



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro  
Gabinete da Presidência

Suspensão da Execução nº 0036361-16.2020.8.19.0000

# D E C I S Ã O

**Ementa:** PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. COVID-19. PANDEMIA. EFEITOS GLOBAIS. SEPARAÇÃO DOS PODERES. MANDAMENTO CONSTITUCIONAL. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA ADOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. NECESSIDADE DE RECONHECER, EM MUITOS CASOS, A AUSÊNCIA DE *EXPERTISE* DO PODER JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO À COVID-19. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA. DEFERIMENTO.

**1. PANDEMIA. Surto de transmissão do vírus Sars-Cov-2, causador da doença Covid-19 (ou coronavírus).**

Evento inequivocamente complexo, de alto risco à saúde pública, com relevantes impactos sobre os sistemas de saúde, em todas as esferas de governo (federal, estaduais e municipais) e imprevisíveis consequências econômicas, sociais e humanas. Situação que demanda a adoção de ações coordenadas, conforme as peculiaridades de cada localidade, visando à prevenção, controle e contenção de riscos, danos e agravos à saúde pública.

**2. NORMATIVIDADE JURÍDICA. LEGITIMAÇÃO CONCORRENTE DE ESTADOS E MUNICÍPIOS, NO QUE TANGE À ADOÇÃO DE MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO DA COVID. ADI6341MC/DF.**

Legitimação concorrente de Estados e Municípios, em



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

termos de saúde, especialmente nas medidas de enfrentamento da COVID, reconhecida, por unanimidade do Plenário do STF.

**3. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMPO DE PANDEMIA.** Em todas as instâncias, ações judiciais proliferam em relação às medidas governamentais de contenção à pandemia. Está na ordem do dia a virtude passiva dos juízes e a humildade judicial de reconhecer, em muitos casos, a ausência de *expertise* em relação à Covid-19. É tudo novo para a Ciência, quicá para o Judiciário. Nesse contexto, impõe-se aos juízes atenção para as consequências das suas decisões, recomendando-se prudência redobrada em cenários nos quais os impactos da intervenção judicial são complexos, incalculáveis ou imprevisíveis. Antes de decidirem, devem os juízes ouvir os técnicos, porque uma postura judicial diversa gera decisões passionais que desorganizam o sistema de saúde, gerando decisões trágicas e caridade injusta. (FUX, Luiz. **Justiça infectada? A hora da prudência.** Publicado no Jornal O GLOBO). 3.1. Em um Estado Democrático de Direito, a atuação do Poder Judiciário deve respeitar os limites impostos pela Constituição e pelas demais leis do país. Não pode se dar, exclusivamente, pela vontade do julgador, por melhor que seja sua intenção. Julgar não é um ato de vontade, mas de conhecimento. 3.2. A sociedade precisa de tranquilidade e segurança jurídica. Cumpre ao Poder Judiciário, com serenidade e responsabilidade, se desincumbir desse mister. 3.3. De fato, e não raro, sob a argumentação de [suposta] proteção aos direitos fundamentais, muitas vezes se escondem objetivos pragmáticos e ideológicos de controle sobre os demais Poderes republicanos, o que afronta diretamente a Constituição. Preocupação com saúde, educação, segurança são deveres do Estado, cujas políticas nacionais estão a cargo do Estado-Administrador (Poder Executivo). Não cabe ao Estado-Juiz (Poder Judiciário) a elaboração de políticas públicas nessas áreas, menos ainda



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

atuar como ordenador de despesas. Assim agindo, assenhora-se de atribuições que, constitucionalmente, não lhe competem. 3.4. Separação dos Poderes que deve ser respeitada. Necessidade de respeitar as escolhas administrativas tomadas pelos órgãos técnicos do Estado, não competindo ao julgador substituir o administrador nas decisões tomadas. Não cabe ao Poder Judiciário adentrar o mérito das decisões administrativas, mormente no atual momento vivenciado pelo país, não podendo substituir prévias avaliações técnicas do Poder Executivo.

**4. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA.** 4.1. As Cortes Superiores têm consignado que quatro são os requisitos necessários para o cabimento do excepcional pedido de suspensão: *a) decisão proferida no bojo de ação proposta contra o Poder Público; b) requerimento do Ministério Público ou de outra entidade legitimada; c) manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade da decisão atacada; e d) grave lesão a um dos direitos tutelados pela lei, quais sejam, ordem, saúde, segurança e economia públicas.* Sendo assim, se, e somente se, todos esses requisitos coexistirem, poderá o Poder Público, ou o Ministério Público, formular o pedido de suspensão de liminar ou de sentença. 4.2. Com efeito, o deferimento do pedido de suspensão de liminar exige a presença de ocorrência de *lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.* 4.3. Embora a contracautela revista-se de caráter excepcional, tenho que o caso dos autos permite o seu deferimento, tendo-se em perspectiva a jurisprudência firmada pela Suprema Corte no sentido de que “(...) *na análise do pedido de suspensão de decisão judicial, não é vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir um juízo mínimo de deliberação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal*”, conforme tem entendido a jurisprudência da Corte Constitucional, da qual se destacam os seguintes julgados: SS 846-AgR/DF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 29.5.96; SS 1.272-AgR/RJ, rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 18.5.2001 (STA 322/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes). Nesse sentido, a suspensão dos



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

Decretos está intrinsecamente associada à retomada econômica e social, e este é um dos maiores desafios de nossa atual sociedade: manter o equilíbrio da pandemia sem descuidar da retomada das atividades econômicas. A decisão impugnada poderá causar prejuízos econômicos vultosos imediatos e de difícil reparação ao Estado e também ao Município do Rio de Janeiro, inclusive com a possível e indesejável demissão de um grande número de trabalhadores, quebra de diversas empresas e impacto direto na arrecadação do Estado e do Município. 4.4. A suspensão dos Decretos é medida que causa grande lesão à ordem pública e à economia, restando patente os requisitos para o deferimento da medida postulada. 4.5. A magnitude da expressão econômica envolvida na causa e o risco de que os efeitos da decisão possam potencializar um enorme prejuízo em toda a sociedade são pressupostos que autorizam a contracautela requerida. 4.6. Como cediço, a suspensão de segurança, concedida liminar ou definitivamente, é contracautela que visa à salvaguarda da eficácia plena do recurso que contra ela se possa manifestar, quando a execução imediata da decisão, posto que provisória, sujeita, a riscos graves de lesão, interesses públicos privilegiados - a ordem, a saúde, a segurança e a economia pública. Sendo medida cautelar, deve-se dosar na decisão o conteúdo da violação dos interesses públicos tutelados. No caso, patente se encontra à lesão a ordem e à economia pública. Deferimento que se impõe.

**O ESTADO DO RIO DE JANEIRO** pretende a suspensão da decisão proferida nos autos dos processos de nº 0117233-15.2020.8.19.0001, 0102074-32.2020.8.19.0001 e 0068461-21.2020.8.19.0001, proferida pelo Juízo da 7ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, onde figuram como Autores a



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro  
Gabinete da Presidência

**DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** e o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**, e como Réus o **ESTADO DO RIO DE JANEIRO** e o **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**, nos seguintes termos:

*“Ex positis, presentes o fumus boni iuris e o periculum in mora, CONCEDO PARCIALMENTE A TUTELA DE URGÊNCIA, nos termos do art. 300 do CPC/2015, para:*

*1) Em relação ao MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO:*

*1.1) Manter as tutelas provisórias já determinadas nos autos, inclusive quanto ao prazo em curso para a apresentação de análise de impacto regulatório, nos parâmetros estabelecidos nos manuais da Casa Civil da Presidência da República e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), sobre as medidas adotadas em âmbito municipal para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Covid-19, nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei Federal n.º 13.979/2020;*

*1.2) suspender a eficácia dos artigos 6º a 14 do Decreto Municipal n.º 47.488, de 02 de junho de 2020, até que seja apresentada a análise de impacto regulatório mencionada no item anterior;*

*2) Em relação ao ESTADO DO RIO DE JANEIRO:*

*2.1) determinar que apresente, em 10 (dez) dias, análise de impacto regulatório, nos parâmetros estabelecidos nos manuais da Casa Civil da Presidência da República e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), sobre as medidas adotadas em âmbito estadual para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Covid-19, nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei Federal n.º 13.979/2020;*

*2.2) suspender a eficácia dos artigos 6º a 10 do Decreto Estadual n.º 47.112, de 05 de junho de 2020, mantendo-se a suspensão do funcionamento das atividades especificadas no Decreto Estadual n.º 47.102/2020, até que seja apresentada a análise de impacto regulatório mencionada no item anterior; 2.3) determinar que fiscalize de forma efetiva o cumprimento das medidas de isolamento social, por meio dos órgãos estaduais com poder de polícia para vigilância, fiscalização e controle, de forma coordenada com os Municípios.”*

Em suas razões, defende que a decisão impugnada causa lesão à ordem pública, jurídica e econômica do Estado do Rio de Janeiro, por se mostrar incompatível com o princípio da separação dos poderes, com o posicionamento do Supremo



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

Tribunal Federal a respeito da autonomia dos Estados para adotar medidas referentes à contenção da pandemia do COVID-19, e com os dados técnicos que motivaram a edição do Decreto Estadual nº 47.112.

Aduz que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, nos autos da Medida Cautelar na ADPF 672, a competência concorrente de Estados e Municípios para definir, no âmbito de suas respectivas atribuições, as medidas de combate, prevenção e, de modo geral, o enfrentamento da pandemia do coronavírus.

Questiona que cabe ao Chefe do Poder Executivo decidir as atividades essenciais no período de pandemia, não podendo o Ministério Público, a Defensoria nem o Poder Judiciário impor ao Chefe do Poder Executivo as medidas que entendem razoáveis para a abertura da economia fluminense e o combate ao COVID-19.

Assevera que, mesmo se admitisse tal nível de incursão do Poder Judiciário nas decisões técnicas eleitas pelo Poder Executivo, tal atuação deveria ser precedida do devido processo legal, do contraditório e de um juízo de cognição exauriente, o que não ocorreu no presente caso.

