

# PEÇAS E JULGADOS

---

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 16ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO/SP**

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

**PROCESSO Nº 1034448-85.2021.8.26.0053**

**AUTORAS:** Associação Brasileira de Bares e Restaurantes – Seccional São Paulo e outra  
**Réus:** Estado de São Paulo e outros

O ESTADO DE SÃO PAULO, pessoa jurídica de direito público interno, já qualificado nos autos, por meio do seu Procurador do Estado que subscreve, legalmente habilitado, em conformidade com o art. 132 da Constituição Federal, vem apresentar **CONTESTAÇÃO**, com fundamento nos art. 335 e seguintes do Código de Processo Civil, em face da demanda ajuizada pela ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE BARES E RESTAURANTES – ABRASEL NACIONAL e ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE BARES E RESTAURANTES – SECCIONAL SÃO PAULO, pelos seguintes argumentos que passo a expor:

## **I – SÍNTESE DA DEMANDA**

Trata-se de ação civil pública movida pela Associação Brasileira de Bares e Restaurantes em face do estado de São Paulo e diversos municípios localizados nesta unidade da Federação, na qual se pretende a condenação dos Réus ao pagamento de indenização por danos materiais ocasionados por restrições das atividades dos seus associados estabelecidas em razão da pandemia de Covid-19.

As Autoras alegam que haveria responsabilidade civil do estado por ato lícito em razão dos prejuízos econômicos suportados pelos associados. Apontam que esses danos foram ocasionados por medidas adotadas pelo estado e pelos municípios, uma vez que restringiram a prestação dos serviços para conter o contágio de Covid-19.

Alegam que os danos suportados pelos seus associados foram desiguais em relação ao restante da sociedade, assim como foram anormais, o que ensejaria a responsabilidade civil do estado, ainda que os atos restritivos sejam lícitos.

Apontam, ainda, o princípio da solidariedade (art. 3º, I, da CF/88) como fundamento para a responsabilização dos Requeridos.

Indicaram a decisão do STF no julgamento do RE 571969/DF para defender sua posição, pois entendem que há semelhança entre a situação fática que subsidiou aquela decisão com as circunstâncias fáticas de que trata essa demanda.

Subsidiariamente, as Autoras questionam a licitude dos atos normativos editados pelo estado e pelos municípios. Alegam que os atos não foram devidamente motivados, pois não apontaram evidências científicas e análises sobre informações estratégicas em saúde. Além disso, não foram estabelecidos por prazo determinado. Por isso, teriam violado o disposto no art. 3º, § 1º, da Lei nº 13.979/2020.

Além disso, pedem a inversão do ônus da prova.

Por fim, listam medidas econômicas adotadas em outros países para recuperação da economia, inclusive do setor de bares e restaurantes.

É o relatório do que há de relevante.

## II – DA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA

As Autoras alegam que a presente ação civil pública objetiva a tutela de interesses individuais homogêneos, considerando a “origem comum” dos danos sofridos por seus associados.

Dispõe o Código de Defesa do Consumidor:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: [...]

II – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

A expressão “origem comum”, a caracterizar os interesses individuais homogêneos, é imprecisa. Muitos interesses, por sua vez, podem ter origem comum, mas com significativas diferenças entre eles, faltando a homogeneidade. A doutrina apresenta critérios a serem utilizados para a definição dos interesses individuais homogêneos, tendo destaque o **critério da preponderância**:

Talvez o critério mais conhecido para a identificação dos direitos individuais homogêneos seja aquele, especialmente empregado por Ada Pellegrini Grinover, com

nítida inspiração norte-americana, que reconhece o caráter homogêneo aos direitos individuais sempre que houver preponderância das questões coletivas sobre as questões individuais.

[...] Na realidade, segundo o direito norte-americano, esse requisito deve ainda ser combinado com a exigência de que, além dessa preponderância, fique demonstrado que a via coletiva é a melhor forma de resolver a questão.

Trata-se de um requisito praticamente quantitativo, em que se avalia, por via oblíqua, a utilidade da tutela coletiva. Se houver várias questões coletivas envolvidas nos litígios similares, justifica-se um pronunciamento ‘geral’, que aprecie as questões comuns em uma só decisão, porque com isso se poupa tempo e recursos judiciais nas ações individuais.

[...] Em outro caso semelhante, o Judiciário americano também recusou a certificação para uma ação de classe – envolvendo, do mesmo modo, litígio sobre a dependência causada pelo tabaco – sob a alegação de que não havia a preponderância de questões coletivas sobre individuais. É que, nos termos postos, haveria a necessidade de apurar a razão pela qual cada pessoa iniciara o uso de cigarro, a quantidade, a duração do vício, as eventuais reações ao fumo e o conhecimento prévio sobre os riscos do cigarro. Como essas questões deveriam ser apuradas em relação a cada indivíduo, não haveria a predominância exigida pela lei.

[...] não há dúvida de que a essência da aplicação desse critério no sistema brasileiro pode auxiliar muito no entendimento das situações individuais que podem ser tratadas coletivamente no processo. [...]

O critério da predominância reflete uma preocupação adjacente: a questão de saber se é melhor – ou seja, envolve menos esforço judicial e maior ganho para o interesse das partes – tratar do litígio pela via individual ou pela via coletiva. Nessa preocupação, entram tanto questões como o preparo do Judiciário para lidar com situações muito complexas (a exemplo de ações de classe em que o grupo é muito numeroso), a preocupação com a viabilidade da defesa do requerido, a utilidade da decisão coletiva para a resolução das controvérsias individuais e mesmo o nível de padronização das causas individuais.<sup>1</sup>

No caso ora em exame, é evidente que as questões individuais preponderam sobre as coletivas.

Alegam as Autoras, ao tratar do cabimento da ação civil pública: “*No presente caso, é verificado a nível estadual e municipal que parcela significativa dos bares e*

---

1 ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. Edição do Kindle.

restaurantes fecharam e grande parte dos que se mantiveram em atividade estão com o faturamento negativo” (fl. 4).

Ora, não há como afirmar que determinado bar ou restaurante tenha fechado ou sofrido faturamento negativo em razão da generalidade dos decretos municipais e estaduais editados. É necessária análise caso a caso, em especial porque a falência ou o prejuízo é risco inerente de atividade sujeita a economia de mercado, não se podendo afirmar *a priori*, em uma análise coletiva, que todos os associados dos Autores sofreram prejuízo **em razão** dos decretos municipais e estaduais.

Os municípios corréus editaram decretos com variados graus de restrição nas atividades comerciais, o que também exige que a análise seja feita município por município.

Caso proferida sentença de procedência nesta ação coletiva (o que não se espera), cada execução individual movida por um bar ou restaurante na prática seria um novo processo de conhecimento, inclusive com oitivas de testemunhas e perícia, pois teria que ser analisado, além do *quantum*, se a empresa sofreu prejuízo **em decorrência** dos decretos estaduais e municipais, e não em razão dos riscos inerentes ao negócio.

Os interesses não são suficientemente homogêneos a justificar a propositura de ação civil pública.

Considerando ainda o enorme número de associados das Autoras, seriam centenas de execuções individuais em tramitação nesta Vara, para discussão de situações locais de várias Comarcas do estado.

Requer-se a extinção do processo, sem julgamento de mérito, pela falta de interesse de agir (inadequação da via eleita), nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC.

### **III – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA INDEVIDA**

A parte autora pugna pela inversão do ônus da prova, argumentando que é aplicável o instituto às ações coletivas.

Ocorre que não estão presentes os requisitos legais para que haja a inversão do ônus da prova.

A inversão por decisão judicial é tratada no § 1º do art. 373 do Código de Processo Civil, cuja redação é a seguinte:

§ 1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

A parte autora **não demonstra a presença nenhuma dessas hipóteses** para fundamentar o seu pedido de inversão do ônus da prova. Trata-se de pedido genérico apenas para tentar se ver livre do seu encargo probatório.

