



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DESPACHO**

**Mandado de Segurança Coletivo**      Processo nº **2056171-11.2021.8.26.0000**

Relator(a): **CRISTINA ZUCCHI**

Órgão Julgador: **Órgão Especial**

Impetrante: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE BARES E RESTAURANTES – SECCIONAL SÃO PAULO/ABRASEL/SP

Impetrado: GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO

Interessado: ESTADO DE SÃO PAULO

**I)** Trata-se de mandado de segurança coletivo, com pedido liminar, impetrado por ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE BARES E RESTAURANTES – SECCIONAL SÃO PAULO/ABRASEL/SP em face de ato do GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO, consubstanciado no Decreto Estadual nº 65.563/21 (estabelece a fase emergencial para os efeitos do Decreto nº 64.994/20 – Plano São Paulo), o qual proíbe os cidadãos de poderem encomendar e retirar nas portas dos bares e restaurantes, pedidos de pratos por estes oferecidos pela internet.

Aduz a impetrante, em apertada síntese, que: **1)** a prática mundialmente conhecida como *take-away* (retirada no estabelecimento) vem sendo uma das poucas fontes de faturamento que ainda permite com que dezenas de milhares de estabelecimentos sobrevivam e mantenham centenas de milhares de postos de trabalhos. E por sua vez, é usada por centenas de milhares de pessoas de menor poder aquisitivo, famílias e trabalhadores. A imensa maioria dos estabelecimentos, principalmente os médios e pequenos empresários, não têm condições ou estrutura em seu estabelecimento para o atendimento "drive-thru" e, muitos sequer têm condições de custear o serviço "delivery", sendo que a atividade de retirada não apresenta risco ou apresenta muito menos do que as atividades que estão autorizadas (delivery, drive thru); **2)** a decisão de proibir a retirada não tem amparo em qualquer tipo de pesquisa, estudo ou dados científicos, é baseada em puro achismo e opinião pessoal equivocada e nitidamente contraditória com os objetivos que o decreto diz buscar, carecendo, pois, de motivo justo e válido, o que o torna nulo por violação ao princípio da motivação dos atos administrativos, além de ferir o princípio da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade; **3)** não se está pretendendo nenhum tipo de privilégio para bares e restaurantes que trabalham com a atividade de retirada, mas sim que se obedeça à lógica, e que haja isonomia com os que trabalham com o "drive thru" e com o "delivery".

Diante e nos termos do quanto proposto, requer a impetrante a concessão de



## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

liminar para que seja determinada a suspensão temporária dos efeitos da norma inquinada (Decreto Estadual nº 65.563/21), permitindo aos associados da autora a entrega de encomendas diretamente aos clientes que queiram retirar o produto no estabelecimento e que o réu se abstenha de autuar ou aplicar punições aos mesmos até decisão final, sob a alegação de estarem comprovados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. A final, requer seja a segurança concedida, para o fim de reconhecer a nulidade e suspender em definitivo a exigibilidade do Decreto Estadual nº 65.563/21, em seu art. 2º, inciso I, na parte em que estabelece a proibição dos restaurantes entregarem diretamente aos clientes que queiram retirar no estabelecimento o produto encomendado, tanto como seja proibido ao réu punir os estabelecimentos associados à autora.

**II)** No panorama atual do Estado de São Paulo, no que diz respeito às medidas de combate à pandemia do coronavírus, está em vigência o Decreto nº 64.994 de 28 de maio de 2020 (Plano São Paulo), o qual autoriza a flexibilização das atividades econômicas nos Municípios por fases (vermelha, laranja, amarela, verde e azul).

Consta do art. 7º do referido Decreto Estadual, que instituiu o Plano São Paulo que:

“**Art. 7º** - os Municípios paulistas inseridos nas fases laranja, amarela e verde, cujas circunstâncias estruturais e epidemiológicas locais assim o permitirem, poderão autorizar, mediante ato fundamentado de seu Prefeito, a retomada gradual do atendimento presencial ao público de serviços e atividades não essenciais.

