

Cadernos Jurídicos

Ano 21 - Número 55 - Julho-Setembro/2020

Paradigmas jurídicos no pós-pandemia



Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2020

O Judiciário e as políticas públicas no combate à pandemia

Luis Francisco Aguilar Cortez¹

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. A atividade estatal e as políticas públicas; 3. O controle da Administração e das políticas públicas; 4. Limites para o controle jurisdicional das políticas públicas; 5. A pandemia e o controle jurisdicional; 5.1. A importância da atuação do Supremo Tribunal Federal; 5.2. A função uniformizadora exercida pela Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; 6. Considerações finais.

1. Introdução

A crise (ou as crises) decorrente dos efeitos da pandemia na vida das pessoas e no funcionamento das atividades públicas e privadas ressaltou velhos problemas existentes em nossa sociedade e instituições, com reflexos que também atingiram a prestação jurisdicional, com postulações pertinentes ao próprio funcionamento dos órgãos públicos e escolhas governamentais.

O Judiciário já vinha sendo chamado a interferir em políticas públicas, especialmente nas áreas da saúde, educação, meio ambiente e moradia, muitas vezes auxiliando no redirecionamento de recursos públicos para setores vitais. Com a crise provocada pela pandemia de infecções causadas pelo Covid-19, a busca por soluções judiciais ampliou-se, não só na esfera de ação direta do Executivo, como também nas relações privadas (recuperação judicial, revisão de contratos, questões familiares etc.).

O presente trabalho limita-se a analisar as intervenções no âmbito das atividades do Executivo, nas quais o Judiciário tem conseguido, após sucessivas ações judiciais, auxiliar na formulação e execução de políticas públicas. Em regra, tem sido positiva a participação do Judiciário, contudo, se todo exercício de poder exige limites, questiona-se a legitimidade das intervenções e seus limites.

Pretendemos indicar tópicos relevantes para o debate, diante das decisões judiciais proferidas neste período de combate à pandemia, conhecendo as dificuldades para sistematizar o tema, buscando tão somente apresentar ideias para reflexão considerando a situação concreta enfrentada.

2. A atividade estatal e as políticas públicas

O nascimento do Estado moderno e o incremento da atividade econômica, com as transformações sociais e políticas decorrentes, exigiram, principalmente a partir da

¹ Diretor da Escola Paulista da Magistratura, Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo, Mestre em Ciências Jurídico-políticas pela Universidade de Lisboa, professor na Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

metade do século XIX,² respostas governamentais como forma de garantir a própria governabilidade e a legitimidade no exercício do poder.

A ampliação das ações governamentais setoriais dirigidas para determinados fins, como condição de governabilidade, exigiram a coordenação dos diversos meios disponíveis, públicos e privados, expressos, muitas vezes, em programas de ação governamental, com maior ou menor alcance.

As diversas configurações da atuação estatal ao longo do tempo não dispensam a ação governamental, condição evidenciada principalmente em períodos de crise, como se viu, recentemente, com a crise econômica em 2008 e, agora, com a disseminação do Covid-19, gerando efeitos devastadores para as pessoas e para a sociedade em geral.

Ainda que possam variar, e muito, as formas de atuação dos agentes públicos, as ações governamentais exigem a participação e integração de outros atores; seus resultados dependem de uma boa estruturação e coordenação, realizadas, como toda a ação governamental, nos limites do Direito.

A abrangência da ação governamental autoriza, então, a definir política pública como “tudo o que um governo decide fazer ou deixar de fazer”,³ ou, em uma conceituação mais estrita, como um “programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados”⁴ para a consecução de objetivos determinados.

Tais definições incorporam uma dimensão técnica, na busca dos instrumentos adequados para a solução dos problemas, e uma dimensão política, na qual os atores devem estabelecer qual é o problema e qual é a solução adequada.⁵

No caso brasileiro, os objetivos e fins estão definidos no texto constitucional,⁶ porém, devem ser concretamente delimitados em cada setor de atuação governamental.

Ao lado da necessidade de efetiva concretização, a fim de assegurar a governabilidade e a legitimidade no exercício do poder, a crescente complexidade das relações sociais e econômicas tem exigido novas formas de atuação pública e privada e, conseqüentemente, tem suscitado novas formas de controle e acompanhamento da atividade administrativa e das políticas públicas.

3. O controle da Administração e das políticas públicas

A estruturação do Estado moderno e, posteriormente, do Estado de Direito, decorre da inquestionável necessidade de “domesticação” ou controle do Poder.

As obras de Locke, Montesquieu, Rousseau e outros autores clássicos posteriores, forneceram a base para deflagração e posterior consolidação de movimentos que afirmaram uma nova configuração estatal:⁷ o Estado de Direito.