Assim, é preciso que se mantenha a distribuição estática, conforme os incisos do art. 373 do Código de Processo Civil, incumbindo ao autor a prova dos fatos constitutivos do seu direito.

#### **IV – BREVE SÍNTESE DOS DECRETOS ESTADUAIS QUE REGULARAM O FUNCIONAMENTO DOS BARES E RESTAURANTES**

Antes de adentrarmos ao mérito, é relevante trazer um breve retrospecto dos decretos estaduais que versaram sobre a medida de quarentena, todos com fundamento na Lei federal nº 13.979/2020.

O **Decreto estadual nº 64.881/20**, editado em 22 de março de 2020<sup>2</sup>, estabeleceu a medida de quarentena no estado de São Paulo. Ao detalhar a medida nos seus dispositivos, percebe-se que ela consistiu na **suspensão do atendimento presencial ao público em estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços** e o **consumo no local** em bares, restaurantes, padarias e supermercados, ficando **permitido o serviço de entrega e retirada**. Estabelece o dispositivo:

Artigo 2º – Para o fim de que cuida o artigo 1º deste decreto, fica suspenso:

I – o atendimento presencial ao público em **estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços**, especialmente em casas noturnas, “shopping centers”, galerias e estabelecimentos congêneres, academias e centros de ginástica, ressalvadas as atividades internas;

II – o consumo local em bares, restaurantes, padarias e supermercados, **sem prejuízo dos serviços de entrega (“delivery”) e “drive thru” (g.n.)**.

2 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-64881-22.03.2020.html>.

Apenas não foram atingidas pela suspensão as atividades consideradas essenciais, como aquelas relacionadas aos serviços de saúde, abastecimento e segurança.

Vale destacar que, esclarecendo o teor do decreto, o **Comitê Administrativo Extraordinário Covid-19** editou a **Deliberação nº 2, em 23 de março de 2020**<sup>3</sup>, que apontou:

Deliberação nº 2, de 23 de março de 2020:

I – o Comitê esclarece que, à luz do Dec. 64.881/2020[...]

b) no caso de bares, lanchonetes, restaurantes e padarias, inclusive quando funcionando no interior de supermercados, **admite-se o atendimento presencial ao público, estando vedado apenas o consumo no local** (g.n.).

Posteriormente, em razão da melhoria no cenário epidemiológico, foi implementado o **Plano São Paulo de abertura gradual e responsável das atividades econômicas não essenciais**, conforme disposições do **Decreto estadual nº 64.994/2020**<sup>4</sup>.

O plano consiste no estabelecimento de restrições às atividades econômicas não essenciais de acordo com as **condições epidemiológicas e estruturais do Estado**, cuja aferição se baseia na **evolução da pandemia de COVID-19** (número de casos confirmados da doença em dado período) e **capacidade de resposta do sistema de saúde** (informações da Central de Regulação de Ofertas e Serviços de Saúde – CROSS referente à demanda por leitos de UTI).

Os detalhes das divisões em regiões, da periodicidade de avaliação da qualificação de cada uma delas, bem como os critérios utilizados foram divulgados em endereço eletrônico na internet<sup>5</sup> e através de coletivas de imprensa frequentes feitas pelo Governo do Estado.

A classificação de cada região foi feita em cores de acordo com o cálculo do risco de cada uma das áreas, sendo este feito com base em critérios objetivos detalhados no Anexo II do Decreto. Pela importância, vale trazer uma imagem que ilustra esses critérios:

3 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-64881-22.03.2020.html>.

4 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-64994-28.05.2020.html>.

5 Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/planosp/>.

Metodologia – cálculo dos critérios



Critério	Indicador	Variável	Peso	Fase 1	Fase 2	Fase 3	Fase 4
				Alerta máximo	Controle	Flexibilização	Abstenção parcial
Capacidade e do Sistema de Saúde	Taxa de ocupação de leitos UTI COVID (%)	O	4	Acima de 80%	Entre 70% e 80%	Entre 60% e 70%	Abaixo de 60%
	Leitos UTI COVID / 100k habitantes	L	1	Abaixo de 3,0	Entre 3,0 e 5,0	Acima de 5,0	Acima de 5,0
Evolução da epidemia	# de novos casos últimos 7 dias / # de novos casos 7 dias anteriores	Nc	1	Acima de 2,0	Acima de 2,0	Entre 1,0 e 2,0	Abaixo de 1,0
	# de novas internações últimos 7 dias / # de novas internações 7 dias anteriores	Ni	3	Acima de 1,5	Entre 1,0 e 1,5	Entre 0,5 e 1,0	Abaixo de 0,5
	# de óbitos por COVID nos últimos 7 dias / # de óbitos por COVID nos 7 dias anteriores	No	1	Acima de 2,0	Entre 1,0 e 2,0	Entre 0,5 e 1,0	Abaixo de 0,5
Valor para o cálculo				1	2	3	4

(1) Capacidade do Sistema de Saúde =  $(O*4 + L*1)/(4 + 1)$

(2) Evolução da epidemia =  $(Nc*1 + Ni*3 + No*1)/(1 + 3 + 1)$

A classificação final da área corresponderá à menor nota atribuída a um dos critérios (1) Capacidade do Sistema de Saúde ou (2) Evolução da Epidemia, arredondada para baixo até o número inteiro mais próximo.

Para cada uma das fases, havia medidas restritivas específicas. O consumo local em bares e restaurantes só era vedado nas fases mais restritivas (vermelha e laranja). Nas fases amarela e verde, era permitido o consumo no local, mas seguindo determinadas restrições, conforme Anexo III do Decreto:

Atividades com atendimento presencial	Fase 1	Fase 2	Fase 3	Fase 4
<u>Consumo local</u> (bares, restaurantes e similares)	X	X	Somente ao ar livre; Capacidade 40% limitada; Horário reduzido (6 horas seguidas); Adoção dos protocolos geral e setorial específicos.	Capacidade 60% limitada; Adoção dos protocolos geral e setorial específicos.

No decorrer do tempo, decretos estaduais posteriores alteraram alguns aspectos do Plano São Paulo, mas mantendo a premissa de que, quanto piores os indicadores epidemiológicos e quanto menor a capacidade de resposta do sistema de saúde, as restrições às atividades dos serviços não essenciais seriam mais severas. Contudo, em nenhum momento ao longo da pandemia o Requerido, em qualquer das fases do Plano São Paulo, impediu o funcionamento de bares e restaurantes pelo sistema *delivery* e *drive-thru*.

Ao todo, foram realizadas 24 atualizações (todas em anexo a esta petição) nas classificações das regiões do estado de São Paulo, sendo que do período de 7 de

agosto de 2020 a 15 de janeiro de 2021, grande parte do estado permaneceu nas fases amarela e verde, o que viabilizava o consumo local em bares e restaurantes.

Em março de 2021, em razão do grave recrudescimento da pandemia causada por nova cepa do coronavírus (P.1), foi adotada uma **fase emergencial** com a classificação de todas as regiões no alerta máximo (fase vermelha), conforme disposto no **Decreto Estadual nº 65.545 de 03/03/2021**<sup>6</sup>. Continuou sendo permitido funcionamento de bares e restaurantes pelo sistema *delivery* e *drive-thru*.

Estudo desenvolvido pelo Centro Brasil-Reino Unido de Descoberta, Diagnóstico, Genômica e Epidemiologia de Arbovírus (grupo CADDE) concluiu que a variante P.1 é de 1,4 a 2,2 vezes mais transmissível do que as anteriores e tem probabilidade de 25% a 61% maior de escapar da imunidade desenvolvida a partir de uma contaminação prévia por outra cepa<sup>7</sup>.

