente à parte, mas genericamente tratou de tema sensível que importa a todos (e o autor nem sequer demonstrou efetivo prejuízo em sua esfera individual). Fundamentou, ainda, que o aspecto é passível de legislação em âmbito local, nos termos do art. 30, I, II e VII da CF, e que mesmo a *liberdade* sendo um dos pilares constitucionais ela não é absoluta, como definiu o Supremo quanto à matéria em debate na ADPF 672.

O impetrante apelou e, além de reclamar de decisão "surpresa" (ofensa aos arts. 9º e 10 do CPC), afirma ser inaplicável à situação a Súmula 266, haja vista que o decreto questionado tem efeitos concretos e imediatos. Apresenta precedentes sobre o tema e quer a devolução dos autos à origem a fim de que o procedimento seja retomado.

A municipalidade defendeu o acerto da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou pelo desprovimento.

VOTO

1. Em 1955, foi reconhecido que a vacina de Jonas Salk contra a pólio era eficaz e segura. *"As pessoas observaram minutos de silêncio, tocaram sinos, buzinaaram, acionaram sirenes de fábricas, dispararam salvas de tiros, tiraram o resto do dia de folga, fecharam as escolas ou convocaram fervilhantes reuniões nos prédios escolares, fizeram brindes, abraçaram as crianças, foram à igreja, sorriram para estranhos e perdoaram inimigos"*. Ofereceu-se ao cientista *"um desfile com direito a chuva de papel picado, mas, polidamente, ele recusou"* - conta Steven Pinker (*O Novo Iluminismo - Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*, Companhia das Letras, 2018, ed. eletrônica, p. 126).

O mundo hoje não é igual e por isso há *"Duas prioridades planetárias: desengaiolar pássaros, desengaiolar mentes"* (Carlos Ayres Britto, https://twitter.com/ayres_britto/status/1311349447390093314).

2. Eis o *slogan* do Grande Irmão (o *Big Brother*) de George Orwell em 1984 (Companhia das Letras, 2019, p. 57):

Guerra é paz.

Liberdade é escravidão.

Ignorância é força.

Essa *novafala* ou *novilíngua*, conforme a tradução, permitia, por exemplo, que uma repartição acessível "*apenas com justificativa oficial*" e depois de transpor "*um labirinto de novelos de arame farpado, portas de aço e ninhos ocultos de metralhadoras*" fosse chamada de *Ministério do Amor* (p. 46).

Era um avarandado da *pós-verdade*, a *verdade alternativa* contemporânea - que é a subserviência à mentira, sendo direto. Aliás, essas expressões eufemísticas são bem simbólicas. A falsidade se serve da palavra verdade para justamente combater a autenticidade. É um oxímoro perverso.

(Não que se cuide de uma novidade: "*Os humanos sempre vieram na era da pós-verdade*", resume Yuval Noah Harari, *21 Lições para o Século 21*, Companhia das Letras, 2018, ed. eletrônica, p. 364. Mas certamente a situação se agravou.)

Em 2018, o Dicionário Oxford elegeu *pós-verdade* como a palavra do ano, valendo pela circunstância de pessoas responderem mais por sentimentos e crenças do que por fatos objetivos (Eugênio Bucci, *Existe democracia sem verdade factual?*, Estação das Letras, 2019, ed. eletrônica, p. 9). Assumem-se posições sem análise de dados materiais; formam-se juízos de valor pela necessidade de ratificar preconceitos. Vive-se num mundo de opiniões, mas não no sentido de uma tese a ser confirmada, ou mesmo de um pensamento tão racional quanto possível assumido em fatos. Elege-se com antecipação um resultado e se criam circunstâncias para referendá-lo. Uma *heurística da confirmação*: apreendem-se os eventos a partir de posicionamentos antecipados. Tudo pode ser compreendido (e até ratificado) a partir de idiossincrasias. Em último caso, evoca-se a autoridade própria: "*eu acredito nisso*", "*eu não acredito naquilo*", que é o mesmo que "*eu prefiro acreditar nisso*".

Esse apego intenso à *pós-verdade* é uma tendência potencializada com a Pandemia da Covid-19.

Outro evento tristemente chumbado com as *verdades alternativas* são as *alianças tribais*.