² MULLER, Pierre. *Les Politiques publiques*. Paris: PUF, 2018.

³ HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integradora*. Tradução de Francisco G. Heidemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 6.

⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵ HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony, op. cit., p. 4-23.

⁶ Especialmente no artigo 3 da Constituição Federal.

⁷ A respeito: ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

Além da afirmação inicial dos direitos fundamentais, a separação dos poderes e a preocupação em estabelecer meios para o controle do exercício do poder, por meio da lei, apontaram especialmente para a necessidade de eleições regulares, liberdade de associação, de opinião e manifestação, fundamentos de uma Constituição.

Especificamente quanto ao controle dos atos e atividades administrativas, diversas classificações dos meios de controle da Administração são sugeridas.

Em regra, todo ato e toda a atividade da Administração Pública, o que inclui os três poderes em suas atividades administrativas, pode ser objeto de controle.

No Direito Administrativo, a referência a controle diz respeito à verificação de conformidade da atuação administrativa a determinados princípios impostos pelo ordenamento jurídico.⁸

Existem vários critérios para classificação das modalidades de controle,⁹ o que nos autoriza a destacar uma classificação inicial, mais genérica, a saber:

- Controles internos: exercidos pela própria administração (autotutela) em relação aos seus atos.
- Controles externos: exercidos pelos outros poderes ou funções estatais – Legislativo e Judiciário – ou pela própria sociedade – controle social.
Contudo, para melhor refletir a abrangência atual do controle e seus efeitos e evitar uma concepção que pode induzir à falsa ideia de controles somente a *posteriori*, podemos afirmar que o controle da atividade estatal significa que os agentes públicos devem ser responsabilizados por suas atividades, ser punidos por eventuais atos ilícitos e prestar contas de seus atos aos cidadãos e/ou outras instituições.
Tal definição corresponde à noção de *accountability* e permite classificar os controles em¹⁰:
 - Controle vertical (*accountability* vertical) – correspondente ao controle da sociedade em relação ao Estado, realizado, por exemplo, mas não apenas, por meio das eleições.
 - Controle horizontal (*accountability* horizontal) – controle por meio dos diversos setores que integram a esfera pública, os quais podem ser:
 - a) controles administrativos (autocontrole);
 - b) controles legislativos (controle político exercido pelo Legislativo diante do Executivo);
 - c) controles de contas (essencialmente técnicos);
 - d) controles judiciários.

As várias classificações atendem a exigência de impedir o exercício do poder sem limites, reconhecendo que a configuração estatal não dispensa a verificação da forma de sua implementação e das condicionantes históricas que moldam seu exercício.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 694-695.

⁹ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: RT, 2012.

¹⁰ SPECK, Bruno Wilhelm (org.). *Caminhos da transparência*. Campinas: Editora da Unicamp, 2002.

Nesse sentido, o que se discute atualmente é a extensão do controle que pode ser exercido, especialmente pelo Judiciário, em relação a políticas públicas, superada, majoritariamente, a discussão a respeito da possibilidade de controle.

4. Limites para o controle jurisdicional das políticas públicas

Enfrentamos grande dificuldade ao tentar sistematizar regras objetivas a respeito dos limites que devem ser observados pela atividade jurisdicional no controle de políticas públicas, o que decorre da abertura que o próprio conceito de políticas públicas oferece, conforme já exposto.

A dificuldade também se origina na profunda transformação ocorrida na interpretação e aplicação do Direito e na delimitação das funções atribuídas ao Judiciário no Estado de Direito, notadamente nas últimas décadas.

A Constituição de 1988, ao fixar princípios, valores, objetivos e fins que devem nortear a atividade pública, ampliou a possibilidade jurídica de questionamentos e a legitimação para apresentá-los perante o Judiciário. De outra parte, o enorme déficit histórico na construção de uma sociedade economicamente desenvolvida e socialmente equilibrada, com crônicos problemas de corrupção e má-gestão pública, tem exacerbado a necessidade de transformação no exercício do poder político.

O enfraquecimento das outras formas de controle e participação política canalizou a cobrança por políticas públicas eficientes para o Judiciário. Reconhecendo ou não excessos nesta atuação, o fato é que o atendimento de parte daquelas pretensões, o que às vezes mostra-se inafastável, gera novas demandas, conduzindo ao que já se denominou “judicialização da política” ou mesmo “judicialização da vida”.¹¹

Em paralelo ao enfraquecimento do Legislativo, a ênfase no Direito e, em consequência, o crescimento da atividade jurisdicional na sociedade atual não é apenas uma temática brasileira.¹²

O Judiciário era, até a maior parte do século passado, o ator político-estatal “não convidado” para fazer parte da ação política governamental, entretanto, passou a ter protagonismo inédito.