Além disso, pesquisadores da Fundação Oswaldo Cruz Amazônia concluíram que a nova variante gera carga viral **dez vezes maior do que quando comparada com as demais cepas do coronavírus, especialmente em pessoas com 18 a 59 anos e em mulheres idosas**<sup>8</sup>.

Como resultado desses fatores, observou-se elevada sobrecarga dos serviços de saúde no estado, públicos ou privados, acompanhada de alto índice de mortes e casos confirmados.

Apenas para ilustrar a calamidade da situação, o estado chegou à triste marca de 1.209 mortes em 24 horas<sup>9</sup>, além disso, havia mais de doze mil pessoas internadas em leitos de UTI<sup>10</sup>.

Em abril de 2021, estabeleceu-se **fase de transição**, com a volta gradual do atendimento presencial ao público nos estabelecimentos comerciais e prestadores

6 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2021/decreto-65545-03.03.2021.html>.

7 Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/cientistas-comprovam-que-a-variante-p-1-e-ate-24-vezes-mais-transmissivel-que-outras-linhagens-do-coronavirus/>.

8 Disponível em: <https://www.researchsquare.com/article/rs-275494/v1>.

9 Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,sao-paulo-bate-novo-recorde-de-mortes-pela-covid-em-24-horas-com-1209-vitimas,70003665543>.

10 Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/ultimas-noticias/sp-tem-286-mil-internados-por-covid-19-e-ultrapassa-a-marca-de-12-mil-pacientes-em-uti/>.

de serviços e atividades não essenciais, conforme disposto no **Decreto Estadual nº 65.635/2021**<sup>11</sup>.

A fase de transição foi sendo estendida por sucessivos decretos, com gradativa flexibilização no funcionamento de bares e restaurantes, conforme melhora na situação epidemiológica<sup>12</sup>:

Bares e restaurantes	18/04 a 23/04	24/04 a 30/04	01/05 a 07/05	08/05 a 23/05	24/05 a 08/07	09/07 a 31/07
Permissão de consumo local	Entre 11h e 19h	Entre 6h e 20h	Entre 6h e 21h	Entre 6h e 21h	Entre 6h e 21h	Entre 6h e 23h
Ocupação permitida em relação à capacidade	Até 25%	Até 25%	Até 25%	Até 30%	Até 40%	Até 60%

A limitação de horário e de ocupação também era aplicável a salões de beleza, barbearias, atividades culturais e academias, atividades que também passaram a poder atender presencialmente apenas nesse período.

Por fim, o **Decreto Estadual nº 65.897/2021**<sup>13</sup>, atualmente vigente, permite o atendimento presencial das 6 horas até e meia-noite e ampliou a taxa de ocupação permitida para 80%, considerando o período de 1º a 16 de agosto de 2021.

Vale destacar que todos os decretos estaduais foram acompanhados das notas técnicas que os embasaram, emitidas pelo Centro de Contingência do Coronavírus, sendo este composto por 21 membros especialistas, cujas manifestações sempre se pautam em informações científicas mais aceitas no mundo em cada momento.

A edição de cada decreto estadual decorreu de um **juízo de ponderação** entre os direitos e garantias previstos na Constituição Federal: direitos à vida e à saúde da população (CF, art. 5º, *caput*, e art. 196) e o princípio da livre iniciativa (CF, art. 1º, inciso IV, e art. 170). Em situação de urgência de saúde, é razoável que haja uma restrição parcial no princípio da livre iniciativa, respeitando-se a proporcionalidade ao

11 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2021/decreto-65635-16.04.2021.html>.

12 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2021/decreto-65856-07.07.2021.html>.

13 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2021/decreto-65897-30.07.2021.html>.

se realizar a restrição no funcionamento dos serviços não essenciais no grau estritamente necessário para a proteção dos demais direitos e garantias constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 6.341/DF, tratando especificamente da emergência sanitária internacional decorrente da pandemia de coronavírus, fez constar da ementa do acórdão que “*As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente*”, coordenação realizada pelo estado de São Paulo com a finalidade de salvar vidas.

E sem prejuízo das medidas sanitárias adotadas, o estado de São Paulo elaborou plano de apoio aos setores mais afetados na economia, priorizando inclusive bares e restaurantes com faturamento mensal de até R\$ 30 mil<sup>14</sup>.

## **V – INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

No caso dos autos, não estão presentes os requisitos capazes de ensejar a responsabilidade civil do estado de São Paulo, devendo a ação ser julgada totalmente improcedente.

Será demonstrado que inexistiu dano especial ou desproporcional em relação aos associados das autoras. Primeiramente, pelo fato de que, se os danos atingiram um setor inteiro de atividade econômica, não há como considerar esse dano como específico. Em segundo lugar, pelo fato de que diversos outros setores econômicos e sociais também tiveram perdas no curso da pandemia. Será demonstrado que o dano, se existente, não é indenizável (dano justo).

Também restará esclarecido que os danos decorrem da própria situação de pandemia, considerada como verdadeira força maior e excludente do nexo de causalidade em relação a qualquer conduta estatal em razão da adoção da teoria do risco administrativo pelo art. 37, § 6º, da CF/88.

Por fim, será demonstrada a licitude dos atos estatais, pois inexistente a ausência de motivação ou de violação da Lei nº 13.979/2020.

---

14 Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/noticias-coronavirus/estado-lanca-plano-de-apoio-economico-a-setores-mais-afetados-na-pandemia/>.

## V.1 – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO LÍCITO

No caso dos autos, não estão presentes os requisitos que poderiam ensejar a responsabilidade civil do estado por ato lícito.

### (A) Inexistência de dano específico

Os atos estatais comumente afetam a esfera jurídica dos particulares, inclusive para restringir ou disciplinar o exercício de direitos com o propósito de tornar possível a vida em sociedade e atingir os objetivos constitucionais.

As concessões individuais em prol da coletividade são pressupostos básicos do pacto social e devem ser suportadas por todos que a integram.

Todos devem suportar sacrifícios de forma isonômica. Em outras palavras, indivíduos em situações iguais devem se sujeitar às mesmas intensidades de restrições. Ao passo que indivíduos em situações desiguais devem ser atingidos de forma desigual na medida das suas desigualdades, seguindo a máxima do princípio da igualdade em sentido material.

Assim o é com regras de trânsito, poder de tributar, limitações aos direitos de propriedade e outras tantas situações presentes no ordenamento jurídico.

O estado, com estrita observância dos ditames constitucionais, deve apenas definir quais serão os sacrifícios necessários para concretização do projeto de sociedade previsto na Carta Maior.

Nessas situações, é certo que **não há direito a indenização para os particulares que suportam essas restrições.**

Excepcionalmente, se presentes os demais requisitos da responsabilidade civil, **o particular fará jus a uma indenização quando suportar um dano específico e anormal.** A especificidade diz respeito a um dano que atingiu particularmente um ou alguns poucos indivíduos e que não se estendeu ao restante da coletividade.

Nesses casos, o fundamento para a indenização será o princípio da isonomia. Se os seus iguais não suportaram esse dano em prol da coletividade, eles farão *jus* a uma compensação, que representará uma forma de repartição dos encargos sociais com a coletividade. Isto é, o prejuízo deixa de ser restrito e é dividido com todos os cidadãos.

A título de exemplo, podemos mencionar o caso da desapropriação. Um ou alguns poucos indivíduos perdem a sua propriedade para que lhe seja dada uma destinação pública, em compensação, devem ser indenizados.

Vale destacar que não é necessário que todas as pessoas do país sofram o mesmo dano para que ele não seja considerado específico, basta que seja um dano generalizado ou abrangente. Nesse sentido, afirma Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>15</sup>:

[...] o dano especial é aquele que corresponde a um agravo patrimonial que incide especificamente sobre certo ou certos indivíduos e não sobre a coletividade ou sobre genérica e abstrata categoria de pessoas.