Destaca que as mudanças na política rígida de isolamento social foram lastreadas em dados técnicos produzidos pela Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia (SBPT), pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e pela Secretaria de Estado de Saúde (SES).

Debate que a decisão questionada afeta sobremaneira o plano de retomada da economia fluminense e, por conseguinte, as previsões de arrecadação de tributos.



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

Requer a suspensão, sem a oitiva da parte contrária, em caráter liminar, dos efeitos da tutela provisória de urgência antecipada prolatada nos autos da Ação Civil Pública no 0117233-15.2020.8.19.0001, que suspendeu o Decreto Estadual no 47.112/20, com fulcro no artigo 12 da Lei Federal nº. 7.347 de 1985 e do artigo 4º da Lei Federal no 8.437 de 1992, em consonância com o manifesto interesse público, de modo a evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas do Estado do Rio de Janeiro até o trânsito em julgado da decisão final do processo.

Também consta dos autos pedido de suspensão formulado pelo **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**, onde informa que a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, nos autos da ação civil pública n. 0068461-21.2020.8.19.0001, apresentou pedido de tutela provisória, visando à suspensão do Decreto Municipal nº 47.461, de 25 de maio de 2020, que disciplinou a retomada do funcionamento dos cultos em templos religiosos de qualquer natureza, desde que observadas as medidas sanitárias listadas, durante ainda o período de emergência sanitária decorrente da pandemia de COVID-19.

Acrescenta que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ingressou com a sua ação civil pública por dependência (processo nº 0102074-32.2020.8.19.0001), também com pedido de tutela de tutela contra o Decreto nº. 47.461/20.

Questiona que o objeto da ação civil pública nº. 0068461-21.2020.8.19.0001 é o Decreto Municipal nº. 47.282/20, que autorizou o funcionamento do comércio de materiais de construção e das casas lotéricas existentes no perímetro da Cidade; que o novo pedido de tutela provisória apresentado pela Defensoria Pública, referente a



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

outro Decreto, em momento posterior, inauguraria nova causa de pedir, inexistindo prevenção do douto Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital.

Relata ter interposto os Agravos de Instrumento n. 0033866-96.2020.8.19.0000 e 0033868-66.2020.8.19.0000, onde não foi atribuído efeito suspensivo em decisão monocrática, nos seguintes termos:

*“(...) De acordo com o relatado acima, o requerimento liminar objetiva a suspensão da decisão agravada, que suspendeu a eficácia do Decreto Municipal no 47.461/2020, que autorizou a abertura dos templos religiosos com o retorno dos cultos presenciais no Rio de Janeiro. Contudo, como bem fundamentou a decisão recorrida, o direito ao culto em nenhum momento foi suprimido, tendo em vista que ele pode ser exercido remotamente, como vêm fazendo diversas organizações religiosas.*

*Ademais, malgrado não se discuta que descabe ao Poder Judiciário substituir-se na função do Poder Executivo, não se deve descuidar que, quanto à tomada de decisões, ao gestor público impende considerar as consequências políticas das medidas administrativas por ele adotadas/implementadas, nos termos do artigo 20, da LINDB. E, principalmente no que tange às medidas para enfrentamento da pandemia acarretada pelo Novo Coronavírus, estabelece a Lei Federal no 13.979/2020, no seu artigo 3o, parágrafo 1o, que tais medidas “somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública”.*

*Para tanto, o juízo originário determinou que o MRJ apresente, em 10 (dez) dias, “análise de impacto regulatório, nos parâmetros estabelecidos nos manuais da Casa Civil da Presidência da República e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), sobre as medidas adotadas em âmbito municipal para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Covid-19, nos termos do art. 3o, § 1o, da Lei Federal n.o 13.979/2020.”*

*Assim, percebe-se que a decisão originária suspendeu, por ora, a eficácia do Decreto Municipal no 47.461/2020, até que a municipalidade demonstre no processo o estudo do custo-benefício da política pública implementada acerca da abertura dos templos religiosos, nos termos das Leis supramencionadas.*

*À conta de tais fundamentos, indefiro o efeito suspensivo ao recurso.”*



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

Em suas razões, defende que as decisões agravadas ofendem a ordem pública e administrativa, tendo sido proferidas em desatenção ao princípio da separação dos poderes, por invadir o conteúdo de escolhas que cabem ao Chefe do Poder Executivo, que deverá definir o que deve ser considerado serviço público e atividade essencial para a circunstância de anormalidade, no cenário da pandemia de COVID-19.

Aduz que o Estado do Rio de Janeiro já autorizou, em ato constitucional, as atividades realizadas por organizações religiosas, de forma presencial, a contar de 06/06/2020.

Assevera que as decisões agravadas desrespeitam a liberdade de consciência e religião, e a liberdade de reunião, integrantes do núcleo essencial das liberdades individuais garantidas pela Constituição da República (art.5º, VI e VIII da CF/88).

Assevera que a manutenção das decisões impugnadas e das medidas coercitivas estabelecidas acarreta graves danos à segurança jurídica e à ordem administrativa do Município, impedindo o Chefe do Poder Executivo de editar, modificar e evoluir nas normas necessárias para o enfrentamento da pandemia de COVID-19.

Requer a concessão de liminar para que se suspendam os efeitos da antecipação de tutela deferida nos autos originários no 0102074- 32.2020.8.19.0001 e 0068461-21.2020.8.19.0001, mantida de modo não exauriente da competência recursal nos Agravos de Instrumentos nº 0033866-96.2020.8.19.0000 e 0033868-66.2020.8.19.0000, e, até o trânsito em julgado da decisão final que vier a ser proferida nas causas (processo de conhecimento), na forma do art. 4º, §7º da Lei 8.437/92



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro  
Gabinete da Presidência

**É o breve relatório. Decido.**

Cumpre salientar, de início, que a presente decisão analisará o requerimento de suspensão formulado pelo Estado e o requerimento de suspensão apresentado pelo Município **somente** no que tange à decisão proferida pelo Juízo da 7ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, porquanto a aludida decisão, prolatada nos autos do processo nº 0117233-15.2020.8.19.0001 (distribuído em 07/06/2020), suspende os efeitos de diversos dispositivos do Decreto Estadual nº. 47.112, de 05/06/2020, e do Decreto Municipal nº. 47.488, de 02/06/2020, ambos editados posteriormente à prolação das decisões anteriores nas ações conexas, e que modificaram as normas sobre o isolamento previstas nos decretos anteriores.

Ademais, o Estado do Rio de Janeiro autorizou, com esteio no decreto estadual acima citado, as atividades realizadas por organizações religiosas, de forma presencial, a contar de 06/06/2020.

Passo, então, à análise pormenorizada das questões relevantes que envolvem os pedidos de suspensão de segurança.

**I.**

**DA PANDEMIA E A NORMATIVIDADE JURÍDICA: LEGITIMAÇÃO  
CONCORRENTE DE ESTADOS E MUNICÍPIOS**



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

Estamos vivenciando, no presente momento, uma situação excepcionalíssima ante a emergência de saúde pública de importância internacional relacionada ao coronavírus (Covid-19). Estamos vivendo sob a égide de uma pandemia internacional ocasionada pela infecção humana pelo coronavírus SARS-CoV-2 (COVID- 19), com impactos que transcendem a saúde pública e afetam a economia, a cultura e a sociedade como um todo.

Ninguém desconhece o grave momento que atravessa a coletividade, seja no Brasil, seja em diversos outros países.

A Organização Mundial de Saúde, em 30.1.2020, declarou situação de emergência de saúde pública de importância internacional, em decorrência do surto de transmissão do vírus Sars-Cov-2, causador da doença Covid-19 (ou coronavírus). Em 11.3.2020, a OMS reconheceu tratar-se de pandemia.

Está-se diante, portanto, de evento inequivocamente complexo, de alto risco à saúde pública, com relevantes impactos sobre os sistemas de saúde, em todas as esferas de governo (federal, estaduais e municipais) e imprevisíveis consequências econômicas, sociais e humanas. A situação, em razão disso, demanda a adoção de ações coordenadas, conforme as peculiaridades de cada localidade, visando à prevenção, controle e contenção de riscos, danos e agravos à saúde pública.

O Ministério da Saúde, em 03 de fevereiro de 2020, editou a Portaria GM/MS n. 188, que declara Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV).



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

Em seguida, é sancionada a Lei nº. 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

Neste contexto, inúmeras normatizações foram editadas, a nível federal, estadual e municipal, visando à implementação de diversas medidas objetivando reduzir a velocidade de propagação do vírus.

Pois bem. É lição recorrente no Direito Administrativo que os entes da federação exercem suas competências de acordo com a repartição prevista na Constituição da República.

Decidir sobre abertura ou fechamento de um estabelecimento comercial é tema que, a princípio, insere-se **na competência do Poder Executivo**, por se tratar de interesse local. No dizer de ROLF STOBER:

"As condições econômicas gerais são de grande importância ao nível local, segundo as máximas 'pense globalmente, aja localmente' (*think global, act local*) e 'todo negócio é local' (*all business is local*). Sob os slogans 'glocalização' (*Glokalisierung*) e 'comprador global-local' (*Glokapreneur*), exprime-se a ideia de que, depois da nacionalização e da globalização, são procuradas soluções locais para os problemas globais" (STOBER, Rolf. **Direito Administrativo Econômico Geral. Fundamentos e Princípios. Direito Constitucional Econômico**. Lisboa: Universidade Lusíada, 20908, p. 81.)

Disputa judicial de competência entre os entes da federação para agir é algo indesejável e que impede, não é de hoje, o impulsionamento do desenvolvimento do país. E, em tempos de crise, ela retira o foco do que é preciso urgentemente resolver<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Um excelente texto sobre as competências do Chefe do Poder Executivo em tempos de crise é o artigo de Adrian Vermeule com o título *Our Schmittian Administrative Law*. VERMEULE, Adrian. **Our Schmittian Administrative Law**. Harvard Law Review. Vol. 122, p. 1095-1149, 2009.