Não é objeto deste estudo desenvolver as causas dessa mudança, mas certamente guarda relação com a crise da democracia representativa como modelo para uma boa governança e atendimento das expectativas sociais.

No âmbito jurisdicional, aceito como incontornável, no estágio atual, o controle jurisdicional de políticas públicas, os limites para a intervenção jurisdicional geralmente destacados referem-se a questões orçamentárias (“reserva do possível”), atuação voltada à preservação da vida com dignidade (“mínimo existencial”), observância do equilíbrio entre os meios empregados e os fins visados (“razoabilidade ou proporcionalidade”) e os denominados limites políticos (relacionados à “separação dos poderes”).

¹¹ Quadro já ressaltado por Antoine Garapon em 1996, resultando nas referências ao Judiciário como “muro das lamentações do mundo moderno”, em *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

¹² Entre outras obras, ver: CAMPILONGO, Celso. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Saraiva, 2011; GROSSI, Paolo. *Ritorno al diritto*. Roma: Laterza, 2015; MATHIEU, Bertrand. *Justice et politique: la déchirure?* Paris: LGDJ, 2015; ROOSEVELT III, Kermit. *The myth of judicial activism*. New Haven: Yale University Press, 2006.

Podemos, ademais, estabelecer a necessidade de observar outros limites específicos voltados a eficiência, conhecimento técnico, exequibilidade, legitimação etc.¹³ Todavia, persiste a dificuldade em sistematizar algum padrão para a atuação jurisdicional.

A doutrina,¹⁴ em parte introduzida nos julgados, aponta, então, a necessidade de uma “racionalidade constitucional” na ação pública, ou seja, uma racionalidade aferida em função da pauta constitucional, bem como a necessidade de preservar espaços exclusivos para a atuação dos outros poderes estatais, expressos na fórmula denominada como autocontenção do Judiciário.

Persiste, ainda, um conceito vago, que pode levar a equivocadas decisões a respeito de qual “racionalidade” deve prevalecer, por isso, acrescenta-se igualmente a obrigatoriedade de verificar a coerência entre meios e fins visados na atividade administrativa.

Objetivamente, a intervenção jurisdicional nas políticas públicas tem sido mais aceita nos casos de omissão dos outros poderes ou de falhas na execução de políticas públicas já existentes, em condições violadoras de direitos fundamentais, individuais ou coletivos. Por outro lado, deve ser menor a interferência no que diz respeito à formulação de políticas públicas e suas escolhas políticas, esferas mais próximas daquela sua dimensão política anteriormente lembrada.

Finalmente, a possibilidade de questionamento judicial não deve resultar na infundada substituição da discricionariedade do administrador ou ignorar os limites reais para a sua atuação, o que implica cuidado na avaliação da própria exequibilidade das medidas determinadas.

Ainda assim, são critérios que não chegam a sistematizar, de maneira clara e objetiva, aqueles limites, restando como critérios orientadores para a atividade jurisdicional em relação às políticas públicas.

5. A pandemia e o controle jurisdicional da ação governamental

Em razão da pandemia enfrentada, o Judiciário está se deparando com pretensões que envolvem não apenas a avaliação da atuação (ação ou omissão) estatal setorial direta (políticas públicas), mas também voltadas às relações entre agentes privados.¹⁵

As medidas judiciais buscando aferir a atuação do Poder Público no combate à pandemia têm direta relação com a maior ou menor eficiência dos órgãos públicos em oferecer respostas adequadas, oportunas e convincentes para a população e agentes privados.

Não é difícil concluir, então, que no contexto federativo nacional e considerando as características de propagação do vírus, a adoção de uma estratégia nacional e de medidas gerais de controle da enfermidade era essencial para reduzir seus danos. Não tivemos

¹³ CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 285-307.

¹⁴ Também, entre outros trabalhos: CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011; PALU, Osvaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: RT, 2004; PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

¹⁵ Conforme mencionado, proliferam os pedidos de recuperação judicial, revisões de contratos, ações envolvendo relações familiares e de trabalho, e mesmo de agentes econômicos privados perante o poder público: recolhimentos de tributos, manutenção de atividades etc.

tal atuação, o que certamente contribuiu e ainda contribui para um grande número de casos, como se constata nas estatísticas diárias, por todo o país.

Neste quadro, citaremos aqui alguns casos que mereceram apreciação judicial no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, confrontando as decisões com os critérios acima lançados para os limites do controle jurisdicional.

5.1. A importância na atuação do Supremo Tribunal Federal

No ordenamento jurídico brasileiro, é inegável que a formatação da Suprema Corte, nos moldes adotados pelos Estados Unidos da América, vinculado ao sistema jurídico distinto, com condições econômicas, sociais e políticas diversas, tem gerado o superdimensionamento das atribuições do Supremo Tribunal Federal.