Assim, podemos perceber que a responsabilidade civil do estado por prejuízos relacionados a atos lícitos, é **indispensável que o dano seja específico**. A propósito, é esse o entendimento esposado pelo STF no RE 573.969:

10. O Estado responde juridicamente também pela prática de atos lícitos, quando deles decorrerem prejuízos para os particulares em condições de desigualdade com os demais. (RE 571969, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 12/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-181 DIVULG 17-09-2014 PUBLIC 18-09-2014)

Com base nessas premissas, **no caso dos autos não houve um dano específico**.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que os atos normativos adotados pelo estado de São Paulo com a finalidade de conter o contágio da Covid-19 jamais se destinou exclusivamente aos associados das Autoras, mas abrangeram os demais bares e restaurantes não associados, bem como as mais diversas atividades sociais (inclusive não econômicas).

Conforme detalhado no item IV desta petição, as restrições sempre foram impostas a **todas as atividades comerciais e de prestação de serviços não essenciais**, o que abrangeu a **grande maioria dos estabelecimentos do estado**.

Até mesmo atividades religiosas coletivas e atividades de ensino, em estabelecimentos privados, chegaram a ser impedidas de acontecer presencialmente.

Além disso, pode-se observar que **jamais houve impedimento do funcionamento de bares e restaurantes**, mas apenas o impedimento de consumo no local, havendo permissão para a venda de produtos para entrega ou retirada no local.

---

15 MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo. 2015. p .1051.

Quando comparados a outros setores, pode-se perceber que os bares e restaurantes não compuseram o setor com mais restrições. A título de exemplo, no Plano São Paulo, as academias só poderiam funcionar com atendimento presencial na fase verde. Eventos esportivos continuam sem poder ter público, assim como shows e eventos culturais.

Portanto não há como se admitir que os associados das Autoras suportaram restrições ou ônus desproporcionais quando em comparação com o restante da sociedade. Todos os setores não essenciais se submeteram a restrições praticamente idênticas e, se tais restrições causaram danos, estes foram suportados por todos eles.

A par disso, as Autoras não demonstram que os seus associados teriam sofrido um dano desproporcional, apenas fazendo alegações genéricas que pressupõem que apenas eles teriam sido alvo das restrições e sofreram prejuízos econômicos ao longo da pandemia.

Todavia os prejuízos econômicos foram generalizados, o que é percebido pela queda de 4,1% do PIB nacional, tendo alta apenas no setor de Agropecuária e queda nos demais<sup>16</sup>.

Em conclusão, em se tratando de danos abrangentes e generalizados, não se pode admitir a responsabilidade civil do estado por ato lícito.

## **(B) Inexistência de dano injusto**

No Código Civil, ao lado do dano ilícito decorrente de ato ilícito (art. 297, *caput*), há expressa previsão legal (art. 927, parágrafo único) para a adoção da teoria do risco como fundamento do dever de indenizar danos ilícitos decorrentes de atos objetivamente lícitos, ou nos casos em que a lei determine o dever de indenizar os danos independentemente da existência de conduta culposa, o que **não** está presente no caso ora em análise.

Há ainda as situações em que o dano ocorre a partir do exercício de direito. Nesses casos, eventual dever de indenizar não decorre da culpa nem do risco, mas, sim, da busca de um equilíbrio para que não haja o crescimento de um patrimônio

---

16 Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/30165-pib-cai-4-1-em-2020-e-fecha-o-ano-em-r-7-4-trilhoes>

em detrimento do outro. Nesse caso, deve-se avaliar se o dano lícito é justo (não indenizável) ou injusto (indenizável).

Paulo Rogério Bonini explica:

Nesse ponto, considerando-se a construção da teoria da responsabilidade civil por ato lícito, tem-se a necessidade de se alterar a regra de imputação, passando da conduta do agente causador do dano em si, seja por conta de conduta contrária a um comando legal genérico (culpa), seja pela assunção de um risco que lhe traga, de alguma forma, vantagem jurídica na assunção, para a existência do dano injusto, caracterizado como aquele que atinge direitos da vítima que não se mostrarem proporcionais aos interesses tutelados pelo causador do dano, que o faz a partir do exercício de uma posição jurídica fundada num direito também a ele reconhecido. A questão é, em linhas finais e simplistas, de ponderação de valores, fundada na Constituição Federal.<sup>17</sup>

O evento será considerado *dano injusto* se o ordenamento jurídico o tomar por intolerável.

No caso dos autos, o estado de São Paulo editou decretos, impondo restrições ao atendimento presencial de bares e restaurantes, no **regular exercício do poder de polícia sanitária (CF, art. 200, inciso II)**, com o objetivo de diminuir a transmissão do coronavírus, atendendo ao mandamento constitucional de que é dever do Estado adotar medidas para a *“redução do risco de doença e de outros agravos”* (art. 196).

Os interesses tutelados pelo estado de São Paulo são a vida e a saúde dos milhões de paulistas. Como já exposto, estima-se que as medidas adotadas salvaram a vida de centenas de milhares de pessoas, além de ter evitado a contaminação e a internação de um número ainda maior de cidadãos. Isso é incontroverso, tanto que admitido pelas Autoras: *“os proprietários de bares e restaurantes têm consciência do grave momento que todos estão enfrentando em razão da pandemia ocasionada pela Covid-19 e entendem que as diretrizes adotadas pelos chefes do Poder Executivo Estadual e Municipal são justificadas a título de minimizar os efeitos nocivos que este vírus pode ocasionar”* (fl. 14).

---

17 BONINI, Paulo Rogério. Responsabilidade civil por ato lícito. In: GUERRA, Alexandre Dartanham de Mello; BENACCHIO, Marcelo (org.). Responsabilidade civil. 201. ed. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015, p. 159-182.

Já os interesses dos associados da Autora, em que pese relevantes, são unicamente econômicos, caracterizados pelo valor da livre iniciativa, que foi em certa medida – no limite estritamente necessário para a salvaguarda das vidas dos paulistas – restringido por períodos determinados.

A ponderação de valores torna inevitável a conclusão de que houve proporcionalidade entre o dano eventualmente sofrido pelos bares e restaurantes e os interesses tutelados pelo estado de São Paulo, pois é evidente que a vida e a saúde dos cidadãos são valores preponderantes.

Inexistiu, assim, dano injusto, faltando o elemento necessário para a responsabilização civil do estado de São Paulo pela prática de ato lícito.

### **(C) Inexistência de nexo de causalidade**

Ainda que se aplique ao caso a teoria do risco administrativo, igualmente sem razão as Requerentes.

No caso dos autos também não há nexos de causalidade entre os prejuízos econômicos alegados e os atos normativos estaduais. A causa para tais danos foi a pandemia de Covid-19, cuja natureza jurídica é de força maior, excluindo a responsabilidade estatal com base no art. 37, §6º, da CF/88. Foram causados ainda por mudança nos costumes da população que inclusive precediam à pandemia, sendo intensificados por ela.

A responsabilidade civil do Estado é regida pela Constituição Federal que estabelece:

§ 6º – As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos **que seus agentes, nessa qualidade, causarem** a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (g.n.).

Do trecho destacado se extrai, conforme prevalece na jurisprudência dos Tribunais Superiores, a **teoria do risco administrativo** como fundamento para responsabilidade civil do Estado. A referida teoria pressupõe que o dano tenha como causa uma **conduta (comissiva ou omissiva) de agente público** para que haja responsabilização estatal. Nas hipóteses em que a causa do dano for outra, não há que se falar em dever de indenizar por parte do Estado.

Nesse sentido, vale a transcrição das lições de Rafael Oliveira:

De acordo com a teoria do risco administrativo, adotada pelo art. 37, §6º, da CF/88, o Estado pode se defender nas ações indenizatórias por meio do rompimento do nexo de causalidade, demonstrando que o dano suportado pela vítima não foi causado pela ação ou omissão administrativa.<sup>18</sup>

No caso dos autos, os prejuízos econômicos alegados na petição inicial, assim como aqueles sofridos pelos mais diversos setores da economia, tiveram como causa a pandemia de Covid-19.

