

Processo: 1021177-96.2020.8.11.0041.

IMPETRANTE: HAVAN LOJAS DE DEPARTAMENTOS LTDA

IMPETRADO: EMANUEL PINHEIRO - PREFEITO MUNICIPAL DE CUIABA -MT

Vistos.

Trata-se de Mandado de Segurança preventivo impetrado por HAVAN S/A em razão de risco iminente da prática de ato ilegal por parte do PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CUIABÁ - Sr. EMANUEL PINHEIRO.

A impetrante relata que, em decorrência da disseminação do coronavírus (COVID-19), a autoridade coatora editou o Decreto Municipal n. 7886/20 o qual , dentre várias disposições, permitiu a abertura de supermercados no horário entre 06:30 h e 21:00 h.

Descreve que, mesmo sendo hipermercado e supermercado e respeitando todas as orientações previstas na legislação municipal, foi surpreendida com a lavratura de auto de infração, ao argumento de que seu estabelecimento está funcionando em inobservância ao horário estipulado no Decreto.

Assim, com o receio objetivo e iminente de que a autoridade coatora volte a lhe atingir com atos administrativos ilegais e abusivos, impetra o presente writ, requerendo, liminarmente, ordem para que a autoridade coatora suspenda e se abstenha de impor à impetrante qualquer tipo de sanção, de modo que a impetrante possa exercer normalmente suas atividades de Supermercado/Hipermercado sem qualquer intervenção dos Poderes Públicos, funcionando até as 21:00 h nos termos do Decreto Municipal.

Vieram-me conclusos. Decido.

Segundo dispõe o artigo 1º da Lei 12.016/2019, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

Com efeito, em relação aos requisitos exigíveis para a concessão tutela de urgência em mandado de segurança, o artigo 7º da norma de regência é expresso no sentido de que:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: (...)

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir da impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica. (...)

§ 2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Assim, a concessão de medida liminar em ação mandamental somente é cabível, antes da notificação da autoridade coatora (inaudita altera pars), “quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida”, bem ainda que a liminar não tenha por objeto “a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”.

O impetrante pretende com a presente mandamental ver assegurado o conclamado direito líquido e certo de funcionar no horário de 06h30 a 21h, nos termos do art. 3º do Decreto Municipal 7886/20, que contém a seguinte previsão:

Art. 3º As atividades econômicas do comércio varejista e atacadista em geral, que outrora estavam impedidas de funcionar, poderão retomar as suas atividades a partir de 27 de abril de 2020, observado o horário de funcionamento das 10h e 00min às 16h e 00min.

Parágrafo único. As atividades do setor atacadista e varejista de gêneros alimentícios, tais como supermercados, mercearias, padarias, açougues e similares, deverão observar as seguintes restrições:

I - horário de atendimento ao público de segunda a domingo e feriados, das 06h e 30min às 21h e 00min, com exceção:

a) das padarias que funcionem fora de mercados e congêneres, as quais poderão funcionar a partir das 6h até as 19h;

b) das lojas de conveniência localizadas em postos de combustível, cujo horário de atendimento se dará de segunda à sexta-feira, das 08h às 19h, e aos sábados, domingos e feriados, das 08h às 13h. (Redação da alínea dada pelo Decreto Nº 7921 DE 14/05/2020).

c) das distribuidoras de bebidas, cujo horário de atendimento se dará de segunda à sábado, das 12h às 21h, e aos domingos e feriados, das 10h às 21h. (Alínea acrescentada pelo Decreto Nº 7921 DE 14/05/2020).

II - vedação, em qualquer caso, ao consumo no interior do estabelecimento.

Segundo a impetrante, esse dispositivo concretiza seu direito líquido e certo de funcionar no horário das 06h e 30min às 21h e 00min, porquanto seu estabelecimento tem como atividade principal o comércio varejista de produtos, estando conceituada como "Hipermercados - Supermercados", desenvolvendo atividade essencial à população.

Pois bem. É de conhecimento público que a Organização Mundial da Saúde (OMS) classificou como pandemia a doença COVID-19 causada pelo patógeno da família coronavírus identificado como Sars-Cov-2; significa o reconhecimento oficial, em nível mundial, de que a doença infecciosa ameaça muitas pessoas de forma simultânea no mundo inteiro.

Com efeito, o Município de Cuiabá, na linha da estratégia adotada por diversos Municípios e Estados brasileiros, adotou medidas preventivas como o distanciamento social e o fechamento parcial de atividades comerciais e industriais não essenciais, a partir de diretrizes traçadas pela comunidade científica mundial, com o objetivo de evitar o colapso do Sistema de Saúde.

Agora, depois do período mais restritivo das medidas de distanciamento social, o Município de Cuiabá editou o Decreto nº 7886, de 20 maio de 2020, que dispõe sobre a instituição do plano estratégico de retomada gradativa e segura das atividades econômicas.

A partir desse normativo, os agentes de regulação e fiscalização do município autuaram a impetrante algumas vezes, em razão de seus estabelecimentos estarem funcionando em descompasso com os horários estipulados no decreto em vigor (ID 32264001).