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

Em tempos de crise, há um aumento amazônico na disputa pelo reconhecimento de quem, na estrutura estatal, detém a verdade e a razão para fazer as melhores escolhas. Um debate é permeado pelas melhores intenções: a de encontrar respostas para a redução do sofrimento provocado por esta crise sanitária que atinge a humanidade. No meio de tudo isso, a ciência oferece algumas soluções, caminhos a serem trilhados para a tomada de decisões extremamente complexas que impactam as mais variadas dimensões da vida em sociedade. Nesse contexto que deve ser analisado o controle da discricionariedade administrativa.

Além do entrincheiramento que já lhe é imposto pela legalidade, proporcionalidade, moralidade e eficiência, surge um novo parâmetro de controle da atuação administrativa<sup>2</sup>.

Nesse contexto, a Corte Constitucional, por decisão monocrática do Senhor Ministro MARCO AURÉLIO, datada de 24 de março de 2020, posteriormente ratificada pelo Plenário, em 15 de abril de 2020, nos autos da ADI 6341 MC / DF , reconheceu **a legitimação concorrente de Estados e Municípios**, em termos de saúde, notadamente no que respeita à adoção de medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional acima citada. Confira-se a respectiva ementa:

---

<sup>2</sup> Sobre o tema, confira-se o artigo publicado no O Globo intitulado **Um presidente da República está limitado pela ciência**. SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Flávio de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; MOREIRA, Egon Bockmann; Monteiro, Vera; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente e JORDÃO, Eduardo **Um presidente da República está limitado pela ciência**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-um-presidente-da-republica-esta-limitado-pela-ciencia-24355634>. Acesso em: 08/04/2020. Alguns questionamentos quanto ao controle de discricionariedade com amparo na ciência são feitos por Amauri Feres Saad no texto “*Um presidente da república está limitado pela ciência*”. Mas que ciência? Disponível em: <https://brasilemmedo.com/um-presidente-da-republica-esta-limitado-pela-ciencia-mas-que-ciencia/>. Acesso em: 09/04/2020.



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

SAÚDE – CRISE – CORONAVÍRUS – MEDIDA PROVISÓRIA – PROVIDÊNCIAS – LEGITIMAÇÃO CONCORRENTE. Surgem atendidos os requisitos de urgência e necessidade, no que medida provisória dispõe sobre providências no campo da saúde pública nacional, sem prejuízo da legitimação concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

### III.

#### DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMPO DE PANDEMIA

Em todas as instâncias, ações judiciais proliferam em relação às medidas governamentais de contenção à pandemia. Está na ordem do dia a virtude passiva dos juízes e a humildade judicial de reconhecer, em muitos casos, a ausência de *expertise* em relação à Covid-19. É tudo novo para a Ciência, quiçá para o Judiciário. Nesse contexto, impõe-se aos juízes atenção para as consequências das suas decisões, recomendando-se prudência redobrada em cenários nos quais os impactos da intervenção judicial são complexos, incalculáveis ou imprevisíveis. Antes de decidirem, devem os juízes ouvir os técnicos, porque uma postura judicial diversa gera decisões passionais que desorganizam o sistema de saúde, gerando decisões trágicas e caridade injusta. (FUX, Luiz. **Justiça infectada? A hora da prudência.** Publicado no Jornal O GLOBO. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-justica-infectada-hora-da-prudencia-24337119>. Acesso 08 de junho de 2020).

Necessário destacar que o respeito às diretrizes técnicas buscam justamente garantir o princípio da separação de poderes, um dos pilares de sustentação da República. Importante mencionar que o combate a pandemia e o ônus da política de



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

combate a COVID-19 é do **Poder Executivo**, lhe competindo as medidas que entende razoáveis para a abertura da economia fluminense e o combate ao novo coronavírus.

**É certo** - tal como observou o Min. CELSO DE MELLO no exame **da ADPF 45/DF (Informativo/STF n° 345/2004)** – **“que não se inclui**, ordinariamente, **no âmbito** das funções institucionais do Poder Judiciário - **e** nas desta Suprema Corte, em especial - **a atribuição de formular e de implementar** políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, **“Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”**, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), **pois**, nesse domínio, o encargo reside, **primariamente**, nos Poderes Legislativo **e** Executivo”.

Estreitamente vinculado ao princípio da força normativa da Constituição, em relação ao qual configura um subprincípio, o cânone hermenêutico da máxima efetividade orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o conteúdo.

Neste sentido, a correta interpretação do princípio da separação dos Poderes, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela Constituição e pela lei, o que parece ser o caso dos autos.

Em suma, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não pode se dar de forma **indiscriminada**, pois isso violaria o princípio da separação dos Poderes.



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

Em um momento único de crise **sem precedentes** para a humanidade, os atos praticados pelo Poder Público para combate da pandemia devem ser tomados por aqueles que detêm **legitimação democrática** a respaldar suas decisões. Nesse sentido, o Poder Executivo, composto por membros democraticamente eleitos, organiza seus órgãos técnicos e por meio deles realiza suas funções típicas.

Não cabe ao Poder Judiciário adentrar o mérito das decisões administrativas, mormente no atual momento vivenciado pelo país, não podendo substituir prévias avaliações técnicas do Poder Executivo. O ônus da política de combate a COVID-19 é do Poder Executivo. (**Processo 0096134-86.2020.8.19.0001**, PLANTÃO NOTURNO DAS 18 HORAS DO DIA 15.05.2020 ÀS 11 HORAS DO DIA 16.05.2020. AGRAVO DE INSTRUMENTO Agravante: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, Rel. Des. ROGERIO DE OLIVEIRA SOUZA, decisão 15/05/2020).

O momento excepcional vivenciado indica que a escolha da Administração Pública, por meio de seus órgãos técnicos, deve ser tratada com a deferência necessária nos casos de **discricionariedade técnica**. É uma hipótese em que se deve priorizar as **capacidades institucionais do órgão técnico**. Nesse sentido, ensina GUSTAVO BINENBOJM

Com efeito, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nestes casos, a expertise e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle. (...) Tem aqui grande utilidade a chamada análise de capacidades institucionais, como instrumento contrafático que indicará os limites funcionais da atuação dos órgãos administrativos, legislativos e judiciais. (...) A proposta da virada institucional é a de que as estratégias interpretativas devam levar em consideração a capacidade da instituição



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

responsável pela tomada de decisão.” (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 241-242.)

Em um Estado Democrático de Direito, a atuação do Poder Judiciário deve respeitar os limites impostos pela Constituição e pelas demais leis do país. Não pode se dar, exclusivamente, pela vontade do julgador, por melhor que seja sua intenção. Julgar não é um ato de vontade, mas de conhecimento. A sociedade precisa de tranquilidade e segurança jurídica. Cumpre ao Poder Judiciário, com serenidade e responsabilidade, se desincumbir desse mister. De fato, e não raro, sob a argumentação de [suposta] proteção aos direitos fundamentais, muitas vezes se escondem objetivos pragmáticos e ideológicos de controle sobre os demais Poderes republicanos, o que afronta diretamente a Constituição. Preocupação com saúde, educação, segurança são deveres do Estado, cujas políticas nacionais estão a cargo do Estado-Administrador (Poder Executivo). Não cabe ao Estado-Juiz (Poder Judiciário) a elaboração de políticas públicas nessas áreas, menos ainda atuar como ordenador de despesas. Assim agindo, assenhora-se de atribuições que, constitucionalmente, não lhe competem. A Separação dos Poderes deve ser respeitada, sendo imperiosa a necessidade de respeitar as escolhas administrativas tomadas pelos órgãos técnicos do Estado, não competindo ao julgador **substituir** o administrador nas decisões tomadas.

Falece o Poder Judiciário em campo tão específico e conturbado da ciência de *expertise* e capacidade técnica para **analisar as nuances** das medidas tomadas pelo Executivo, no âmbito estrito e direto de sua **atribuição constitucional e legal**.

Conforme destacado nos autos, as medidas tomadas foram validadas em **fundamentos técnicos**, na esfera de atribuição do ente estatal.



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

Outro ponto a ser analisado, ainda que superficialmente, diz respeito à impossibilidade de se estabelecer uma hierarquização entre as prioridades da atividade administrativa.

Segundo os defensores desta tese, ao Estado brasileiro foi atribuída uma série de obrigações positivas necessárias à efetivação dos direitos fundamentais e sociais, e, por não haver um escalonamento entre elas, não se pode identificar quais as mais prioritárias.

Reconheço que em algumas situações é impossível se estabelecer, num plano abstrato, qual a ordem de prioridades que a atividade administrativa deve tomar. Nestes casos, a identificação pela preferência de atuação estatal deve-se pautar pela escolha democrática de seus representantes eleitos.

A relação dilemática, que se instaura na presente causa, **conduz** o magistrado **a proferir decisão que se projeta** no contexto **das denominadas** “*escolhas trágicas*” (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBITT, “**Tragic Choices**”, 1978, W. W. Norton & Company), **que nada mais exprimem senão** o estado de tensão dialética **entre** a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e atuações no plano da saúde pública, de um lado, **e** as dificuldades governamentais de viabilizar a retomada das atividades econômicas num momento de pandemia global, de outro.

Nesse contexto, importante rememorar que a formulação e a execução de políticas públicas **dependem** de opções políticas **a cargo** daqueles que, por **delegação popular**, receberam investidura em mandato eletivo, muito mais no momento de crise mundial e global que se apresenta.



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL (“**Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**”, p. 22-23, 2002, Fabris):

*“A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado ‘livre espaço de conformação’ (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais **devem ser abertas** para receber **diversas** concretizações **consoante** as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos **cabe, principalmente, aos governos e parlamentos.***

***Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.** (grifei)*

Deve-se ressaltar o caráter excepcional e limitado do *intervencionismo judiciário*. Como afirma o culto Min. LUIS ROBERTO BARROSO:

a questão do controle das políticas públicas envolve, igualmente, a demarcação do limite adequado entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário. Por um lado, a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los. Por outro, atribuiu as decisões sobre o investimento de recursos e as opções políticas a serem perseguidas a cada tempo aos Poderes Legislativo e Executivo. Para assegurar a supremacia da Constituição, mas não a hegemonia judicial, a doutrina começa a voltar sua atenção para o desenvolvimento de parâmetros objetivos de controle de políticas públicas.” (Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito, Revista de Direito da Procuradoria Geral, v. 60, p.175).