As pandemias geram situações de anormalidade nas sociedades, **não sendo legítimo presumir que as atividades econômicas manteriam seu funcionamento e faturamento em patamares de normalidade.**

Mesmo que não houvesse atuação estatal no sentido de restringir essas atividades, a redução no faturamento das atividades ocorreria, pois é normal que a sociedade abandone certos hábitos para se preservar da doença e até mesmo poupar recursos financeiros.

Essa mudança de comportamento precedia a pandemia, que apenas a intensificou. Há anos o fenômeno era notado, *“já que desde 2018 o delivery aumentou 23% no Brasil, segundo o Instituto de Foodservice Brasil”*<sup>19</sup>. Ainda:

A internet e os problemas urbanos, sobretudo os de mobilidade, criaram uma demanda por serviços de *delivery* que proporcionem comodidade e segurança. Este nicho de mercado em expansão contempla variadas categorias de serviços. Segundo uma pesquisa do Instituto Ipsos de 2017, 42% dos pedidos de entrega de alimentos no Brasil são efetuadas por meio de plataformas digitais. Já de acordo com uma pesquisa da BOX1824 de 2018, os consumidores querem otimizar o tempo ao valorizar a experiência gastronômica com rapidez e praticidade.<sup>20</sup>

Levantamento da consultoria EY Parthenon<sup>21</sup>, que apurou o impacto da pandemia da Covid-19 sobre os hábitos de consumo e comportamentos dos consumidores brasileiros, revelou que, diante da crise, 69% dos brasileiros passaram a cozinhar mais suas próprias refeições; 54%, a comprar apenas o essencial; 41%, a utilizar mais serviços de entrega de refeições; e 32%, a encomendar produtos alimentares

18 OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2021, p. 760.

19 Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/dino/aumento-de-60-no-delivery-faz-investidores-buscarem-por-inovacao,5297fed7f4b12c4dda03d54611c21eb1kxsl6lwh.html>.

20 Disponível em: <https://institutopara.com.br/rapidez-e-seguranca-a-era-do-delivery/>.

21 Disponível em: <https://veja.abril.com.br/insights-list/insight-3/>.

on-line com mais frequência. **Apenas 18% dos consumidores se sentiam confortáveis em comer em um restaurante.** Consta na reportagem:

A pandemia provocou uma mudança de atitude e de prioridades em relação às atividades cotidianas. Ações que eram feitas sem preocupação, como escolher roupas em uma loja física, frequentar bares e restaurantes ou ir ao shopping center, passaram a ser consideradas arriscadas. Todos esses itens são atividades que menos de 20% dos consumidores disseram estar confortáveis em fazer neste momento.

A cautela das pessoas é a regra nessas situações de anormalidade, de modo que os seus gastos passam a se concentrar no que for mais essencial e o comportamento tende a ser mais conservador para evitar o adocimento.

Os estabelecimentos que perceberam a mudança na forma de consumo e, por exemplo, investiram em *delivery*, cresceram na pandemia:

alguns segmentos, mesmo afetados pelo avanço do novo coronavírus, como o comércio varejista e o ramo de alimentos e bebidas, conseguiram equilibrar o fluxo de caixa e até registrar crescimento no faturamento. O estudo, que ouviu 6.080 empreendedores de todo o país, concluiu que 400 mil pequenos negócios tiveram aumento médio de 47% na receita. De acordo com o presidente do Sebrae, Carlos Melles, pequenas empresas que passaram a inovar e mudaram seu modelo de negócio estão conseguindo se manter. “Observamos que, ainda que em um percentual baixo, se comparado ao resultado macro da pesquisa, os empresários que enxergaram oportunidades e se reinventaram saltaram na frente dos outros. Segundo nossa pesquisa, entre as micro e pequenas empresas que tiveram crescimento na receita durante a crise, cerca de 48% mudaram o modo de funcionamento, apostando mais em entregas on-line e serviços na internet”, disse o executivo.<sup>22</sup>

Tudo isso a demonstrar que **não há nexos de causalidade** entre os decretos estaduais editados pelo estado de São Paulo – que restringiram parcialmente, e por determinados períodos, o atendimento presencial em bares e restaurantes – e os danos alegados pelas Autoras. Seja porque o Requerido viu-se compelido a editá-los em decorrência de força maior (pandemia), seja porque a mudança de comportamento dos consumidores, independentemente dos decretos, já causou a redução no faturamento desses estabelecimentos. Ademais, em uma economia de mercado, os empresários devem adaptar seus negócios às novas condições, tanto que os que assim fizeram até aumentaram o faturamento, não sendo correto responsabilizar

---

22 Disponível em: [https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/04/29/internas\\_economia,1142774/pequenos-negocios-que-ampliaram-faturamento-durante-a-crise.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/04/29/internas_economia,1142774/pequenos-negocios-que-ampliaram-faturamento-durante-a-crise.shtml).

o Requerido pelos prejuízos sofridos por aqueles que não foram bem-sucedidos na condução de seus negócios durante esse período de crise.

Por fim, o fato é que os decretos estaduais **reduziram os danos que toda a economia poderia vir a sofrer**, caso nenhuma medida de combate à pandemia fosse adotada, como se passa a explicar.

Sobre o tema, vale destacar trecho de artigo publicado pelo economista Thomas Conti<sup>23</sup>:

Cabe destacar que os custos de medidas de distanciamento social têm sido pensados por alguns economistas como se a adoção dessas medidas fosse uma decisão exógena (deliberada e externa) dos agentes públicos, e como se os danos econômicos observados fossem inteiramente explicados pelas medidas de distanciamento social. Está é uma forma equivocada de entender o problema. As razões são explicadas a seguir.

a. Primeiro, porque a pandemia de **Covid-19 já impõe, por si mesma, uma crise econômica**, que consiste na redução drástica do comércio internacional, redução drástica de todas as atividades de turismo e que envolvam aglomerações, e aumento da aversão ao risco de investidores, produtores e consumidores. Estes efeitos serão tanto maiores quanto mais evidentes forem os danos da pandemia. **O impacto do distanciamento social nestas atividades não é mais do que adiantar em algumas semanas ou meses a queda de demanda que já aconteceria com essas atividades de toda forma se não houvesse tentativa de conter o contágio.**

b. Logo, por conta do motivo anterior, o efeito real das medidas de distanciamento social seria melhor aproximado pelo efeito econômico marginal que elas trazem, positivo ou negativo, sobre os efeitos já esperados do impacto causal da pandemia de Covid-19.

c. **Por exemplo, em um extremo, uma política que impeça uma casa noturna de espaço fechado de abrir as portas terá efeito econômico marginal próximo de zero, pois a casa noturna já fecharia de toda forma em questão de semanas ou no máximo dois meses por conta da demanda causada pela pandemia.**

A atuação do Estado, ao invés de causar prejuízos, reduziu sobremaneira os danos, não apenas financeiros, mas também humanitários.

Em outras palavras, as medidas adotadas foram decisivas para controle da pandemia dentro do que era possível, evitando colapso do sistema público de saúde,

---

23 Disponível em: <http://thomasvconti.com.br/wp-content/uploads/2020/04/Conti-Thomas-V.-2020-04-06.-Crise-Tripla-do-Covid-19-olhar-econ%C3%B4mico-sobre-as-pol%C3%ADticas-p%C3%BAblicas-de-combate-%C3%A0-pandemia.-Texto-para-discuss%C3%A3o.-Vers%C3%A3o-1.1.pdf>.

do sistema funerário e até mesmo uma calamidade pública maior. **Se as restrições não fossem adotadas, a pandemia resultaria em graves perdas humanas e, conseqüentemente, perdas econômicas mais graves para todos os setores, inclusive para os associados das Autoras.**

As alegações podem ser reforçadas com dois dados relevantes.