Parágrafo único – O ato do Prefeito a que alude o “caput” deste artigo incluirá determinação para que os locais de acesso ao público, inclusive os estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços, que funcionem em seu território:

1. **Observem o disposto no Anexo III deste decreto;**
2. Adotem medidas especiais visando à proteção de idosos, gestantes e pessoas com doenças crônicas ou imunodeprimidas, à luz das recomendações do Ministério da Saúde e da Secretaria de Estado da Saúde;
3. Impeçam aglomerações”. (n/ grifos).

O anexo III, referido no item 1, do parágrafo único do art. 7º, estabelece as atividades que poderão ser flexibilizadas pelos Municípios em cada uma das fases, sendo que, de acordo com o site do Governo Estadual<sup>1</sup>, todos os Municípios do Estado de São Paulo, encontram-se na fase emergencial, em que permitido apenas o funcionamento dos serviços essenciais relacionados pelo Decreto nº 65.563/21 (institui medidas emergenciais, de caráter temporário e excepcional, destinadas ao enfrentamento da pandemia de COVID-19, e dá providências correlatas), entre os quais, a atividade dos associados da impetrante não foi enquadrada. Na referida fase emergencial, a atividade exercida pelos associados da impetrante (bares e restaurantes) ficou restrita aos serviços de entrega (“delivery”) e “drive-thru”, proibidos, contudo, além do atendimento ao cliente no interior do estabelecimento, a retirada dos produtos pelo cliente no local.

<sup>1</sup> <https://www.saopaulo.sp.gov.br/coronavirus/planosp/>



## PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Volta-se a impetrante contra a proibição, pelo Decreto impugnado, da retirada de produtos no local pelos clientes.

De início, importante ressaltar que, a princípio, não cabe o controle judiciário da conveniência e oportunidade do ato administrativo, no caso a análise dos critérios da Administração Pública quanto aos serviços e atividades que devem ser permitidos enquanto perdurar a pandemia do coronavírus e as restrições por fases.

Ao Poder Judiciário, contudo, cabe apreciar os aspectos da legalidade do referido ato administrativo, e, uma vez constatado que o ato foi editado com abuso de poder, desvio de finalidade ou em violação à princípios constitucionais que regem a Administração Pública, tal ato é passível de nulidade.

Ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro: *“conquanto o Poder Judiciário possa ser chamado para exercer o controle externo do ato administrativo (seja ele geral ou individual; unilateral ou bilateral; vinculado ou discricionário), sua análise se dará “sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade (arts. 5º, LXXIII, e 37)”*<sup>2</sup>

Na hipótese dos autos, a administração pública permitiu que bares e restaurantes funcionem apenas com os sistemas de “drive thru” e “delivery”, privilegiando, com isso, apenas uma parte destes estabelecimentos, eis que nem todos conseguem se estruturar para ter “drive thru” e muitos não tem condições financeiras de efetuar entrega por “delivery”.

Do ato administrativo ora impugnado não há indicação técnica ou científica que demonstra a eficácia de tal restrição para o combate à pandemia, não foi nem mesmo apresentado qualquer fundamento que justificasse tal decisão por parte da Administração Pública.

Certo ainda que inexistente uma diferença expressiva entre a retirada e o “drive thru”. Eis que o primeiro sistema também pode ser realizado dentro do carro do cliente. A retirada, pode ademais ser agendada, o que afastaria a alegação de que tal tipo de serviço poderia acarretar aglomeração.

Em resumo, o ato administrativo que ora se examina, pelo menos num exame perfunctório próprio deste momento, se mostra desmotivado e com afronta aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da isonomia.

Nesta feita, considerando as circunstâncias fáticas que envolvem o pedido liminar neste *writ*, e sem se olvidar o estado emergencial em que se encontra a sociedade paulista, **defiro a liminar**, para permitir aos associados da autora a entrega de encomendas diretamente aos clientes que queiram retirar o produto no estabelecimento, determinando

<sup>2</sup> Direito Administrativo. 29ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 900



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

ao impetrado que se abstenha de autuar ou aplicar punições aos mesmos até decisão final.

**III)** Notifique-se a dd. autoridade coatora, nos termos do artigo 7º, I, da Lei nº 12.016/2009.

**IV)** Após, dê-se vista à dd. Procuradoria Geral de Justiça.

**V)** Int.

São Paulo, 19 de março de 2021.

**CRISTINA ZUCCHI**  
**Relatora**