Por certo, a decisão judicial em momentos de singular experiência mundial deve se revestir de cautela com o fim de evitar uma invasão no Poder Discricionário da Administração Pública, que, nas palavras do papa do Direito Administrativo, professor,



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

HELY LOPES MEIRELLES se traduz da seguinte forma: “*é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo*”. (**Direito Administrativo Brasileiro**. 34ª edição. Ed. Malheiros Editores, 2008, pag. 120).

Nesse diapasão, o controle judicial de políticas públicas constitui medida de **caráter excepcional** em prestígio ao **princípio da separação dos poderes**. O que prevalece é o respeito aos critérios utilizados pelo Poder Executivo, a quem cabe definir seus planos de ação no combate à pandemia, porquanto promanados de **governantes escolhidos pelo povo**, que é o titular originário do poder, e que **legítima** o atuar político da Administração Pública.

Aliás, em casos tais, a responsabilidade do Estado deve ser analisada à luz da cláusula de reserva do possível e da garantia do mínimo existencial, sem o que há visível comprometimento da ordem social e da promoção do bem comum. E nesse atuar, deve o Poder Executivo, e **não o Judiciário**, estabelecer uma hierarquia de prioridades, adotando uma matriz gerencial estratégica bem definida para cada segmento social, em benefício da população como um todo.

Desta forma, dentro de uma ponderação de direitos, princípios e fatos relevantes, não cabe ao Judiciário exercer **controle absoluto** sobre políticas públicas de combate à COVID-19, notadamente no que pertine ao plano de retomada das atividades, na medida em que requer planejamento global integrado e interdisciplinar entre diversas autoridades públicas, diante da impossibilidade de sua efetividade de forma isolada.



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

A ingerência do Judiciário nesta seara é feita de forma excepcional e deve estar cingida àquilo que se pode razoavelmente exigir do Poder Público, não substituindo-o em suas escolhas.

Assim, a admissibilidade da atuação do Judiciário em toda e qualquer questão que envolva ato discricionário configurado na decisão administrativa e política acerca de quais as medidas no combate a COVID-19 devem ser realizadas e tomadas primeiramente, haja vista sua maior densidade de legitimidade democrática, pois que proferida por agente político eleito democraticamente pela soberania popular, violaria a regra basilar do Estado Democrático de Direito e fundamento Republicano do nosso sistema de governo, idealizado séculos passados pelo publicista MONTESQUIEU, e consolidado como cláusula pétrea na Carta Magna: o princípio da separação dos poderes (ex vi: art. 60, § 4º, III c/c art. 2º da CF).

As circunstâncias da demanda intentada e a análise da conjuntura e dos fatos que permeiam a situação concreta possibilitam a realização da ponderação dos interesses em rota de colisão para determinar a aplicação, no caso concreto, de um dos princípios colidentes<sup>3</sup>:

---

<sup>3</sup> A questão da ponderação de princípios e forma de solução é por demais complexa e fugiria de nosso desiderato estudar o tema, assim, segundo DWORKIN é possível que um princípio seja válido e pertinente a determinado caso concreto, mas que suas conseqüências jurídicas não sejam aplicadas, ou que sejam apenas parcialmente aplicadas, em razão da incidência de outros princípios. Desta forma, haveria uma ponderação entre os princípios e não a simples opção por um deles em detrimento dos demais também aplicáveis. Obtempera SARMENTO que com as *regras* tal ponderação não é possível, pois quando duas destas aparentemente incidirem sobre o mesmo caso concreto a antinomia é resolvida através dos critérios hierárquico, cronológico, de especialidade ou, eventualmente, das regras de conexão do Direito Internacional Privado sobre o conflito de leis no espaço, que levam a opção por uma das regras e completa desconsideração da outra (DWORKIN, Ronald. **Levando dos direitos a sério**, trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40-43 e SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**, 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 45). ROBERT ALEXY, partindo dos elementos trazidos por DWORKIN, foi mais a fundo na conceituação de *princípios*. Segundo o jurista alemão as *normas* se dividem nas espécies *regras* e *princípios* e entre estes dois caracteres normativos não existe apenas uma diferença gradual, mas qualitativa (ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, trad. Ernesto Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86-88). Para ALEXY A *colisão de princípios* não se resolve na dimensão de validade, pois só entram em colisão princípios válidos. Tampouco se admite a solução de colisão principiológica com a introdução de cláusula de exceção. Há, na verdade,



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

Para que se possa garantir a convivência harmônica dos princípios, ambos devem ceder em determinada intensidade, de acordo com as limitações jurídicas e fáticas do caso concreto. Em determinados casos, um princípio ingressará mais na esfera de atuação do outro, sem que, no entanto, a amplitude de abrangência de um aniquile a existência do seu “concorrente”. O mínimo essencial do princípio não é passível de restrição por outro princípio, pois não há hierarquia constitucional entre eles.

Tal limitação de restrição do alcance dos princípios fundamenta-se pela sua própria composição estrutural, pois estes se constituem de um núcleo mínimo essencial e de várias camadas ou gradientes sucessivos, de menor intensidade. Quanto mais afastado de seu núcleo, maior a possibilidade de restrição a ser imposta ao princípio e, de forma inversa, quanto mais próximo de seu núcleo essencial, mais difícil se torna sua ponderação<sup>4</sup>.

---

uma dimensão de peso (assim como afirmava DWORKIN) que se resolve mediante ponderação no caso concreto, segundo as circunstâncias jurídicas vigentes. Não há hierarquia entre princípios. Se há *colisão*, um ou mais princípios devem ceder ante os outros, sem que os princípios que cederam sejam declarados inválidos ou que as normas que recuaram tenham sido excepcionadas (op. cit. p. 89). Sobre o tema consulte-se: ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 11/12/1998, mimeo; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação de normas: alguns parâmetros jurídicos*, projeto de tese de doutoramento aprovado no programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 40; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001; BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 327-378; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002; GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

<sup>4</sup> Sobre o tema: ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales...*, pp. 105-109 e ANA PAULA DE BARCELLOS em texto escrito em parceria com BARROSO “um princípio tem um sentido e alcance mínimos, um núcleo essencial, no qual se equiparam às regras” (BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história...*, p. 341)



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

Nas palavras de ALEXY “*quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção*”<sup>5</sup>. É como se, na nomenclatura de DWORKIN, o núcleo essencial do princípio tivesse dimensão de peso absoluta, que vai se reduzindo, sucessivamente, em direção às suas bordas<sup>6</sup>.

Assim, no caso dos autos, levando em consideração o contexto da dificuldade contramajoritária, não cabe ao Poder Judiciário suprimir o jogo político nem a **prevalência da vontade majoritária** quando **legitimamente manifestada**. Há que se respeitar a reserva de conformação político-administrativa, imune, a princípio, à **revisão judicial**, excepcionada somente quando patente e comprovada a ilegalidade e imoralidade do atuar estatal, o que deve ser analisado em ampla cognição e com possibilidade plena de contraditório, não em sede de juízo de **prelibação**.

Nesse contexto, na execução do conjunto de medidas adotadas para o combate e retomada gradual das atividades econômicas, não cabe ao Poder Judiciário decidir, sem **respaldo técnico**, qual escolha deve ser tomada pelo Executivo.

<sup>5</sup> ALEXY, Robert. Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 11/12/1998, mimeo, p. 14.

<sup>6</sup> O núcleo essencial formador dos princípios exerce dois papéis importantes na interpretação das normas. O *primeiro* é a limitação quanto ao alcance do princípio em conflito, isto é, uma vez em colisão, um princípio terá como limite derradeiro de sua expansão interpretativa o núcleo essencial do princípio que se pretende restringir. Em *segundo lugar*, o núcleo essencial dos princípios também impõe limitação ao alcance a ser dado à *regra*. Sendo a *regra* uma expressão prévia de valor dos princípios que lhe são subjacentes, poderá regular todas as esferas gradientes dos princípios, mas terá como dever garantir o mínimo essencial para sua coexistência e validade, pois o sistema constitucional é coerente e harmônico (princípio da unidade da constituição). Em outras palavras, a regra jamais poderá aniquilar os princípios que lhe fundamentam. Assim, ao interpretar o dispositivo da norma, o aplicador do direito deve certificar-se que sua interpretação não restringe um princípio ao ponto de excluí-lo do ordenamento jurídico (V. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, p. 192 e ss.; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional...**, p. 1169 e ss. e MAIA, Diogo C. Medina, **Fundamentos da ação coletiva passiva**, p. 78)



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

No caso, identifica-se o **respaldo técnico** necessário na decisão tomada pelo Estado e pelo Município, conforme se pode observar nos documentos acostados aos autos, sendo certo que os dados técnicos e a evolução da própria ciência têm produzido diariamente elementos e revisão das diretrizes, inclusive mundiais, para o combate à pandemia.

### IV.

#### DAS PREMISSAS ELEMENTARES ASSENTADAS EM RECENTES

#### DECISÕES DO STF

A crise recém-instaurada pela pandemia mundial, fruto de uma expansão avassaladora da covid-19, desafia dia a dia não só os Poderes Executivo e Legislativo, mas também, e cada vez mais, o Judiciário.

Além de convidados a promover adaptações estruturais de emergência que deem conta da nova realidade, Tribunais brasileiros têm sido conclamados, diuturnamente, a responder anseios sociais os mais diversos, frequentemente de envergadura nobre. Soa mesmo natural que, num país marcado pelo ceticismo popular quanto ao funcionamento das instituições públicas, o Judiciário seja lembrado na sua função de última trincheira da sociedade.