O primeiro deles, fruto de estudo realizado pelo *Imperial College*<sup>24</sup>, indica que, se as medidas de mitigação não fossem adotadas no Brasil, o total de mortes chegaria a 1.152.283, mais que o dobro do número de mortes ocorridas até o momento (532 mil mortes).

Tomando as proporções para o estado de São Paulo, que conta hoje com a triste marca de 132 mil mortes, é possível constatar que as medidas evitaram mais de 132 mil mortes.

Do ponto de vista econômico, a prevenção de danos é alcançada com medidas de contenção da pandemia baseadas na restrição de atividades econômicas.

O primeiro exemplo, para ilustrar, é o de estudo realizado pelo MIT nos Estados Unidos que demonstrou que, durante a pandemia da gripe espanhola em 1918, as cidades que intervieram mais cedo e mais agressivamente no controle da pandemia não tiveram performance econômica pior e tiveram crescimento econômico mais rápido após o fim da pandemia<sup>25</sup>.

Em segundo lugar, economistas da universidade de Chicago nos Estados Unidos estimaram que um distanciamento social moderado de 3 a 4 meses durante a pandemia de Covid-19 teria impacto econômico positivo de 8 trilhões de dólares na economia americana<sup>26</sup>.

Em conclusão, mais uma vez pertinente trecho do artigo de Thomas Conti: *“Isto é, combater a pandemia é combater a crise econômica por conter danos maiores”* (p. 55).

---

24 Disponível em: <https://pfarma.com.br/imperial-college-mortes.html> e em <https://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/medicine/sph/ide/gida-fellowships/Imperial-College-COVID19-Global-Impact-26-03-2020.pdf>.

25 Disponível em: <https://www.economist.com/graphic-detail/2020/03/31/lessons-from-the-spanish-flu-social-distancing-can-be-good-for-the-economy>.

26 Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3561244](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561244).

Percebe-se que todos os indicativos demonstram que as medidas adotadas pelo Estado têm impacto positivo na economia como um todo, pois **previnem danos ainda maiores que decorreriam da pandemia**.

Portanto o que se extrai das exposições acima apontadas é que:

a) Os danos econômicos suportados em todos os setores da economia, inclusive de bares e restaurantes, tiveram como causa a própria pandemia de Covid-19. Esta tem natureza jurídica de **força maior e exclui a responsabilidade civil do Estado** com base no art. 37, §6º, da CF/88. Os danos decorreram também da mudança no comportamento dos consumidores, que por razões financeiras ou receio de contaminação, passaram a evitar consumo em bares e restaurantes.

b) As medidas restritivas adotadas pelo Estado, assim como todas as demais medidas que visaram conter o avanço da pandemia de Covid-19, tiveram impacto econômico positivo em todos os setores da economia, pois **evitaram que um dano ainda maior se concretizasse em razão da situação pandêmica**.

Assim, ausente o nexo causal entre os danos apontados e as condutas estatais, inexistente responsabilidade civil do Estado, devendo a ação ser julgada totalmente improcedente. Vale destacar que estas conclusões se aplicam tanto para a hipótese de responsabilidade civil por ato lícito ou ato ilícito (tese subsidiária das Autoras).

#### **(D) *Distinguishing* do precedente firmado no RE 571969**

As Autoras citam o precedente firmado no RE 571.969 para fundamentar seu pedido de indenização por ato lícito. Ocorre que o caso dos autos é substancialmente distinto do caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal no referido recurso. Portanto as conclusões do precedente não podem ser transpostas para o caso em tela.

De início, é relevante fazer breves apontamentos sobre o caso julgado no RE 571.969 para destacar as claras distinções com a situação de fato abordada nesta ação.

O precedente invocado trata de condenação da União ao pagamento de indenização a uma única empresa, sendo ela **concessionária do serviço público** de aviação. O fato que deu ensejo à condenação foi o **congelamento de preços e tarifas aéreas** com fundamento em plano econômico (Plano Cruzado) que buscavam afastar os altos níveis de inflação.

No caso, o STF considerou que de um lado houve o congelamento das tarifas aéreas (remuneração da empresa concessionária) e, por outro lado, houve um aumento de custos na prestação do serviço, sendo que estes não eram cobertos pelas tarifas. Em razão da vinculação da concessionária, esta teve de manter a prestação do serviço ainda que sem receber a adequada remuneração.

Para ilustrar a peculiaridade da situação, cumpre transcrever trecho do voto da Ministra Relatora Cármen Lúcia:

Entretanto, os atos que compõe o que se apelidou de Plano Cruzado, fundamento do questionamento apresentado na presente ação, conquanto não tenham se afastado do princípio da legalidade, tendo sido plenamente justificados por imperioso interesse do Estado e, principalmente, da sociedade brasileira, como lembrado, **provou direta e especialmente danos à Recorrida, conduzindo-a e à entidade AEROS, sofrendo lesão contra a qual não poderia lutar, não poderia atuar porque amarrada às regras de concessão do serviço público.**

Diante disso e com fundamento no direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, o STF concluiu que a concessionária faria *jus* à indenização.

Feita essa breve exposição sobre o precedente, podemos perceber as seguintes distinções com o caso da presente ação:

1. Na presente ação, as Autoras pedem indenização em favor de seus associados que não são concessionários de serviços públicos, logo não fazem *jus* a um equilíbrio econômico-financeiro, sendo este o argumento central para resolução no precedente invocado.

2. Por não se tratar de concessionárias, tinham liberdade para buscar meios alternativos de minimizar suas alegadas perdas, diferentemente da concessionária, que teve de permanecer prestando o serviço conforme impunha a regulação estatal e sem poder reduzir os seus custos. Isto é, o grau de ingerência decorrente do poder de polícia é substancialmente menos intenso que o grau de ingerência decorrente do poder regulatório de contratos de concessão.

3. Na presente ação, as Autoras buscam indenização para um universo de pessoas jurídicas e com base em um ato normativo (genérico e abstrato), completamente incompatível com o conceito de dano específico. No precedente, a autora se refere a uma única empresa concessionária e tem como fundamento um ato individual que promoveu o congelamento das tarifas aéreas.

Portanto, dadas as absolutas distinções entre os dois casos, não há como tomar a conclusão do precedente invocado para a presente ação.

## **V.2 – INEXISTÊNCIA DE ILICITUDE DOS ATOS ESTATAIS**

Como tese subsidiária, a parte autora fundamenta seu pedido em uma suposta ilicitude dos atos administrativos que impuseram restrições às atividades econômicas.

A primeira consideração a ser trazida é que a ausência denexo causal apontada no item V.1 também se aplica a uma hipotética responsabilidade por ato ilícito. Assim, só por esta razão a pretensão estaria prejudicada.

As ilicitudes alegadas pelas Autoras consistem na ausência de motivação científica, bem como de prazo certo, o que violaria o disposto no art. 3º, § 1º, da Lei Federal nº 13.979/2020.

Todavia as ilegalidades inexistem, conforme se passa a demonstrar.

### **(A) Motivação dos atos e evidências científicas**

A medida de quarentena, especificamente no que se refere às restrições das atividades não essenciais, visam reduzir a transmissão do vírus e, por consequência, o número de infectados, demanda por leitos de UTI e mortos pela doença.

Quanto menor for o tráfego e o contato entre as pessoas, menor será a transmissão. Nessa toada, impedir o consumo local nos bares e restaurantes reduz o contato entre os clientes, especialmente quando ingerem bebidas ou comidas, uma vez que estão sem máscaras e levando objetos à boca.

Estudo publicado pela revista *Nature*<sup>27</sup>, de novembro de 2020, atestou que os restaurantes são os locais mais perigosos, até três ou quatro vezes mais que outros setores. Segundo o estudo, a reabertura completa dos restaurantes de Chicago importaria em 600 mil novas infecções em poucos meses, número elevadíssimo para uma única cidade.

