



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Despacho

Habeas Corpus Cível

Processo nº 2058949-51.2021.8.26.0000

Relator: **SOUZA MEIRELLES**

Órgão Julgador: **12ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**

DAVID VIANA TEDESCHI, Advogado, impetra **HABEAS CORPUS PREVENTIVO** desafiando ato coator subscrito pelo Excelentíssimo Senhor **PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO**, consubstanciado na edição do **Decreto nº 18.861**, de 16 de março de 2021, ante fundado receio de sofrer constrangimento ilegal iminente em sua **liberdade de locomoção**, decorrente de ilegalidade ou abuso de poder exercido pela Autoridade impetrada.

Discorre que o ato normativo, implantado para estabelecer regras de prevenção e controle da Pandemia COVID-19 em caráter temporário e excepcional formulou restrições abusivas no sentido de supostamente conter a disseminação do “inimigo biológico”, as quais, uma vez inobservadas, importam em aplicação das penalidades



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
previstas na **Lei Estadual nº13.509** e **Lei Federal nº6.437**.

Ato de efeitos normativos do Prefeito impede a circulação de pessoas em vias públicas, notadamente obstando a prática de atividades físicas sanitariamente essenciais em logradouros de uso comum, passíveis, portanto, de configurar-se constrangimento ilegal e violação ao direito constitucionalmente assegurado de ir e vir. Tal Decreto mostra-se refratário ao princípio da legalidade, restando por isso maltratado o **artigo 37**, da **Constituição Federal**. Nesse compasso, observa-se proverbial usurpação da competência constitucional outorgada, dado que ***“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”***, com o que se extrapola do raio de abrangência do **Decreto Estadual 65.653/21**. Liberdades individuais estão sendo subjugadas ao pretexto de proteção à saúde pública.

Obtempera da premência da concessão de medida liminar, sem audiência prévia da parte contrária, com vistas a possibilitar ao impetrante a **liberdade de ir e vir**, direito constitucional que não se faz passível de experimentar restrições, estando os requisitos para a antecipação de tutela perfeitamente colmatados. Sobremais, o teor do sobredito Decreto se delineia plenamente



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

despegado da realidade jurídica, deflagrando-se notório atentado à dignidade da pessoa humana.

Requer, pois, concedida seja a ordem liminar a que não sofra qualquer ameaça ao seu direito de ir e vir, ao final confirmando-se a ordem.

Tal, em abreviado, o Relatório.

Antes do mais, imperioso deixar-se reafirmado que a prática de ações e atos administrativos no mundo civilizado, em quaisquer de suas acepções, pressupõe esteja o executor municiado de **poderes legais** para fazê-lo e tais potestades acham-se inarredavelmente adstritas às **regras de competência**¹, fora das quais não logram adquirir mínima realizabilidade jurídica, infeccionando-se de **ilegalidade** ou **inconstitucionalidade**, conforme a natureza do preceito ultrajado.

Vejamos pequeno anteparo a tal reflexão: *in litteris*

¹ “A incompetência é o vício que incide sobre o ato emitido por quem não tem o poder legal de o fazer. De todas as formas de ilegalidade essa é a mais grave: os agentes públicos não tem nenhum poder senão com base e nos limites dos textos que fixam suas atribuições; fora desses textos não tem como participar do exercício do Poder Público. As regras de competência são regras de ordem pública” - J. RIVERO, *Droit Administratif*, 1970, p. 230.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“Quando a administração pública age em desacordo com os poderes de que é investida, sua operação é degenerada, desnaturada: já não está numa “via de direito”, mas numa “via de fato”, portanto, “despojada de qualquer caráter administrativo”.²

No âmbito municipal, a formal distribuição destes poderes obedece irrefragavelmente aos primados da legalidade e da constitucionalidade competencial para que possam se manter eretos e íntegros como mecanismos de imposição de condutas social e politicamente aceitáveis.