Nessa perspectiva, têm-se avolumado nos bancos de distribuição de processos não apenas demandas individuais múltiplas, mas também variadas pretensões de natureza coletiva, de toda sorte, protocoladas pelos quatro cantos do



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

país. Órgãos e entidades legitimados clamam dos julgadores decisões sobre temas sensíveis, de **impacto muitas vezes colossal para a população e hábeis a interferir em setores importantes da vida coletiva.**

Muito embora nos encontremos ainda no início de um desafio que se perde de vista no horizonte, o Supremo Tribunal Federal já começa a delinear uma linha de raciocínio clara e bem estabelecida para o cenário de **judicialização da crise.**

Em meio às decisões tomadas recentemente, são pelo menos quatro os julgados monocráticos em que a Corte Suprema, avaliando pedidos de urgência, destacou a **importância de se respeitar a sinergia entre as instituições e os espaços de competência dos três Poderes.**

Esses julgados trazem balizas importantes para o enfrentamento do questão que se colocou no presente requerimento<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Cabe citar, nesse sentido, o requerimento de tutela provisória pelo qual o Distrito Federal, também sob a justificativa do combate à pandemia, buscava compelir a União “a adotar medidas de teletrabalho em relação aos servidores (...) lotados no Distrito Federal, ressalvados os serviços públicos essenciais e aqueles com atribuição direta dos serviços de enfrentamento da pandemia de coronavírus” (ACO 3364 TP/DF). A Relatora, Ministra Carmen Lúcia, bem reconheceu a gravidade da pandemia e a necessidade de proteção à saúde pública. Logo no início da sua análise, ponderou que, de fato: “a situação fática e jurídica exposta na inicial desta ação é singular. Tem-se o ente federado distrital a atuar proativamente para retardar o avanço da propagação do vírus causador da doença covid-19 e minimizar os inevitáveis impactos sociais e de saúde pública que repercutirão em função dessas medidas e, de outro lado, a União, que, na providência adotada judicialmente, afirma-se estar a retardar a adoção de medidas mais severas no mesmo sentido, embora tenham elas sido acolhidas por muitos Países no combate a esta terrível doença que assola a humanidade. O tempo na adoção das providências estatais parece ser determinante para fazer face à demanda de combate àquele mal, sendo que o dimensionamento da velocidade administrativa haverá de se compatibilizar com a rapidez da propagação da doença para se cumprir o objetivo de diminuir os letais efeitos da moléstia”. Isso não obstante, a eminente Ministra decidiu indeferir o pedido de tutela de urgência formulado pelo autor, por compreender, antes de tudo, que a pretensão do Distrito Federal **violaria a separação de Poderes**, ao sujeitar a União a regulamento expedido pelo Chefe do Executivo local e por órgão do Poder Judiciário. Em sua decisão, consignou que: *O dramático cenário social e sanitário experimentado agora não se compadece com o desmando jurídico, nem abre ensanchas a uma subversão na aplicação das normas constitucionais. (...) O inc. XVIII do art. 21 da Constituição da República atribui à União a competência e, por isso mesmo o dever-poder de “planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas”, como a que assola a população brasileira nesse momento de crise. Frustrar ou embaraçar essa competência pode trazer prejuízo ainda maior à sociedade, desarticulando ações de combate à enfermidade e desestabilizado a confiança que a população precisa ter no direito vigente, a ser interpretado e aplicado considerando-se o quadro crítico experimentado. Os administradores públicos têm de atuar no exercício de suas atribuições públicas específicas sem se valer e instrumentos ilegítimos ou desviados da finalidade de realização do interesse público, menos ainda fazer gestos nitidamente incompatíveis com o sistema jurídico.* (STF, ACO 3.364/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 23.03.2020). Noutro caso recentemente submetido à Corte (RCL 39791/SP), e no qual



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

Em uma palavra, pois, é possível dizer que todas as recentes decisões monocráticas da Corte parecem assumir duas premissas elementares: (i) a **vocação específica para lidar com políticas públicas, principalmente nos tempos atuais, tão incomuns, é do Executivo**; e, (ii) **por mais bem-intencionadas que se revelem as pretensões manejadas nesse cenário, cabe ao Poder Judiciário agir com parcimônia, sob a lembrança do desenho constitucional e adstrito à observância dos critérios de distribuição de competência que compõem o sistema.**

---

se discutia o fechamento, por um município de São Paulo, das rodovias que lhe davam acesso, foi a vez de o Exmo. Ministro Dias Toffoli, Presidente da Corte, trazer às luzes importantes considerações sobre o momento e a cautela que inspira. Destaco: “*As decisões concessivas das liminares invocaram, em síntese, aspectos referentes [i] à rápida transmissão do vírus e seu potencial de mortalidade, [ii] falta de estrutura dos municípios da região para atendimento da demanda de pacientes infectados, [iii] a quantidade de pessoas que, talvez por falta de real consciência da gravidade da situação, estão aproveitando a quarentena como espécie de “férias”, superlotando os Municípios abrangidos nas decisões. Pautadas – reconheço – em efetiva preocupação com o cenário atual enfrentado, as decisões, como ponderado pelo ente público, desconsideram que medidas necessárias à contenção da pandemia de covid-19 precisam ser pensadas em um todo coerente, coordenado e sistêmico. A intenção dos magistrados é a melhor possível, repito. Da mesma forma o desiderato do Ministério Público do Estado de São Paulo. De encômios são merecedores todos os que buscam, no Poder Judiciário, soluções aptas à superação do difícil e inédito panorama. Entrementes, o momento atual exige calma. A coordenação, a ser exercida pelo Poder Executivo, é imprescindível. Somente uma organização harmônica e organizada ensejará a adoção das medidas necessárias e abrangentes. Em tema de segurança e eficiência na prestação de serviços públicos na área da saúde, oportuno destacar o sentido discricionário técnico de decisão acerca de circulação de pessoas, veículos, transportes em geral. Essas as razões pelas quais decisão judicial não pode substituir o critério de conveniência e oportunidade da Administração, especialmente em tempos de crise e calamidade, porque o Poder Judiciário não dispõe de elementos técnicos suficientes para a tomada de decisão equilibrada e harmônica. Ademais, a instituição de barreira sanitária constitui ato administrativo a ser informado pelas características da região como um todo e não de apenas uns ou outros municípios em contraposição a tantos mais. São elementos ligados ao mérito do ato administrativo, que não podem ser objeto de análise pelo Poder Judiciário, cuja apreciação se debruça exclusivamente sobre aspectos formais de validade e eficácia. A providência tomada pelo Juízo mencionado acabou por invadir indevidamente matérias de atribuição exclusiva do Estado de São Paulo, sem integrá-lo no polo passivo, notadamente o poder de polícia da Administração, excepcional e discricionário, capaz de restringir coativamente a atividade individual, na proteção da segurança coletiva e da boa ordem da coisa pública, este o mérito de eventual ato nesse sentido” (STF, RCL 39791/SP, Rel. Min. Presidente Dias Toffoli, j. em 30.03.2020). Linha semelhante foi adotada na ADPF 671/DF, pela qual o partido político requerente, sob a justificativa de “*tornar efetivo o direito constitucional de acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde*”, buscava impor à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, que executassem “*a requisição administrativa de bens e serviços relacionados à saúde, prestados em regime privado, de modo a permitir ao Poder Público a regulação de todos os leitos das unidades de terapia intensiva (UTIs) para uso indistinto de qualquer doente que deles necessite, enquanto perdurar a pandemia que assola o país*”. Sorteado relator, o Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski negou seguimento à ADPF, mas não sem antes avaliar, quanto ao mérito, que: “*mesmo considerada a grave crise sanitária pela qual passa o país, ainda é cedo para presumir a ocorrência de omissão dos gestores públicos, afigurando-se, no mínimo, prematuro concluir pelo descumprimento dos preceitos fundamentais apontados na inicial, em que pesem os generosos propósitos que inspiraram os seus subscritores. Por todos os ângulos que se examine a questão, forçoso é concluir que a presente ADPF não constitui meio processual hábil para acolher a pretensão nela veiculada, pois não cabe ao Supremo Tribunal Federal substituir os administradores públicos dos distintos entes federados na tomada de medidas de competência privativa destes, até porque não dispõe de instrumentos hábeis para sopesar os distintos desafios que cada um deles enfrenta no combate à covid-19” (STF, ADPF 671/DF, Rel. Min Ricardo Lewandowski, j. em 03.04.2020). Idêntica linha de raciocínio havia sido adotada pela Ministra Rosa Weber, um dia antes, ao analisar pretensão de suspensão dos prazos previstos na legislação eleitoral, tais quais os assinalados para lições partidárias. Recomendando uma vez mais a cautela, a Ministra indeferiu o pleito “ (STF, Medida Cautelar na ADI 6.359, Rel. Min. Rosa Weber, j. em 02.04.2020). Para fornecer último exemplo, o Ministro Marco Aurélio Mello também rechaçou pedido de suspensão da eficácia de dispositivos da Medida Provisória nº. 927/2020, editada pelo Executivo Federal em razão da pandemia. (STF, Medida Cautelar na ADI 6.349, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 01.04.2020).**



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

Respeitar esses critérios não traduz, de maneira alguma, descompromisso do Judiciário quanto à efetivação de direitos sociais. Espelha, na verdade, **providência necessária** à manutenção de uma ordem que, se abalada, tornaria muito mais *penoso* o já árduo processo de **superação da crise**.

As incertezas são grandes e densas, mas devemos caminhar na crise de modo seguro e respeitando os princípios basilares da Constituição, dentre eles: **a separação dos poderes**. O momento é de *temperança, bom senso, prudência e cautela*.

### V.

#### DO CONSEQUENCIALISMO INTRODUZIDO PELA LINDB

Não é de hoje que os argumentos consequencialistas vêm gerando debate, principalmente entre aqueles que atuam no contencioso.