---

27 Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s41586-020-2923-3> e em <https://www.nature.com/articles/s41562-020-01009-0.pdf>.

Segundo o CDC (*Centers for Disease Control and Prevention*), ir a um bar e comer dentro de um restaurante são, respectivamente, a 2<sup>a</sup> e 4<sup>a</sup> atividade com maior risco de contaminação, em um ranking elaborado com dez atividades<sup>28</sup>.

Além disso, vários outros estudos evidenciam a eficácia das medidas de restrição de atividades econômicas não essenciais.

Um estudo publicado na *Nature* indicou que as medidas restritivas adotadas em 1,7 mil localidades na Ásia, Europa e EUA evitaram ou adiaram mais de 140 milhões de infecções por Covid-19<sup>29</sup>.

No mesmo sentido, um estudo publicado na Revista Brasileira de Epidemiologia demonstrou que as medidas adotadas no estado de São Paulo trouxeram “*resultados claramente significativos para retardar o crescimento dos casos Covid-19*”<sup>30</sup>.

A necessidade da medida fica evidente quando se observa a sua adoção em vários lugares do Brasil e do mundo<sup>31</sup>.

No âmbito do estado de São Paulo, o **Decreto nº 64.994/2020** instituiu o Plano São Paulo, com o objetivo de implementar e avaliar ações e medidas estratégicas de enfrentamento à pandemia decorrente da Covid-19. O Decreto dispõe:

Artigo 6º – **O Centro de Contingência do Coronavírus e o Centro de Vigilância Epidemiológica**, ambos da Secretaria da Saúde, manterão monitoramento da evolução da pandemia da Covid-19 no Estado, em especial dos efeitos da suspensão gradual e regionalizada de restrições de serviços e atividades nas condições estruturais e epidemiológicas, **podendo elaborar novas recomendações a qualquer tempo** (g.n.).

**Todos os decretos estaduais que adotaram medidas restritivas foram acompanhados de notas técnicas do Centro de Contingência do Coronavírus** – composto por 21 especialistas – que expõem o motivo dos atos com base em evidências científicas.

28 Disponível em: <https://www.cnet.com/health/10-activities-that-expose-you-to-coronavirus-from-most-to-least-risky/>.

29 Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2021/03/03/evidencias-cientificas-mostram-que-lockdown-funciona-contra-a-covid-19.htm>.

30 Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbepid/a/h6WSXnfnkfvvgVjCRPnFYhTL/abstract/?lang=en>.

31 Disponível em: <https://www.revistamenu.com.br/2020/03/16/apos-europa-eua-fecharao-restaurantes-para-conter-coronavirus/> e em <https://veja.abril.com.br/mundo/covid-19-nova-york-miami-e-los-angeles-fecham-restaurantes-e-praias/>.

As Autoras já ajuizaram ações questionando alguns desses decretos estaduais com fundamento justamente na suposta falta de motivação e de evidências científicas, o que, ao fim, sempre foi rechaçado pelo Poder Judiciário. A alegação não é nova e já se encontra superada.

Como exemplo, no caso do Decreto Estadual nº 65.357/2020, que vedava a venda de bebidas alcoólicas para consumo local em restaurantes após as 20 horas, decidiu o Ministro Luiz Fux pela validade do ato normativo<sup>32</sup>:

[...] a competência da União para legislar sobre assuntos de interesse geral não afasta a incidência das normas estaduais 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. Parece ser essa a hipótese em análise nestes autos, segundo os precedentes e lições aqui expostos. **Ademais, o Decreto implementado pelo Governador do Estado de São Paulo apresenta fundamentação idônea, conforme consta da Nota Técnica do Centro de Contingência do Coronavírus, datada de 11/12/2020, que integra o Anexo do referido ato normativo**, da qual é extraído o seguinte excerto:

“Demandam, entretanto, especial atenção às aglomerações que têm se formado sobretudo no período noturno. Conforme destacado na última nota deste Centro, publicada em 30 de novembro, o período atual requer maior cuidado, evitando-se ao máximo atividades que geram aglomeração e aumentam a transmissão da doença. Desta forma, considerando que o consumo de bebidas alcoólicas é uma atividade gregária, que, geralmente, estimula o contato mais próximo entre as pessoas e que, de outro lado, reduz a atenção aos cuidados e protocolos gerais e específicos, este Centro recomenda que a comercialização de bebidas alcoólicas e o consumo local seja limitado às 20h. A medida tem por objetivo reduzir as aglomerações, evitando-se, com isso, o aumento da disseminação da Covid-19 em tais ambientes. Recomenda-se, assim, que os restaurantes mantenham seu fechamento às 22h, vedando-se, entretanto, a venda e o consumo local de bebidas alcoólicas a partir das 20h. Para os bares, por outro lado, o Centro de Contingência recomenda o seu fechamento às 20h.”

Assim, tratando-se de ato normativo expedido no exercício de competência legítima do Estado-membro, conforme já reconhecido pelo Plenário desta Corte, e inexistindo desproporcionalidade ou irrazoabilidade em seu conteúdo, impõe-se seja privilegiada a iniciativa local nesse juízo liminar. Inegável, destarte, que a decisão atacada representa potencial risco de violação à ordem público-administrativa, no âmbito

32 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457457&ori=1>.

do requerente, bem como à saúde pública, dada a real possibilidade que venha a desestruturar as medidas por ele adotadas como forma de fazer frente a essa epidemia, em seu território. (STF – SS 5451 – Min. Pres. Luiz Fux – j. 17.12.2020).

Decisão semelhante foi proferida pelo Presidente da Suprema Corte nos autos da SS 5.456, relativa à ação ajuizada pelas Autoras, que questionaram a suposta falta de motivação e evidências científicas a amparar o Decreto Estadual nº 65.415/2020, que determinava a imposição das restrições relativas à Fase Vermelha do programa de combate à pandemia da Covid-19 entre os dias 1º e 3 de janeiro de 2021.

No julgamento da ADPF 811, o STF, tratando de restrições adotadas pelo estado de São Paulo no Decreto nº 65.563 de março de 2021, afirmou que

as medidas impostas pelo Decreto estadual resultaram de análises técnicas relativas ao risco ambiental de contágio pela Covid-19 conforme o setor econômico e social, bem como de acordo com a necessidade de preservar a capacidade de atendimento da rede de saúde pública (item 6 da ementa).

O julgado, embora trate das restrições às atividades religiosas, revela que as restrições adotadas pelo estado foram precedidas de criteriosas análises técnicas, como se observa da leitura de trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, que se refere à nota técnica do Centro de Contingência do Coronavírus:

Reputo oportuno destacar que a própria Nota Técnica sugere, dentre as medidas de enfrentamento a curva crescente de novos casos a proibição irrestrita da realização de “atividades coletivas, como eventos esportivos, atividades religiosas e, ainda, reunião, concentração ou permanência de pessoas em espaços públicos como praias, praças, parques”.

Essa recomendação de proibição ampla de diversas atividades coletivas foi diretamente refletida na edição da norma impugnada. Verifica-se que, nos termos do art. 2º, o Decreto Estadual nº 65.563/2021, vedou não só as atividades religiosas coletivas (inciso II), mas também outras atividades econômicas altamente essenciais, tais como o “atendimento presencial ao público”, inclusive mediante retirada ou “pegue e leve”, em bares, restaurantes, “shopping centers”, galerias e estabelecimentos congêneres e comércio varejista de materiais de construção, permitidos tão somente os serviços de entrega (“delivery”) e “drive-thru” (inciso I) e ainda “reunião, concentração ou permanência de pessoas nos espaços públicos, em especial, nas praias e parques”.