A moralidade foi um mecanismo evolutivo para superar o egoísmo entre as pessoas de um mesmo *grupo*, gerando regras comunitárias quanto às condutas (uma *moralidade ordinária*). Mas essa estratégia não resolve as crises *entre grupos*, que reclamam uma

metamoralidade. O dilema atual é a tragédia da *moralidade do senso comum*, que propicie que "*indivíduos com interesses opostos vivam juntos e prosperem*". (O dito neste parágrafo e no próximo vem de Joshua Greene, *Tribos morais - A tragédia da moralidade do senso comum*, Record, 2018, ed. eletrônica).

A partir daí há *símbolos de identidade cultural*, *signos tribais*, *insígnias de honra*, *alianças tribais* ou outro nome que se dê: visões de mundo que reforçam o compromisso com um grupo, trazendo a sensação reconfortante de dedicação àqueles irmanados nas mesmas convicções. "*A lição é que falsas crenças, quando se tornam culturalmente entrincheiradas - quando se tornam insígnias de honra - são muito difíceis de modificar, e modificá-las já não é apenas uma questão de educar as pessoas*" (op. cit., p. 209).

O senador americano Daniel Patrick Moynihan afirmou que "*Todos têm direito a ter suas próprias opiniões, mas não seus próprios fatos*" (citado por Michiko Kakutani, *A morte da verdade - Notas sobre a mentira na Era Trump*, Intrínseca, 2018, ed. eletrônica, p 125); e hoje a dissintonia entre fatos e descrições foi superada por *licenças poéticas* decorrentes das *paixões tribais*.

É a amarração da *pós-verdade* com os *pactos culturais*.

Eis que vêm as *redes sociais* com o *cientificismo de WhatsApp*, o *academicismo de Instragram* e a *erudição do Facebook* - tudo se resolvendo pelas tais *alianças dos grupos*. São meandros que se guiam (ou se perdem...) por uma *cegueira deliberada*, universo paralelo de *experts* que, alertados por seus sentimentos, escolhem suas evidências, provam-nas e outorgam seus veredictos, prescrevendo remédios infalíveis (um *curandeirismo pós-moderno*) e distribuindo ofensas xenófobas - e o papel dessas *redes sociais*, ou *antissociais*, pode ser assustadoramente melhor compreendido pelo livro de Giuliano Da Empoli, *Os engenheiros do caos*, Vestígio, 2019.

É o *contrailuminismo*: malquer a cultura formal, apequena o constitucionalismo, desdenha das universidades, deprecia a imprensa, enfastia-se com as diferenças; mas brada as conspirações, entusiasma-se com a ciência de *smartphone*, anima-se com a violência, fantasia sobre o passado, extasia-se com a guerra, mesmo porque "*A vida é uma guerra permanente*" nessa visão (Umberto Eco, *Facismo eterno*, 9ª ed., 2020, Record, p. 50).

3. Não há direitos absolutos, é um chavão feliz, e o *processo civilizador* se notabiliza justamente por impor a *abdicação dos instintos*, o que não afrouxa o princípio constitucional de proteção da liberdade; é somente resposta da civilização para contemporizar os infinitos interesses que se digladiam.

Norbert Elias tem livro clássico sobre o assunto (*O processo civilizador*, v. I e II, Zahar, ed. eletrônica), revelando como esse controle da *compulsão* propiciou a concretização da aludida civilização. Essas regras sociais afastarão gradativamente as ações por mera intuição. É como disse Sérgio Buarque de Holanda: "*Na civilidade há qualquer coisa de coercitivo - ela pode exprimir-se em mandamentos e em sentenças*" (*O Homem Cordial*, Companhia das Letras, 2012, p. 52).

"É impossível não notar como a civilização se constrói sobre a renúncia ao instinto", disse Freud e é repetido por Steven Pinker (*Os anjos bons da nossa natureza - Por que a violência diminuiu*, Companhia das Letras, 2013, p. 103). No estado natural, "*a vida do homem é solitária, pobre, sórdida, brutal e curta*" (Thomas Hobbes, *The Leviatan*, ed. eletrônica, Apple Books, p. 209). (É das citações mais usuais neste campo, mas ainda tem impacto.)