A discussão ganhou especial relevo na medida em que avança no mundo o estudo do *Law and Economics*<sup>8</sup>, demandando, dos operadores do Direito, **análise dos efeitos práticos das decisões** para as partes, em especial nos casos em que há **grande repercussão econômica**. Em outras palavras, as consequências das decisões, sejam judiciais ou administrativas, devem ser levadas em consideração no momento de decidir e argumentar.

---

<sup>8</sup> FRIEDMAN, David (1987). "law and economics," *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, v. 3, pp. 144–48; POSNER, Richard A. (2007). *Economic Analysis of Law* (Aspen, 7th edition).



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

No Brasil, o consequentialismo foi introduzido no ordenamento com a publicação da Lei n.º. 13.655/15, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) para trazer “segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”.

Nesse contexto, foi incluído o artigo 20, que dispõe que “*nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*”. Na íntegra:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

Extrai-se, do dispositivo acima, que é preciso, com base em dados trazidos ao processo decisório, analisar problemas, opções e consequências reais. Afinal, as **decisões estatais de qualquer seara produzem efeitos práticos no mundo e não apenas no plano das ideias.**

Fato é que o dispositivo acrescenta novo elemento a ser observado nos julgamentos, impondo aos juízes observar eventuais impactos práticos e econômicos em suas decisões, com intuito de trazer maior segurança jurídica ao sistema legal.

Ao que parece, objetivo da normatização acima é justamente o de inibir o afastamento de normas jurídicas pelos órgãos julgadores — administrativos ou judiciais —, proporcionando maior segurança jurídica e preservando as decisões legislativas em



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

detrimento daquelas judiciais meramente principiológicas, sem se atentar às suas consequências.

Em decisão proferida na MC 5.257, o Ministro TOFFOLI, ao determinar a suspensão de decisão proferida que havia garantido a permanência de empresas no regime tributário da Lei n.º. 12.546/11 (CPRB) durante o ano de 2018, fundamentou-se essencialmente em argumentos consequentialistas relativos aos danos aos cofres públicos que a liminar geraria, conforme se observa do seguinte trecho:

A execução imediata da decisão judicial ora combatida impacta direito de interesse coletivo relacionado à ordem e à economia públicas, pois implica alteração da programação orçamentária da União Federal (...).

Isso porque, além da redução da arrecadação de contribuição de empresas à Seguridade Social (correspondente à renúncia fiscal decorrente da modificação da base de cálculo da contribuição previdenciária a cargo da empresa), a decisão no AI (...) produz efeitos imediatos nas contas públicas, tendo em vista o dever legal da União de “[compensar] o Fundo do Regime Geral de Previdência Social, de que trata o art. 68 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, no valor correspondente à estimativa de renúncia previdenciária decorrente da desoneração”.

(...)

Ademais, a decisão objeto do presente pedido de contracautela foi proferida em sede de mandado de segurança coletivo, circunstância que, somada ao risco de efeito multiplicador (...), constitui fundamento suficiente a revelar a grave repercussão sobre a ordem e a economia públicas e justificar o deferimento da liminar pleiteada.

Apesar de não mencionar expressamente o artigo 20 da LINDB, a decisão proferida parece ter se orientado nas mesmas razões que motivaram a edição da aludida norma, ao privilegiar uma análise econômica e fiscal em detrimento de uma análise puramente jurídica, invocando princípios como boa-fé e previsibilidade.



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

É visível na decisão a argumentação consequencialista de efeitos práticos (em tese alinhada ao comando do artigo 20 da LINDB) realizada pelo Ministro, que em momento algum enfrentou a questão central debatida no processo.

Neste contexto, conclui-se que é **dever** dos juízes observar eventuais impactos práticos e econômicos em suas decisões, com intuito de trazer maior segurança jurídica ao sistema legal, mormente diante de um momento de crise sem precedentes para a humanidade que ora se está vivenciando.

Em sendo assim, ainda que se entendesse que a decisão ora objeto de impugnação não adentra o mérito de decisões administrativas, fato é que suas **consequências** geram risco de grave lesão à ordem pública, econômica e jurídica da Administração do Município e do Estado do Rio de Janeiro, o que, por si só, autoriza a suspensão dos seus efeitos, como iremos analisar no próximo tópico. Mas, não é só.

Determinadas questões, **inseridas em limites técnicos**, devem estar fora do âmbito de avaliação do Judiciário, como constatado pela doutrina *Chenery*<sup>9</sup>, norte-americana, que reconhece a falta de *expertise* da jurisdição nessas hipóteses, conforme assentado pelo Superior Tribunal de Justiça:

Eventual intento político da medida não poderia ensejar a invalidação dos critérios tarifários adotados, *tout court*. Conforme leciona Richard A. Posner, o Poder Judiciário esbarra na dificuldade de concluir se um ato administrativo cuja motivação alegadamente política seria concretizado, ou não, caso o órgão público tivesse se valido tão somente de metodologia técnica. De qualquer forma, essa discussão seria inócua, pois, segundo a doutrina *Chenery* - a qual reconheceu o caráter político da atuação da Administração Pública dos Estados Unidos da América -, **as cortes**

<sup>9</sup> SILVEIRA, André Bueno da. Doutrina *Chevron* no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, v. 276, set/dez. 2017, p. 130; STACK, Kevin M. *The Constitutional Foundations of Chenery*. *The Yale Law Journal*, 116: 952, 2007. p. 960.



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

judiciais estão impedidas de adotarem fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais não têm a *expertise* para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos (Economic Analysis of Law. Fifth Edition. New York: Aspen Law and Business, 1996, p. 671). Portanto, as escolhas políticas dos órgãos governamentais, desde que não sejam revestidas de reconhecida ilegalidade, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário. (AgInt no AgInt na SLS 2.240/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 07/06/2017). Destaque nosso.

Proximamente, tem-se o empecilho da **reserva de consistência**, evitando que magistrados, sem formação científica específica, determinem soluções em matérias estranhas ao seu conhecimento (*fuzzyism*).

A devida atenção ao consequencialismo exigido pela LINDB não foi negligenciada pela Administração – **ao menos em juízo sumário** -, uma vez que houve **apresentação de estudos científicos**, como exigido pela Lei nº.13.979/20 (art. 2º, §1º). Note-se, nesse ponto, que o Judiciário apenas deveria intervir caso existente **flagrante ilegalidade**, o que, no caso em tela, passa ao largo, em razão do atendimento das diretrizes da norma geral federal, ao menos em juízo de cognição sumária e rarefeita própria das tutelas de urgência e evidência.

Nem por isso se ignora o grau de insegurança científica acerca do (ainda novo) Coronavírus. Salta aos olhos a ausência de conclusões precisas. A título de exemplo, veja-se o noticiado acerca dos infectados que **não apresentam sintomas (assintomáticos)**: outrora, tidos como o grande motor de disseminação do vírus; hoje, sem relevante capacidade de transmissão<sup>10</sup>. Por certo, não será o Judiciário a resolver a

<sup>10</sup> <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/06/08/transmissao-de-covid-19-por-pacientes-sem-sintomas-parece-ser-rara-diz-oms.ghml>



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

**questão médica e epidemiológica**, soando prudente o respeito à prolongada análise realizada pelos administradores locais, salvo se, reiterar-se, houver notória ilegalidade, o que não restou **comprovado no caso em análise**, ao menos nesse juízo de cognição sumário. A ponderação mais precisa e a visão global de tal espécie de conflito de interesses está no leque vocacional executivo.

### VI.

### DA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA

O direito do ente público de alcançar a suspensão, diante da sua natureza excepcional de contracautela<sup>11</sup>, se subordina a requisitos essenciais expressamente previstos no art. 4º da Lei nº. 8.437/92 e no art. 15 da Lei nº. 12.016/09.

A Suspensão de Segurança é um instituto oferecido ao Poder Público na defesa do interesse coletivo. Consiste em um meio de suspender decisão judicial, nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, no caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública.

<sup>11</sup> Nesse sentido é pacífica a jurisprudência “I. Suspensão de segurança: natureza cautelar e pressuposto de viabilidade do recurso cabível contra a decisão concessiva da ordem. A suspensão de segurança, concedida liminar ou definitivamente, é contracautela que visa à salvaguarda da eficácia plena do recurso que contra ela se possa manifestar, quando a execução imediata da decisão, posto que provisória, sujeita a riscos graves de lesão interesses públicos privilegiados – a ordem, a saúde, a segurança e a economia pública: sendo medida cautelar, não há regra nem princípio segundo os quais a suspensão da segurança devesse dispensar o pressuposto do *fumus boni juris* que, no particular se substantiva na probabilidade de que, mediante o futuro provimento do recurso, venha a prevalecer à resistência oposta pela entidade estatal à pretensão do impetrante. (...)” (STF – AGRSS 846-DF, REL.MIN. Sepúlveda Pertence – in D.J. de 08.11.96). “AGRAVO REGIMENTAL. FUNDAMENTO INATACADO. PRINCÍPIO DA SÚMULA 126. NATUREZA JURÍDICA DA SUSPENSÃO. Assentando-se a decisão recorrida em mais de um fundamento suficiente, a impugnação parcial conduz ao trânsito em julgado do fundamento irrecorrido, consoante princípio cristalizado no enunciado n. 126 da Súmula /STJ. A suspensão da liminar, diferentemente do sistema recursal (que objetiva o acerto da controvérsia), tem natureza jurídica de contracautela, cujo exercício depende da constatação da presença de risco de grave lesão à ordem, segurança, economia e saúde públicas. Reconhecimento da presença dos pressupostos autorizadores da drástica medida não elidido pela impugnação recursal. Agravo desprovido.” (STJ – AGP 1.165- Rel.: Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO – in D.J. de 29.05.00).



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

O pedido de suspensão não tem natureza de recurso. Nele não se pede nem a reforma, nem a anulação do ato judicial. Pede-se, simplesmente, a **suspensão da sua execução**. Assim, pode ocorrer que, da decisão que antecipa tutela, a entidade pública formule, concomitantemente, agravo de instrumento e pedido de suspensão. Nada impede que assim proceda, já que se trata de medidas com diferente natureza e com fundamentos também autônomos. Em tal caso, a decisão do Presidente, deferindo a suspensão, terá eficácia até o julgamento do recurso ou mesmo após ele, se não ultrapassado o juízo de admissibilidade.