O Prefeito, conquanto depositário de competência para funcionalizar aspectos técnicos secundários da Saúde Pública no seu respectivo plexo de ordenança, mesmo porque o Município integra em complementariedade a trílice composição do SUS, imprescinde todavia estar atento ao divisor metodológico de águas na redação dos atos administrativos de conteúdo normativo, posto que **absolutamente incompetente a autoridade local para suspender ou negar as garantias e os**

² **SERRAND**, Pierre, in *Dicionário da Cultura Jurídica*. ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane (Org.). Trad. Ivone Castilho Benedetti. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p 5.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
direitos fundamentais recitados na Constituição Federal e em
 relação a tais direitos aplicar quaisquer penalidades.

Há-se de tomar como arquétipo mandatório o **“peculiar interesse”**, fórmula antiquíssima, pela qual torna-se irrecusável auscultar em quais matérias regulamentares lhe é possível avançar, recuar ou ter se abster.

Se é certo que os Municípios detêm poderes concorrentes para enfrentar a tragédia sanitária que vivenciamos, inconfutável é que deve fazê-lo em confinamento a medidas de natureza estritamente sanitária, de qualquer modo não se podendo consentir que aos prefeitos sejam delegados poderes constitucionais, muito menos – e aqui bate o ponto – para suprimir franquias liberais historicamente conquistadas às duras penas na marcha ascendente da civilização, muito menos por meio de simples **Decreto**.³

³ “Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos – há abuso do poder regulamentar, invasão de competência do Poder Legislativo. O regulamento nada mais é que auxiliar das leis, auxiliar que só pretender, não raro, o lugar delas, sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei” - PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda 1/69*, Ed. Rev. Dos Tribunais, 1970, 2^a. ed. revista, t. III/314.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Pode-se-lhe, em circunstâncias especialíssimas, estabelecer mediante atos administrativos normativos condicionamentos não mais que pontuais e fugazes, contanto que tal não imponha **modelos de comportamento** paradoxais à reserva constitucional intocável, como impedir a livre circulação em escala coletiva de pessoas nas vias e logrodouros públicos, determinar toque de recolher, paralisar a Economia sem efetivas contrapartidas econômico-financeiras aos súditos etc., porquanto tais provimentos inexoravelmente refogem ao espectro do **“peculiar interesse”** do Município.

Adscрева-se que a chamada **“regra de liberdade no uso dos bens comuns da coletividade”** pelos concidadãos é imperativa sobre a vontade despótica de qualquer agente público ou privado casuisticamente perturbador: **“o uso comum permite a utilização do bem como uma faculdade da liberdade humana e não um direito subjetivo adquirido do Estado”**⁴.

Em se desbordando do parâmetro cogencial de competência, incorre-se por automatismo na figura da **usurpação de poder**, que é assaz diferente do abuso

⁴ **MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO**. *Uso Privativo de bem público por particular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de poder : in litteris

“Há usurpação de poder quando uma decisão é tomada por uma pessoa desprovida de toda autoridade, seja porque ela está colocada fora da hierarquia administrativa, seja porque ela exerce funções que não lhe conferem nenhum direito de decisão”⁶.

Ora bem: já por a liberdade ambulatória situar-se a milhares e milhares de anos-luz do “peculiar interesse” do Município, já por as franquias liberais serem insuscetíveis de **delegação** legislativa, administrativa ou mesmo judicial, e por não poderem jamais direitos de elevada estatura axiológica se sujeitar ao psiquismo e à formação moral de quem quer que ocupe posto de Autoridade Pública, porque direitos portadores de **eficácia imediata** e **erga omnes**, evidente o constrangimento que o impetrante está na iminência de sofrer.

Insta deixe-se patenteado que as medidas emergenciais adotadas para conter a disseminação do temível vírus, a despeito do **estado de necessidade**

⁶ **JEAN MARIE AUBRY**, in Revista de Direito Público, vol. 36, Abril-Junho – 1954, p. 202.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

nacional⁷, não se delineiam providas de força política e legitimidade científica para revogar nem suspender os preceitos fundamentais indelevelmente grafados na Sexta Carta Republicana.