Liberdade não é um *neoatavismo*, *selvageria*, *darwinismo social*. A liberdade constitucional é deferente aos direitos humanos, à cooperação e especialmente à liberdade alheia, que inclui a subserviência à saúde dos demais.

Se alguém defendeu a liberdade foi John Start Mill, mas não alardeava o direito de agir ilimitadamente. "*O único propósito pelo qual o poder pode ser constantemente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade, contra vontade deste, é o de prevenir danos para outros membros*" (*Ensaio sobre a liberdade*, Hedra Editora, 2017, ed. eletrônica, p. 49).

O filósofo não era um *liberal de ocasião*, um *iluminista de supermercado*, que vai às compras e nas prateleiras escolhe o que é conveniente - e pelo preço! Não era um *liberal de AI-5*, um *liberal iliberal* (para adaptar termo hoje comum: *a democracia iliberal*).

Deve-se *tolerar os intolerantes?*, desafia o *paradoxo da intolerância*. Na realidade, não devem ser cerceadas as posições ou condutas dos outros, mesmo que se oponham a visões constitucionalmente estabelecidas, mas desde que as liberdades dos tolerantes "*não corra perigo*" (John Rawls, *Uma teoria da justiça*, Martins Fontes, 2000, p. 238).

"*Liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal*", resumiu o STF (HC 82.424/RS, rel. Min. Moreira Alves).

4. Vem então a maior crise sanitária mundial desde a impropriamente chamada *gripe espanhola*. (Ela, para frustração dos sinófbos, surgiu no Kansas: Adam Kucharski, *As regras do contágio - Por*

que as coisas se disseminam e por que param de se propagar, Record, 2020, ed. eletrônica, p 9).

Autoridades públicas mundiais (não me refiro aos *negacionistas*, é claro) recomendaram - ou rotineiramente impuseram o uso de máscaras de proteção de bocas e narizes. A OMS assim referenda (p. ex., https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/332293/WHO2019-nCov-IPC_Masks-2020.4-por.pdf?sequence=33&isAllowed=y).

(Aqui, é evidente, não se endossa a *aliança tribal* que rejeita a legitimidade de organismos multilaterais, uma decorrência - dizem - do globalismo, um dos inimigos imaginários preferidos. Para essa percepção equivocada, o que prepondera é um *nacionalismo* como religião secular, e tudo quanto envolva solidariedade deve ser reprovado.)

No Brasil, pode-se exigir que alguém use máscaras faciais, diminuindo riscos de contágio (próprio e dos outros)?

A resposta *negativa* não busca consensos, mas posições escoteiras. Quer-se, em pandemia, que em oposição ao pensamento da comunidade científica, a Administração não possa regular o uso de máscaras, muito menos no âmbito do Município de Florianópolis. Em oposição às normas vigentes, deseja-se tornar desimportante a quase unânime conclusão daqueles que para tanto estão gabaritados (o que é tanto pior em mandado de segurança, que se exige prova pré-constituída), discursando que a defesa da própria liberdade estaria na vanguarda absoluta.

Seria cogitável que se alguém individualmente enxergasse como dispensável o uso da máscara nos locais impostos pela autoridade, teria resguardada essa posição. O contraponto evidente é que não há como referendar o mal que pode causar aos circunstantes.

Por isso, os Municípios podem até ampliar o resguardo à saúde em comparação com os modelos federal e estaduais.

O eminente sentenciante, Juiz de Direito Rafael Sandi, bem ressaltou a posição do STF a partir da ADPF 672:

[...] Em relação à saúde e assistência pública, inclusive no tocante à organização do abastecimento alimentar, a Constituição Federal consagra, nos termos dos incisos II e IX, do artigo 23, a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

*Igualmente, nos termos do artigo 24, XII, o texto constitucional prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde; **permitindo, ainda, aos Municípios, nos termos do artigo 30, inciso II, a possibilidade de suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que***

haja interesse local; devendo, ainda, ser considerada a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (art. 198, CF, e art. 7º da Lei 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de

serviços e distribuição dos encargos financeiros entre os entes federativos, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (art. 6º, I, da Lei 8.080/1990).

As regras de repartição de competências administrativas e legislativas deverão ser respeitadas na interpretação e aplicação da Lei 13.979/20, do Decreto Legislativo 6/20 e dos Decretos presidenciais 10.282 e 10.292, ambos de 2020, observando-se, de “maneira explícita”, como bem ressaltado pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO, ao conceder medida acauteladora na ADI 6341, “no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente”.