Assim, para se obter o direito à suspensão dos efeitos da antecipação da tutela, da liminar ou da sentença, é necessário que o ato propicie grave **lesão à ordem, saúde, segurança e economia públicas**, sendo defeso à Presidência do Tribunal de Justiça analisar o mérito da controvérsia que, como cediço, deverá ser apreciado em razão de interposição de recurso próprio.

MARCELO ABELHA, ao tratar dos limites objetivos do incidente nos ensina que "o objeto de julgamento desse incidente é a verificação se há o risco potencial de **grave lesão entre a decisão proferida e os interesses públicos** tutelados pelo incidente."<sup>12</sup> (grifo nosso).

O STF tem se inclinado em admitir como requisitos necessários para a concessão do pedido de suspensão o perigo na demora (*periculum in mora*), constituído este pela grave lesão a um dos quatro requisitos expressos no art. 4º da Lei nº 4.348/64, somados **à plausibilidade da tese do requerente** (STF – AGSS 846-DF, Rel. Min.

<sup>12</sup> ABELHA, Marcelo Rodrigues. **Suspensão de Segurança. Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 134-135.



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 29.06.96 – *in* INFORMATIVO 33; SS 1.740-BA, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – *in* D.J. de 27.03.00).

Desta forma, a jurisprudência entende que um mínimo de deliberação indispensável à verificação da existência do *fumus boni iuris* não implica em ***prejulgamento do mérito*** da lide, sendo, portanto, plenamente cabível (cf. AgRg 1.404/DF. Min. Edson Vidigal. STJ. DJU I 06.12.04, p. 177 e AgRg 2.295/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, STF. DJU 14.05.04, p. 32).

Nesse contexto a possibilidade de intervenção que a Lei n°. 8.437/92 outorga à Presidência dos Tribunais, por meio da suspensão de liminares deferidas contra atos do Poder Público, tem caráter *excepcional*, somente se justificando nas hipóteses nela explicitadas, ou seja, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas e nos casos de manifesto interesse público ou ilegitimidade, consoante a dicção do seu artigo 4°.

É fato público e notório que o mundo enfrenta uma pandemia de proporções inéditas, que tem levado a milhares de infectados e de mortos, ao fechamento de fronteiras, à decretação de medidas de quarentena, de isolamento social, ao colapso dos mais estruturados sistemas de saúde das nações mais desenvolvidas e preparadas para enfrentar um quadro dessa ordem. A situação é gravíssima e não há qualquer dúvida de que a infecção por COVID-19 representa uma ameaça à saúde e à vida da população.

A pandemia acabou por levar as autoridades públicas a concretizar medidas altamente restritivas de desenvolvimento de atividades econômicas, com o escopo de



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

garantir a diminuição drástica de circulação das pessoas e dos contatos sociais, e ocasionando, por conseguinte, redução ou corte total na renda de muitos trabalhadores no Brasil e no mundo, em razão de demissões e diminuições na jornada de funcionários em empresas, ou pela impossibilidade de que autônomos e informais exerçam seu trabalho em meio à pandemia. Muitos comércios também fecharam as portas e donos de pequenos negócios enfrentam queda no faturamento.

A excepcionalidade da situação gerou a retração da produção e, conseqüentemente, o comprometimento da renda do trabalhador, pois grande parte das empresas não tem mais faturamento e outras, diante das suas especificidades, como as de lazer e turismo, encontram-se paralisadas.

A pandemia do coronavírus, por certo, agravou significativamente a crise financeira que o Estado do Rio de Janeiro que já enfrentava desde 2016, por diversos fatores.

Recentemente, pela primeira vez na história, o barril de petróleo foi negociado com preço negativo. Com as principais atividades econômicas do planeta paradas e, conseqüentemente, com a demanda pelo combustível congelada em todo o mundo, devido ao avanço da pandemia do coronavírus, a cotação da *commodity* do tipo “*West Texas Intermediate*” (WTI), referência no mercado americano, entrou em colapso.

Por esta razão, o petróleo *Brent*, valor de referência internacional, também recuou, gerando uma queda significativa na arrecadação de *royalties*, que, segundo especialistas, em 2020 vai diminuir algo entre 35% a 40% em relação a 2019.



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

Neste contexto, tendo em vista que, parte significativa das receitas do Estado do Rio de Janeiro são decorrentes dos *royalties* do petróleo, haverá uma forte redução da arrecadação do governo. De outro lado, o impacto social na vida das pessoas é incomensurável, quanto mais tempo as atividades comerciais e de serviço permanecerem fechadas, maior será o desemprego, a fome, a desigualdade etc.

Por outro lado, o Direito Administrativo atual reflete necessariamente o caráter democrático do exercício do poder, diante de um cenário político de alta complexidade, pois vivemos na sociedade do conhecimento, da transparência e visibilidade dos fatos. Administrar, por seu turno, é um processo permanente de escolhas.

A função administrativa é concretizar a decisão política de poderes. A evolução do atual Direito Administrativo impôs uma reconfiguração ao conceito de função administrativa, na medida em que as decisões políticas não são mais inteiramente livres.

Já não se concebe mais a velha máxima da conveniência e oportunidade da Administração. A sociedade atual impõe que as escolhas sejam tomadas em seu proveito, em atenção às necessidades da coletividade, necessidades estas já definidas, no próprio corpo da Constituição, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais e direitos sociais.

Em conformidade com o moderno Direito Administrativo, está o Administrador vinculado às escolhas primárias contidas no corpo da Constituição



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

Federal, não mais subsistindo o campo ilimitado da discricionariedade para a escolha das políticas pública a serem efetivadas.

Ao conferir interpretação ao princípio da separação dos Poderes em consonância com a Constituição de 1988, entendeu a Corte Suprema nos autos da ADPF-45 que:

*"É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte em especial – a atribuição de formular e implementar políticas públicas, pois nesse domínio, o encargo reside, primeiramente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático." (STF. ADPF – 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 29.4.2004, DJ 4.5.2004.)*

Nesse sentido, a correta interpretação do princípio da separação dos Poderes, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pelo sistema jurídico.

O sistema jurídico deve ser analisado a partir da premissa de que todos os seus postulados estão em harmonia, sob pena de quebrar a lógica intrínseca do próprio sistema. Diante de um ordenamento jurídico que consagra o princípio da separação dos Poderes, e também impõe ao Poder Público a prática de atividades positivas destinadas a efetivar os direitos sociais, a melhor interpretação é aquela que se coaduna com os dois postulados.



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

Portanto, a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se pode dar de forma indiscriminada, pois isso violaria o princípio da separação dos Poderes. No entanto, quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programas de governo, a interferência do Poder Judiciário é legítima e serve como instrumento para restabelecer a integridade da ordem jurídica violada.

Conforme bem ressaltado pelo Estado do Rio de Janeiro em sua inicial, desde a edição do Decreto nº 46.966, em 11 de março de 2020, primeiro ato normativo editado pela Chefia do Poder Executivo fluminense, houve a determinação de diversas medidas de prevenção, combate e enfrentamento à pandemia, as quais vêm sendo continuamente reavaliadas e revistas, conforme o avanço que a doença apresenta.

Lastreado em **informações técnicas**<sup>13</sup>, o Estado efetuou mudanças na política rígida de isolamento social, buscando conciliar, de um lado, a necessidade de permanência de duras medidas de combate à pandemia com a igual necessidade de que a atividade econômica estadual volte a funcionar – com os devidos cuidados, por óbvio –, de modo a permitir a geração de recursos econômicos a serem utilizados nessa árdua missão, levando à edição do Decreto Estadual n.º 47.112, de 05 de junho de 2020.

Nesse contexto, deve-se prestigiar **a solução técnica e objetiva**, tomada pelo Poder Executivo, sendo certo que o controle da discricionariedade tem que estar amparado em base em dados **estatísticos e técnicos**, sendo possível apenas e tão

---

<sup>13</sup> A título de exemplo pode-se destacar o Protocolo de Reabertura de Shopping Centers, que contou com a consultoria técnica do Sírio Libanês: [https://abrasce.com.br/wp-content/uploads/2020/06/Protocolo\\_ShoppingCenters\\_Prefeitura\\_RJ.pdf](https://abrasce.com.br/wp-content/uploads/2020/06/Protocolo_ShoppingCenters_Prefeitura_RJ.pdf)



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

somente quando se mostrar lesiva a toda população, o que não se identifica nos autos<sup>14</sup>.

Consoante demonstrado nesta suspensão de segurança, no cenário atual, os dados técnicos são produzidos diariamente pela Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia (SBPT), pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e pela Secretaria de Estado de Saúde (SES) e revistos segundo novas diretrizes mundiais para o combate à doença, razão pela qual é **constante a atualização das medidas de combate adotadas pelo Poder Executivo**.

Apesar do cenário pandêmico reconhecido pela OMS, diversos países pelo mundo têm adotado de maneira responsável planos de reabertura e desconfinamento com resultados satisfatórios, através de transição lenta e controlada para uma nova normalidade que permita conjugar a proteção à saúde e a retomada das atividades cotidianas. Nessa esteira, o Poder Executivo estadual optou por adotar medidas graduais de redução do isolamento, sem prejuízo da possibilidade de revisão das medidas de flexibilização, caso tal situação se mostre necessária, a teor do art. 15 do mencionado decreto:

*“Art. 15 - A Secretaria Estadual de Saúde realizará o monitoramento da taxa de incidência da COVID-19 para reanálise, podendo suprimir ou aumentar as restrições previstas no presente decreto.”*

<sup>14</sup> Sobre o tema, c. HAO, Karen. What is machine learning? Disponível em: [https://www.technologyreview.com/s/612437/what-is-machine-learning-we-drew-you-another-flowchart/?utm\\_campaign=the\\_algorithm](https://www.technologyreview.com/s/612437/what-is-machine-learning-we-drew-you-another-flowchart/?utm_campaign=the_algorithm). Acesso em: 02/06/2019; BURRELL, Jenna (2016). How the Machine ‘Thinks:’ understanding opacity in machine learning algorithms Big Data & Society. Disponível em: <https://www.ischool.berkeley.edu/research/publications/2016/how-machine-thinks-understanding-opacity-machine-learning-algorithms>. Acesso em 17/05/2019.)



