

Fls.

**Processo: 0011458-69.2020.8.19.0014**

## Processo Eletrônico

Classe/Assunto: Ação Civil Pública - Hospitais e Outras Unidades de Saúde

Autor: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO

Réu: MUNICÍPIO DE CAMPOS DOS GOYTACAZES

Réu: ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Réu: INSTITUTO DE ATENÇÃO BÁSICA E AVANÇADA À SAÚDE- IABAS/RJ

Amicus Curiae: CONSELHO REGIONAL DE FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL DA 2ª REGIÃO ( CREFITO-2)

---

Nesta data, faço os autos conclusos ao MM. Dr. Juiz  
Rodrigo Pinheiro Rebouças

Em 16/12/2020

### Decisão

Fl. 2324/2328: consoante norma expressa do Código Civil (art. 843), "a transação interpreta-se restritivamente, e por ela não se transmitem, apenas se declaram ou reconhecem direitos".

O acordo celebrado pelos signatários de fls. 2324/2328 com o Município previu que (fl. 1329): "O acordo não implica na extinção das obrigações do Município e o processo poderá ser retomado em caso de descumprimento do acordo ou necessidade de reavaliação das obrigações com eventual avanço da epidemia".

Portanto, à luz da literalidade do pacto e diante do incontestado inadimplemento do ente público municipal, nenhuma outra consequência foi disposta que não seja a retomada do trâmite processual em relação ao réu, sendo, pois, a medida de rigor.

No mesmo sentido, importa salientar que a medida de bloqueios de verbas do Fundo Municipal de Saúde não merecem prosperar.

Descabe ao Judiciário, mormente sem sentença judicial transitada em julgado, e em inobservância ao rito constitucional do precatório, expropriar diretamente o erário municipal para repassar, de forma desalocativa, e à revelia das normas orçamentárias mais basilares, vultosa quantia à pessoa jurídica de direito privado, ainda que a pretexto de uma salvaguarda genérica ao direito à saúde.

Com efeito, no Município há vários hospitais conveniados e não conveniados ao SUS, de sorte que o direito fundamental em comento pode ser concretizado, direta ou indireta, pelo réu, o qual pode contratar com aqueles que se disponham a fazê-lo, caso seja de seu interesse.

O gestor público pode, ainda, na desincumbência de seu dever, valer-se de intervenção na propriedade privada, ou no serviço, caso haja risco atual e iminente à saúde pública, para assegurar a prestação à saúde.

Nesse sentido, o art. 3º, inciso VII, da nova Lei n.º 13.979/2020, editado no contexto fático de pandemia e repetindo o disposto no art. 15, inciso XIII, da Lei nº 8.080/1990 estabelece a possibilidade dos Municípios requisitarem bens e serviços para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização.

Não cabe, portanto, ao judiciário, ao argumento de urgência, se sentir coagido a proferir uma decisão que cria exceção a todo o ordenamento jurídico, ao arrepio da Constituição Federal e das leis infraconstitucionais, quando o próprio ente público, no exercício de sua função administrativa típica pode e deve fazê-lo, evitando o alardeado 'caos' com apenas um decreto.

Ressalte-se, ainda, que eventual sentença contra o Município em questão que se expresse em valores acima de 100 (cem) salários-mínimos está sujeita ao 2º grau obrigatório (art. 496, I e §3º, III, do CPC), e a concessão de tutela satisfativa contra a Fazenda Pública é medida de cunho absolutamente excepcional, por força de expressa e reiterada opção legislativa (Lei 8437/92; arts. 1º e 2º-B da Lei 9494/97; art. 7º, §§2º e 5º da Lei 12016/2009; o art. 29-B da Lei 8036/90).

De mais a mais, conforme precisa, minuciosa e elucidativa decisão proferida pelo Exmo. Sr. Desembargador Presidente de nosso Egrégio Tribunal Fluminense, Dr. Cláudio de Mello Tavares, nos autos da Suspensão da Execução nº 0036361-16.2020.8.19.0000, mesmo em um contexto fático de pandemia do vírus SarsCov-2, descabe ao judiciário, desprovido de expertise médico-científica, um controle indiscriminado das políticas públicas, o que violaria a cláusula pétreia da separação dos poderes.

Mencionado decisum foi assim ementado:

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 SarsCov-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 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 juizes 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 juizes 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 juizes 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 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 delibação 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 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.

E, do teor do paradigmático precedente, destaca-se, naquilo que pertine aos presentes autos, o seguinte teor:

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 juizes 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. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/artigo-justica-infectada-hora-daprudencia-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 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 nº 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.

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 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.

(...)

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 preferir 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.

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, 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 legitima 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 (...)

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.

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.

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" 5 . 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.

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.

(...)

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 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.

(...)

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 incómodos, 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.

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.

(...)

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.

No Brasil, o consequencialismo foi introduzido no ordenamento com a publicação da Lei nº. 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 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 nº. 12.546/11 (CPRB) durante o ano de 2018, fundamentou-se essencialmente em argumentos consequencialistas 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.

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, norteamericana, 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 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 (fuzzyismo).

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 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.

(...)

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 excepcionas, 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.

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.

(...)

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 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); b) se a decisão não for incoerente, arbitrária ou ineficaz (aferição 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, "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, 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".

As lições do Ilustre Desembargador Presidente de nosso Tribunal de Justiça são curiais e adequam-se ao presente caso.

Por todo o exposto:

1. RECONHEÇO a inadimplência obrigacional do ente público municipal em relação ao acordo provisoriamente firmado às fls. 1327/1329 e DETERMINO, também em relação a este corrêu, a retomada do trâmite processual.
2. INDEFIRO, nos termos da fundamentação supra, os pedidos formulados à fl. 2327, itens "1", "2" e "3" e REVOGO as astreintes anteriormente fixadas;
3. INDEFIRO, por ora, o pleito de designação de audiência conciliatória (fl. 2327, item "4"), sem prejuízo de poder fazê-lo caso haja ânimo conciliatório do ente público réu.
4. INTIMEM-SE partes e MP, os quais deverão, ao ensejo, especificar as provas que pretendem produzir, sob pena de preclusão e eventual julgamento antecipado do mérito. Após, conclusos.
5. Diligencie-se COM URGÊNCIA.

Campos dos Goytacazes, 16/12/2020.

**Rodrigo Pinheiro Rebouças - Juiz em Exercício**

---

Autos recebidos do MM. Dr. Juiz

Rodrigo Pinheiro Rebouças

Em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Código de Autenticação: **4NRV.SJQW.KWGV.BBU2**  
Este código pode ser verificado em: [www.tjrj.jus.br](http://www.tjrj.jus.br) – Serviços – Validação de documentos