Da atividade fiscalizatória (ID 32264001), destaque-se o fundamento adotado pela autoridade administrativa consiste em "exercer atividades diversas do que foi objeto da licença originária" (TSA 2451).

Como se nota, embora o impetrante possua o CNAE principal 47.11-3-02 (comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios - supermercados) para o estabelecimento CNPJ 79.379.491/0058-19, bem como o CNAE principal 47.11-3-01 (comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios - hipermercados) para o estabelecimento CNPJ 79.379.491/0156-10, a autoridade fiscalizadora entendeu que, no plano fático, existe divergência entre a atividade principal da empresa e a atividade autorizada em sua licença originária obtida junto ao ente municipal.

A conclusão da autoridade fiscalizadora, pautada em aspecto fático materializado na divergência entre autorização de funcionamento e CNAE principal, assentou a desconformidade da atuação da impetrante, que não pode aproveitar-se do horário de funcionamento reservado para estabelecimentos do setor atacadista e varejista de gêneros alimentício (ID 32264001), devendo limitar suas atividades ao horário reservado ao comércio varejista e atacadista em geral.

Mais além, embora a impetrante tenha acostado aos autos imagens que demonstram a comercialização de alguns produtos alimentícios, não se pode ignorar o fato de que a venda de gêneros alimentícios essenciais para a subsistência humana não é, tradicionalmente, o foco de sua atividade comercial. Tanto assim que, em recente manifestação pública, o Luciano Hang, a quem se atribui a "propriedade" do grupo empresarial Havan S/A, ao conceder entrevista a Revista Exame afirmou:

"A varejista Lojas Havan, conhecida pelas vendas de eletrodomésticos e itens para a casa, começou a vender alimentos. Com essa categoria, a rede poderia ser considerada negócio essencial e, dessa forma, manter as lojas abertas. "Nesse momento de pandemia, achamos que a melhor forma de atender os clientes é colocar esses produtos à disposição", diz Luciano Hang, proprietário da Havan, em entrevista à Exame. O empresário diz que o modelo de suas lojas de departamento é semelhante ao de hipermercados e atacarejos, com lojas grandes de autosserviço, e que permanecem abertas na quarentena. "O Carrefour também vende TV, confecção, tudo o que vendemos. Agora vamos entrar no mercado deles", diz, sobre a venda de alimentos. "Queremos ser o Carrefour, o Extra, e incluir alimentos." De acordo com ele, a Havan é uma varejista com foco em produtos sazonais, do início do ano com vendas de material para volta às aulas ao Natal, passando por outras datas comemorativas. Esses produtos ficam disponíveis em uma área sazonal específica dentro da loja. Agora, essas áreas devem vender alimentos, já que são os itens mais buscados no momento. "Nossas lojas têm de 5 mil a 30 mil metros quadrados. Temos espaço para vender qualquer produto que quisermos", diz. De acordo com ele, a venda de alimentos é uma oportunidade que surgiu com a crise, desencadeada com a pandemia do novo coronavírus. A varejista já vendia alimentos antes da pandemia, como ovos de páscoa e panetones, e deve manter o reforço na categoria mesmo depois da pandemia. "Vamos estourar de vender alimentos agora", diz. O objetivo é que o setor de alimentos se torne tão relevante quanto outros mais tradicionais da loja, como eletrodomésticos, utensílios de cozinha e cama, mesa e banho. A categoria de alimentos está sendo ampliada nas lojas aos poucos e, em lojas menores, não deve ser incluída. O empresário cita que outras empresas, como Magazine Luiza, também passaram a vender itens de supermercado em seus marketplaces. No Magalu, o supermercado ganhou muita relevância para a empresa — categoria restrita ao comércio eletrônico. O Mercado Livre, plataforma de marketplace totalmente digital, também acelerou as vendas em alimentos e itens de saúde." (disponível em <https://exame.com/negocios/queremos-ser-o-carrefour-diz-dono-da-havan/>, acesso em 25 de maio de 2020).

Não existe qualquer impedimento normativo para o modelo de negócio adotado pelo grupo empresarial Havan. Todavia, é fato que sua realidade comercial deve estar representada em suas licenças e autorizações de funcionamento. De revés, o movimento de inovação e adaptação relatado na notícia transcrita robustece o fundamento adotado pela autoridade fiscalizadora para autuação do impetrante.

Nessas circunstâncias, não é possível afirmar, diante da análise da prova pré-constituída e com a segurança exigível na espécie, onde se busca relativizar normas editadas para combate da pandemia de COVID-19, que a atividade empresarial da impetrante consiste, de fato, em atividade atacadista e varejista de gêneros alimentícios (supermercados e hipermercados). Mais ainda, não é possível afirmar, diante da não apresentação dos documentos necessários a tal juízo de valor, que tal atividade corresponde a atividade principal autorizada em sua licença originária obtida junto ao ente municipal.