Aliás, exatamente nestes períodos de **calamidade** ou **comoção nacional** que os direitos humanos precisam ser mais severamente protegidos porquanto neles as vocações totalitárias tendem a aflorar sob os disfarces da temporariedade e da excepcionalidade visando a forjar-se aparente justificativa para a ruptura da ordem jurídica: in litteris

“Se admitirmos, como premissa, que direitos fundamentais protegem os bens jurídicos mais relevantes para a pessoa humana, não há porque recusar uma proteção constitucional e integral a estes bens, independentemente de onde provenha a ameaça ou agressão” (DANIEL SARMENTO, A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil, in A Nova Interpretação Constitucional, Renovar, 3ª Edição, 2008, p. 276.)

⁷ “A questão relativa à ordem pública diz respeito ao interesse nacional, não se configurando ipso facto, mero interesse peculiar do município” – Cf. CLÓVIS BEZNOS, *Guarda Municipal – subordinação à polícia estadual*. Revista de Direito Público, v. 78, p. 178-80 (Cadernos de Direito Municipal).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Em tempos de paz, a intangibilidade do ingênito direito de ir e vir ressoa como um dos raros **direitos absolutos** que possa conceber a ordem jurídica dos povos livres, doutro modo eis-nos retornados todos aos tempos das traquitanas:

"A liberdade de locomoção é um direito fundamental, condição do exercício de um sem-número de direitos. No segundo caso, o constrangimento se limita à privação da liberdade individual, quando esta tem por fim próximo o exercício de um determinado direito. Não está o paciente preso, nem detido, nem desterrado, nem ameaçado de qualquer desses constrangimentos à liberdade individual. Apenas lhe tolhem os movimentos necessários para o exercício de um certo direito; não permitem que volte ao domicílio, que penetre na repartição onde é empregado, que vá à praça pública onde se deve realizar uma reunião política, ou à assembleia política de que é membro"⁸. (a ênfase o foi por nós)

⁸ **PEDRO LESSA**, trecho de voto vencido no HC n. 3.539, impetrado por Ruy Barbosa no STF.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Parece (-me) o mesmo que tirar ao edifício da Democracia seu alicerce.

As coisas começam já a perder contornos de legitimidade e as hesitações passam a ganhar terreno à medida em que "decretar" limitações à liberdade dos concidadãos no Estado de Direito Democrático e Constitucional, uma vez verificada a premente necessidade estatal, **pertence ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República e não ao Prefeito**, em consonância à **Carta-Mãe**, na qual todas as estruturas de exceção e emergência estão nela personificadas, enumeradas e consagradas através do **Estado de Defesa** e **Estado de Sítio**, com vistas a controlar **“comoção grave de repercussão nacional”**, quão se apresenta o momento da Pandemia Covid-19.

Em realidade, a edição do **Decreto 18.861**, a despeito de conter algumas medidas necessárias, essenciais e legítimas para a vigilância quanto à disseminação do vírus, desbordou-se a implantar um bizarro **“Estado de Sítio Municipal”** (sic), tanto assim que o texto inspirou sua anatomia estrutural num provável **Decreto Presidencial**, à guisa de mera exemplificação: a) determinar o prazo de duração; b) especificar os espaços abrangidos; c)



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

indicar as medidas coercitivas; d) restringir circulação de pessoas; e) vedação de reuniões.

Abordoemo-nos em **KANT**;

**“Negar a liberdade é tão impossível
para a mais abstrusa filosofia quanto
para a mais simples razão
humana”⁹.**

Acolhe-se liminarmente a impetração para expedir salvo conduto a DAVID VIANA TEDESCHI visando a assegurar-lhe a liberdade plena de locomoção nos limites territoriais do Município de São José do Rio Preto sem incorrer em penalidades, servindo esta decisão como documento hábil ao exercício pleno do direito em apreço, à conjectura de lhe ser oposta resistência ou impedimento por agentes públicos fiscalizadores.

⁹ **IMMANUEL KANT**, *Groundwork of the Metaphysics of Morals*, 1875, tradução para o inglês de H.J. PATON, Nova York, Harper Torchbooks, 1964, p. 456.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Notifique-se a digna Autoridade
impetrada a prestar informações, no prazo legal.

Int.

São Paulo, 22 de março de 2021.

SOUZA MEIRELLES

Desembargador Relator