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

A pretensão deduzida pelos Autores da Ação Civil Pública intentada, por conseguinte, acaba por esbarrar no **mérito do ato administrativo**, pois, uma vez estabelecidas escolhas públicas consentâneas com as políticas originárias estabelecidas na Constituição da República e as políticas secundárias estabelecidas pela legislação infraconstitucional, não lhes cabe pretender a prevalência das diretrizes por ele adotadas, vez que importará em violação ao princípio da razoabilidade a orientar o ativismo judicial.

A tutela constitucional e infraconstitucional do direito não é suficiente para que se admita a utilização de ação civil pública como instrumento apto a implicar, pela via judicial, verdadeiro direcionamento da ***atividade discricionária*** do Administrador quanto ao melhor emprego das ações públicas e à ordem das prioridades a serem atendidas, devendo-se resguardar, no ponto, a autonomia e a independência do Poder Executivo.

Conforme HELY LOPES MEIRELLES,

*“só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência da prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica – lei – de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo. Em tal hipótese, executa a lei vinculadamente, quanto aos elementos que ela discrimina, e discricionariamente, quanto aos aspectos em que ela admite opção. (...) O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz.”* (ob. cit. p. 116)

Como se vê, não pode o Poder Judiciário, apreciando ação civil pública, imiscuindo-se no mérito administrativo, substituir a Administração em sua atividade



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

precípua, proferindo determinações que dela são privativas, no âmbito da discricionariedade assegurada ao Poder Executivo.

Não se olvida que limitações ao agir da Administração existem e são estabelecidas no ordenamento jurídico, e de há muito já se superou a ideia de que os atos administrativos discricionários estariam à margem de qualquer controle jurisdicional. Entrementes, não havendo violação a qualquer norma ou princípio, não há como se interferir nas decisões administrativas tomadas, porque essa é uma questão que mais passa por decisões de cunho político do que pela legalidade propriamente dita.

Com efeito, de acordo com OSWALDO LUIZ PALU<sup>15</sup>, os atos de governo são aqueles pelos quais “*os exercentes da função governativa imprimem fins à gestão pública, em face dos fins do Estado, as opções de políticas públicas e orçamentárias e a direção geral da política estatal*”. E, reportando-se a GOMES CANOTILHO, defende que tais atos se submetem ao chamado “*controle de conformidade*”, mais amplo que o controle de mera legalidade, exigindo-se a “*conformidade intrínseca e formal de todos os atos dos poderes públicos*” à Constituição Federal. E, mais adiante<sup>16</sup>, assinala que:

*“Evidentemente que o controle dos atos executivos não implica que o juiz substitua o administrador e seus critérios, mas em verificar se, no exercício de sua liberdade de opção o administrador, o agente público observou ou não os limites traçados pelo Direito, sendo que, observado tal limite, a decisão revela-se razoável e justificada em fatos verdadeiros. Tal aferição remete a um duplo teste. Primeiramente, o tribunal deve verificar, como ensina García de Enterría:*

*a) se a realidade dos fatos foi respeitada pelo administrador ou não, vez que para aferir os fatos não há discricionariedade, e se a decisão foi tomada com fundamento nos pressupostos de fato declarados (aferição de sua racionalidade);*

<sup>15</sup> PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 164.

<sup>16</sup> *Ib. ibidem*, pp. 237-8



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

*b) se a decisão não for incoerente, arbitrária ou ineficaz (afecção da sua razoabilidade);  
c) se a omissão é justificável sob o ponto de vista dos fatos determinantes e do “dever-poder” de agir da administração; se havia óbices orçamentários ou fáticos razoáveis e comprovados a qualquer solução.”*

Não pode o Poder Judiciário assumir a prerrogativa própria do Poder Executivo de escolher o *modus* de executar sua função. Como ensina JORGE MIRANDA,<sup>17</sup> “há um conteúdo essencial também das tarefas e das incumbências que o intérprete deve desvendar e o aplicador da Constituição preservar. Para, além disso, é o contraditório político – marcado por legítimas opções em contraste e por conjunturas variáveis – que imprime os ritmos, os graus e os modos de realização”.

E essa é, justamente, a função de governo, exercida, no sistema presidencialista de governo, pelo Poder Executivo, nos limites traçados pela lei. Como leciona JORGE MIRANDA<sup>18</sup>, o interesse público é causa dos atos da função administrativa, enquanto a causa dos atos da função jurisdicional é o cumprimento das normas jurídicas.

Por conseguinte, não é dado ao Poder Judiciário se imiscuir na atividade típica do administrador. São atos típicos de governo, que passam por critérios de cunho político e pelo crivo discricionário, campo que, em princípio, não comporta a ingerência do Judiciário, ressalvadas as situações onde configurada inconstitucionalidade, ilegalidade ou violação de princípios, o que não é o caso dos autos.

<sup>17</sup> **Manual de Direito Constitucional**. 3ªed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.389.

<sup>18</sup> **Manual de Direito Constitucional**. 2ª ed. Tomo V. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 30.



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

Pelos motivos acima elencados, é possível vislumbrar-se um *fumus boni iuris* específico, consistente na plausibilidade das alegações daquele que pleiteia a suspensão, vale dizer, o risco de lesão à **ordem e pública**, havendo também, na esteira do entendimento atual do Supremo Tribunal Federal, a plausibilidade mínima de provimento do recurso contra a liminar ou a sentença, consistindo o *periculum in mora* na iminência da lesão a acarretar dano irreparável enquanto se aguarda o provimento definitivo.

Com efeito, a decisão questionada afeta o plano de **retomada da economia fluminense**, e, como corolário, as previsões de **arrecadação de tributos**, dificultando a realização dos compromissos *orçamentários e financeiros*, inclusive para pagamento de pessoal, causando prejuízos consideráveis a **toda sociedade fluminense**, com sério gravame à economia e à ordem pública administrativa.

Desse modo, em virtude da supressão dessa receita, seria necessário o contingenciamento de recursos de outras áreas, com o potencial desequilíbrio das finanças municipais. Sobre o tema faço alusão, pela pertinência, às seguintes decisões da Presidência do Supremo Tribunal Federal: SS 2929, Rel. Ellen Gracie, DJ 02.08.2007; SS 3473, Rel. Ellen Gracie, DJ 01.02.2008.

Configurados o **manifesto interesse público** e a **grave lesão à ordem e à economia públicas** que a decisão judicial impugnada está a causar, **há de ser deferido o pedido de suspensão**, com fundamento no artigo 4º da Lei nº. 8.437/92.



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Gabinete da Presidência

O caso dos autos denota existir situação que revela grave lesão à ordem pública e econômica, tendo em vista o risco que acarreta para a segurança da população e o reflexo nas finanças e economias públicas.

Nesse sentido, restou demonstrado nos autos a alegada violação à ordem pública, assim como das finanças públicas. Nesse ponto, importante frisar que a orientação jurisprudencial do STF consolidou-se no *leading case* relatado pelo Min. NÉRI DA SILVEIRA, quando na Presidência do antigo TFR, segundo o qual no conceito de *ordem pública* se compreende a *ordem administrativa em geral*, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas. Confira:

*“Quando na Lei nº 4.348/64, art. 4º, se faz menção a ameaça de lesão à ordem, tendo entendido que não se compreende, aí, apenas, a ordem pública, enquanto esta se dimensiona em termos de segurança interna, porque explicitamente de lesão à segurança, por igual, cogita o art. 4º da lei nº 4.348/64. Se a liminar pode constituir ameaça de grave lesão à ordem estabelecida para a ação da Administração Pública, por força da lei, nas suas múltiplas manifestações, cabe ser suspensa sua eficácia pelo Presidente do Tribunal. Não pode, em verdade, o juiz decidir contra a lei. Se esta prevê determinada forma para a prática do ato administrativo, não há o juiz, contra a disposição normativa, de coarctar a ação do Poder Executivo, sem causa legítima. Fazendo-o, atenta contra a ordem estabelecida, em lei, para os atos da Administração.” (TFR – Suspensão Segurança 4.405-SP, in D.J. de 7.12.79)<sup>19</sup>*

Conclui-se, portanto, que o cumprimento da liminar pode causar, grave lesão à ordem pública e administrativa, com o comprometimento das finanças públicas do Município e do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>19</sup> No mesmo sentido: STJ – AGP 1.207-RJ (lesão à ordem pública administrativa), Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro – in D.J. de 29.05.00.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro  
Gabinete da Presidência

Ressalte-se que não está a Presidência antecipando entendimento a ser adotado no julgamento do recurso que porventura venha a ser interposto, nem emitindo juízo de valor a respeito da solução encontrada para o conflito. Os contornos da medida já foram delineados nas linhas acima. O que se pretende nesta via é tão somente evitar riscos de lesão à saúde e à ordem pública, o que restou demonstrado.

Ante o exposto, **DEFIRO o pedido**, com fundamento no artigo 4º da Lei nº 8.437/92, para determinar a suspensão dos efeitos da decisão, proferida pelo Juízo da 7ª Vara de Fazenda Pública nos autos do processo de nº 0117233-15.2020.8.19.0001, e cujo dispositivo está transcrito em páginas acima desta decisão, a qual deve vigorar até o **trânsito em julgado da decisão de mérito** na ação principal, nos termos do art. 4º, parágrafo 9º, da Lei 8.437/92.

Intimem-se os interessados, servindo esta decisão como mandado judicial, e dê-se ciência à Procuradoria Geral de Justiça.

Rio de Janeiro, 09 de junho de 2020.

Desembargador **CLAUDIO DE MELLO TAVARES**

Presidente do Tribunal de Justiça