Logo, cabe à impetrante obedecer na íntegra os horários de funcionamento para atividades do seu setor nos termos do Decreto Municipal n. 7886/2020.

Para mais, não obstante a ordem econômica seja constitucionalmente protegida, nos termos do art. 170, CF/88, bem como o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão tenham status de direito fundamental, na forma do artigo 5º, inciso XIII da Constituição, essas garantias não estão dissociadas de outros valores constitucionalmente assegurados no próprio Texto Maior; a própria norma constitucional, por efeito do disposto nos incisos do art. 170 da CF/88, autoriza a incidência de limitações jurídicas, a fim de conformar a atividade empresarial aos valores ali vertidos.

Assim, ainda que os atos administrativos fundados no Decreto Municipal n. 7886/2020 possam restringir temporariamente as atividades da impetrante, tal circunstância deriva não apenas do momento singular ora vivenciado, do qual decorre a necessária sobreposição do direito fundamental à saúde (art. 6º; art. 196), mas também por efeito dos valores consagrados no próprio art. 170 CF/88.

A propósito:

O estatuto constitucional das franquias individuais e liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa –, permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica (RTJ 173/807-808), destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. A regulação estatal no domínio econômico, por isso mesmo, seja no plano normativo, seja no âmbito administrativo, traduz competência constitucionalmente assegurada ao poder público, cuja atuação – destinada a fazer

prevalecer os vetores condicionantes da atividade econômica (CF, art. 170) – é justificada e ditada por razões de interesse público, especialmente aquelas que visam a preservar a segurança da coletividade. A obrigação do Estado, impregnada de qualificação constitucional, de proteger a integridade de valores fundados na preponderância do interesse social e na necessidade de defesa da incolumidade pública legitima medidas governamentais, no domínio econômico, decorrentes do exercício do poder de polícia, a significar que os princípios que regem a atividade empresarial autorizam, por efeito das diretrizes referidas no art. 170 da Carta Política, a incidência das limitações jurídicas que resultam do modelo constitucional que conforma a própria estruturação da ordem econômica em nosso sistema institucional. (...) Diploma legislativo local que condiciona determinadas atividades empresariais à estrita observância da cláusula de incolumidade destinada a impedir a exposição da coletividade a qualquer situação de dano. Vedação da edificação e instalação "de postos de abastecimento, lavagem e lubrificação nos estacionamento de supermercados e hipermercados e similares, bem como de teatros, cinema, shopping centers, escolas e hospitais públicos" (LC distrital 294/2000, art. 2º, § 3º). (STF, RE 597.165 AgR, rel. Min. Celso de Mello, j. 4-11-2014, 2ª T, DJE de 9-12-2014).

No contexto atual, as limitações impostas pelo Decreto Municipal n. 7886/2020 não extrapolam o limite da razoabilidade, tão pouco ofendem a legalidade ou exorbitam a esfera de competências do ente municipal, notadamente diante da decisão lançada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 6341.

Vale ainda, no ponto, mencionar que, nos termos do artigo 30, inciso I, da Constituição Federal (princípio da autonomia), os Municípios são competentes para legislar sobre assuntos de interesse local, tais como o funcionamento de estabelecimentos comerciais.

Aliás, essas questões já se encontram pacificadas na jurisprudência do STF com a edição dos enunciados sumulares n.º 419 e n.º 645 e da súmula vinculante n.º 38, vejamos:

Súmula 419: Os municípios têm competência para regular o horário do comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas.

Súmula 645: É competente o município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.

Súmula Vinculante 38: É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.

Por fim, a existência de outros estabelecimentos comerciais como o mesmo CNAE da impetrante e similares em funcionamento até as 21 horas em outros logradouros do Município, não é fato que pode ser considerado para a concessão da liminar. Eventual falha na atividade fiscalizatória do ente municipal não legitima, ao argumento da isonomia, a ampliação do erro para autorizar que outros funcionem também de forma irregular.

Em conclusão, embora a atividade empresarial seja garantida pela Constituição da República, neste momento excepcional causado pela pandemia de COVID-19, devem ser observados os protocolos médico-científicos propostos para contenção da disseminação da doença, pelo que na ponderação dos direitos em colisão, deve ser prestigiado o direito à saúde, por seu caráter primordial e coletivo e, por força do princípio da precaução, as normas restritivas impostas pelo Município de Cuiabá devem ser observadas.

Isso posto, INDEFIRO a liminar pleiteada.

INTIMEM-SE.

Nos termos do art. 7º, inciso I, da Lei n. 12.016/2009, NOTIFIQUE-SE a autoridade apontada como coatora para prestar informações que reputar necessárias, no prazo de 10 (dez) dias.

Dê-se ciência da existência da ação ao órgão de representação judicial do Município de Cuiabá (art.7º, inciso II, da Lei n. 12.016/2009).

Após, com ou sem a manifestação, dê-se vista ao Ministério Público.

Cumpra-se.

Cuiabá/MT, data registrada no sistema.

JOÃO THIAGO DE FRANÇA GUERRA,

Juiz de Direito