Dessa maneira, não compete ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos [...] (STF, ADPF nº 672, decisão monocrática do Ministro Relator, j. 09/04/2020).

Em plenário virtual do dia 13 de outubro deste ano, aliás, confirmou-se:

O Tribunal, por unanimidade, confirmou a medida cautelar e, no mérito, julgou parcialmente procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental para assegurar a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, reconhecendo e assegurando o exercício da competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e Municípios, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras, sem prejuízo da competência geral da União para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário, ressaltando-se, como feito na concessão da medida liminar, que a validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal poderá ser analisada individualmente, nos termos do voto do Relator.

Quer dizer, o STF definiu que os Municípios podem, como aqui, definir critérios mais restritivos do que as normas editadas nos demais planos políticos. Não há no singelo uso de máscara alguma espécie de invasão indevida ou desarrazoada na liberdade individual. Não se ofende a integridade corporal, não se sacrifica alguma prerrogativa inafastável, apenas se harmoniza modestamente o direito de locomoção com restrição de

índole sanitária - e exemplos equivalentes seriam infinitos. Praticamente todo o sistema jurídico existe para dar limites às ações.

Fernando Reinach, Professor Titular da USP, relembra estudo do *Imperial College de Londres* que impressionou muitos no início da pandemia (e que o consideravam exagerado). Aplicado ao Brasil, um distanciamento social de 75% poderia resultar em 44.212 mortes, era a previsão. Já a falta de alguma medida de prevenção poderia resultar em mais de um milhão de mortes (*A chegada do novo coronavírus ao Brasil*, Companhia das Letras, 2020, ed. eletrônica, p. 77-78). É a *imunidade de rebanho*. Ela funciona, mas com aquele custo: centenas de milhares de pessoas que não precisariam morrer, morrem.

Hoje, em termos oficiais, excluídos os casos que não ingressaram na estatística, temos perto de 183.000 mortos - e este número crescerá muito. Usar máscaras auxilia a impedir que cheguemos como chegaríamos - àquele um milhão de pessoas.

Mas "*uma única morte é uma tragédia; um milhão de mortes é uma estatística*", disse Stalin (Gustavo. H. B. Franco e Fabio Giambiagi, *Dicionário da maldade*, Zahar, 2015, p. 272).

5. A proibição florianopolitana - o recorrente diz o oposto - tem base legal.

A Lei 13.979/2020 prevê genericamente o dever de uso de máscaras (art. 3º, inc. III-A). O Decreto, por sua vez, foi específico quanto ao âmbito municipal, referendando de maneira severa (como era possível à Administração Municipal, foi anotado há pouco, na linha do entendimento do STF).

O sancionamento é derivado do Código Sanitário Municipal (Lei Complementar 239/2006), em uma técnica que é usual no direito administrativo e tem sido referendada. No direito do consumidor, por exemplo, as figuras típicas não estão definidas em lei (arts. 55 e ss. da Lei 8.078/90), a exemplo do modelo existente no direito ambiental (art. 70 e ss. da Lei 9.605/98).

6. A tese relativa à decisão surpresa (art. 10 do NCPC), que veio do reconhecimento de carência de ação pela impetração contra lei em tese, está prejudicada: o caso é até mesmo de improcedência, pois no âmbito do mérito, que deve ser preferencialmente analisado (art. 488).

Só que é possível ir adiante e julgar o tema de fundo (art. 1.013, § 3º, inc. I).

Trata-se, em outros termos, de manter o insucesso do pedido, ainda que variado o fundamento.

7. Assim, voto por conhecer e negar provimento ao recurso, determinando ainda que se oficie ao Gabinete de Acompanhamento da Situação do *Covid-19*, nos termos do § 2º do art. 10 da Resolução Conjunta GP/CGJ 5/2020.

Documento eletrônico assinado por **HELIO DO VALLE PEREIRA, Desembargador**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **578329v2** e do código CRC **1ec8338f**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): HELIO DO VALLE PEREIRA

Data e Hora: 12/1/2021, às 14:43:17

5046764-46.2020.8.24.0023

578329.V2