As razões para a imposição dessas proibições foram corroboradas em nova Nota Técnica do Centro de Contingência do Coronavírus juntadas aos autos na data de ontem. Nesta nova manifestação, explica-se que, diante do quadro de duro agravamento das infecções no Estado, “todas as atividades presenciais coletivas devem ser desestimuladas, para conter a disseminação do vírus e proteger a saúde pú-

blica”. Ainda de acordo com o Centro de Contingência “toda e qualquer atividade que **proporcione, em alguma medida, a reunião de pessoas por médio e longo período de tempo, contribui para a propagação do vírus** e, conseqüentemente, para a elevação do número de pessoas contaminadas. Por essa razão, este Centro vem recomendando que sejam suspensas todas as atividades coletivas realizadas de modo presencial, em quaisquer ambientes e espaços públicos, tais como praias, parques, praças, igrejas, estádios etc.”.

Restou demonstrado que todos os decretos estaduais foram devidamente motivados. As razões expostas nos votos são aplicáveis diretamente ao caso dos autos para demonstrar que sempre houve motivação científica na edição dos decretos estaduais que impuseram restrições às atividades econômicas não essenciais, afastando as alegações de ilicitude da parte autora.

Por fim, as medidas, além de publicadas no *Diário Oficial* em conjunto com as Notas Técnicas, eram anunciadas em coletivas de imprensa com pronunciamento dos especialistas, além de ampla divulgação em redes sociais e sites do governo.

Vale destacar que as Autoras reconhecem a necessidade das medidas para redução dos danos causados pela pandemia na fl. 14:

[...] as diretrizes adotadas pelos chefes do Poder Executivo Estadual e Municipal são justificadas a título de minimizar os efeitos nocivos que este vírus pode ocasionar.

Assim, é patente que as evidências científicas existem para fundamentar a adoção das medidas, assim como houve a devida e contemporânea motivação de todos os atos normativos.

## **(B) Duração das restrições**

Pela leitura dos decretos estaduais é possível perceber que eles estabelecem um prazo de duração para as medidas restritivas, havendo a prorrogação enquanto mantidos os motivos que a ensejaram.

As prorrogações, não raras vezes, trouxeram modificações no teor das restrições, com o objetivo de adaptá-las à situação epidemiológica de cada uma das regiões do estado de São Paulo. A propósito, o próprio Plano São Paulo estabeleceu critérios objetivos para que se determine quais serão as restrições vigentes, conforme bem explicado no item IV da presente petição.

Tudo isso está em plena conformidade com o que dispõe o art. 3º, § 1º, da Lei nº 13.979/2020, que impõe que as medidas sejam limitadas no espaço “ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública”.

Como fartamente demonstrado ao longo da contestação, as medidas sempre foram impostas pelo tempo e intensidade indispensáveis à promoção e à preservação da saúde pública.

A evolução das restrições sempre ocorreu de acordo com a evolução da pandemia, isto é, quando havia piora na pandemia, o Estado impunha restrições mais intensas. Noutra banda, quando havia melhora na pandemia, o Estado flexibilizava as restrições, tudo com base na lógica da necessidade (uso da medida menos restritiva possível para atingir o resultado).

Assim não há que se falar em ilegalidade dos atos em questão.

## VI – DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se a extinção do processo, sem julgamento de mérito, pela falta de interesse de agir (inadequação da via eleita), nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC.

No mérito, requer-se que os pedidos sejam julgados totalmente improcedentes.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admissíveis.

Nestes termos, pede deferimento.

São Paulo, 04/08/2021.

**ADSON JEAN MENDES LAVOR**

Procurador do Estado

OAB/SP N° 430.525



## TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

16ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, N° 80, Sala 1409 - (11) 3489-6623 - Centro

CEP 01501-020 - São Paulo-SP

Telefone: (11) 3489-6625 - E-mail: sp16faz@tjsp.jus.br

### DECISÃO

**PROCESSO N°:** 1034448-85.2021.8.26.0053

**CLASSE - ASSUNTO:** Ação Civil Pública - Violação aos Princípios Administrativos

**REQUERENTE:** Associação Brasileira de Bares e Restaurantes Seccional São Paulo - Abrasel SP e outro

**REQUERIDO:** PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO e outros

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **PATRICIA PERSICANO PIRES**

Vistos.

O art. 5º, XXI, da CF/88 dispõe que "as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente".

Já o art. 5º, V, da Lei nº8.747/85, confere a legitimidade ativa para a propositura da ação à associação que *inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.*

A respeito da legitimidade ativa das associações, o C. STF no julgamento do RE 573232/SC Tema 82, decidiu que "(...) I - A previsão estatutária genérica não é suficiente para legitimar a atuação, em Juízo, de associações na defesa de direitos dos filiados, sendo indispensável autorização expressa, ainda que deliberada em assembleia, nos termos do artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal; II - As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, são definidas pela representação no processo de conhecimento, limitada a execução aos associados apontados na inicial (...)".

No mesmo sentido, o Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo:

---

*APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ASSOCIAÇÃO REPRESENTANTE DE SERVIDORES DA SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DOS ASSOCIADOS. ILEGITIMIDADE DE PARTE ATIVA. A ação civil pública é destinada à defesa de interesses metaindividuais, conjunto composto pelos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Na condição de entidade representante de determinadas classes de servidores públicos, a autora atua em nome de seus associados, sob a premissa de que tenha permissão dos representados para demandar por seus direitos funcionais. Para assumir esse papel, a associação deve estar em conformidade ao disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, contando com expressa e específica autorização, pois, do contrário, carecerá de legitimidade. A natureza jurídica da legitimidade que invoca ao ajuizar a demanda é de representação processual. Em se tratando de ação coletiva que busca assegurar direitos individuais homogêneos, há de se considerar que eventual sentença de procedência seria executada por cada um dos beneficiários da coisa julgada, individualmente, tornando imprescindível que a apelante houvesse instruído o pedido com uma lista de nomes e endereços dos seus associados que especificamente autorizaram o ajuizamento da ação, em sintonia com o artigo 2-A, parágrafo único, da Lei nº 9.494/1997. Confirmada a sentença que acolheu preliminar de ilegitimidade ativa ad causam e, por conseguinte, extinguiu a ação sem resolução do mérito. RECURSO NÃO PROVIDO.” (Apelação nº 1015899-32.2018.8.26.0053, rel. Des. Souza Nery, j. 31.10.2018)*

*AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO OBJETIVANDO A DEFESA DE DIREITO INDIVIDUAL DISPONÍVEL DE DETERMINADOS ASSOCIADOS. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL NÃO AUTORIZADA.*

*1.- Não se confundem os institutos da substituição e da representação processual. Na substituição a Associação age em nome próprio e não depende de autorização de seus filiados para ajuizar ação na defesa de seus direitos coletivos e individuais homogêneos. Já na representação, os filiados integram o polo ativo da ação, dependendo o seu ajuizamento, pela Associação, da autorização daqueles. 2.- Impossibilidade de ajuizar-se ação civil pública para a defesa de direitos individuais disponíveis de parcela dos associados Precedentes. 3.- Agravo Regimental improvido. (STJ – AgREsp201001787578. Relator(a) SIDNEI BENETI. Terceira Turma. DJEDATA: 01/09/2014)*

Relativamente à ABRASEL nacional, o documento de fl. 88 corresponde à ata assemblear pretendida pelo Ministério Público; mas não se vê na Ata da ABRASEL ALTA MOGIANA autorização similar (fls. 382/386).

Assim, e sob pena de reconhecimento da ilegitimidade ativa da ABRASEL ALTA MOGIANA, junte-se autorização expressa de seus associados ou ata de assembleia de que conste a referida autorização.

Para tanto, fixo o prazo de 10 dias.

Intime-se.

São Paulo, 16 de dezembro de 2021.

**PATRICIA PERSICANO PIRES**

Juíz(a) de Direito  
(assinatura digital)