Nos limites aqui propostos, a análise consiste em verificar os parâmetros adotados nos casos submetidos ao Supremo Tribunal Federal em virtude da crise provocada pela pandemia; avaliação positiva, pelas razões que serão expostas.¹⁶

Destacamos que as inúmeras decisões proferidas, relativas às ações/omissões governamentais diante da pandemia, contribuíram para dar estabilidade não só às ações governamentais, mas também às instâncias inferiores do Judiciário, evitando a multiplicação de ações e divergências jurisprudenciais, ao estabelecer critérios orientadores para os casos.

A maioria das ações analisadas ainda não mereceram julgamento definitivo, mas é possível destacar que as decisões têm afirmado:

- o respeito à separação dos poderes, evitando interferências imotivadas em políticas públicas iniciadas;
- que o Judiciário não pode substituir a discricionariedade do Executivo, todavia, é possível a verificação dos atos administrativos face “a realidade dos fatos e sua coerência lógica com as situações concretas”;¹⁷
- a competência geral da União para as medidas de combate à pandemia, a qual, contudo, não elimina a competência concorrente dos Estados e suplementar dos Municípios, no seu interesse específico;
- a necessidade de “diálogo institucional entre o Judiciário e o Poder Executivo em matéria de políticas públicas”;
- a observância de preceitos fundamentais deve prevalecer em relação a medidas pontuais adotadas no contexto de combate à pandemia.

Inúmeras foram as medidas judiciais apresentadas perante o Supremo Tribunal Federal, a confirmar o excesso de meios de acesso àquela Corte, o que compromete sua principal e mais importante função, como guardião e intérprete final da Constituição Federal.

Exemplificamos com alguns casos, esclarecendo que pretendemos demonstrar a variedade dos temas e de meios de questionamento, escolhendo julgados de maior repercussão; a saber:

¹⁶ Anotado, porém, que a mesma função poderia ser exercida por outra Corte inferior, reservando ao Supremo Tribunal Federal a atribuição de Corte Constitucional, reduzindo os desgastes políticos que o modelo atual provoca ao STF.

¹⁷ ADPF 672, Min. Alexandre de Moraes, 9.4.2020.

Ação Cível Originária – ACO:

- indeferiu pedido de tutela provisória de urgência formulado para compelir o Poder Executivo Federal a adotar o teletrabalho para todos os servidores da Administração Direta e Indireta.¹⁸

Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI:

- referendou medida cautelar deferida que reconheceu a competência do Presidente para regulamentar, por meio de Decreto, a configuração de serviços públicos e atividades essenciais, preservada a atribuição de cada esfera de governo (competência concorrente);¹⁹
- referendou medida cautelar deferida para suspender dispositivos da MP 928/2020 que permitiam a não aplicação da Lei 12.257/2011 – lei de acesso à informação – por parte de setores da Administração Pública, cujos servidores estivessem em teletrabalho, quarentena ou equivalente, deixando de fornecer de informações relativas à atividade pública no período da pandemia;²⁰
- negou pedido liminar para implementação de programa emergencial de manutenção do Emprego e Renda e medidas trabalhistas complementares;²¹
- suspendeu a eficácia da MP 954/2020 que autorizava o compartilhamento de dados por empresas prestadoras de serviços de telefonia com a Fundação IBGE para suporte à produção de estatística oficial durante a pandemia;²²
- deu interpretação conforme a Constituição a dispositivos da MP 966/2020, relativa à responsabilização de agentes públicos na prática de atos relacionados ao combate a pandemia da Covid-19, firmando as seguintes teses:

1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades médicas e sanitárias, internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos. (ADI 6421, Min. Roberto Barroso, 21.5.2020)

Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO:

- julgou prejudicado o pedido de fixação de renda mínima a fim de garantir o mínimo existencial, no período da pandemia, às pessoas privadas de renda (prejudicado o pedido porque editada norma correspondente);²³

¹⁸ ACO 3364, Min. Cármen Lúcia, 24.3.2020.

¹⁹ ADI 6341, Min. Marco Aurélio, 24.3.2020.

²⁰ ADI 6351, Min. Alexandre de Moraes, 30.4.2020.

²¹ ADI 6363, Min. Ricardo Lewandowski, 17.4.2020.

²² ADI 6387, Min. Rosa Weber, 7.5.2020.

²³ ADO 56, Min. Marco Aurélio, 30.4.2020.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF:

- negou pedido cautelar para adoção de medidas relativas à proteção da população carcerária durante a pandemia (consideraram já existir Recomendação do CNJ – n. 62, de 17/03/2020 – e Portaria Ministerial, ambas a respeito do tema);²⁴
- negou seguimento a pedido que, em nome da proteção à saúde, autorizava a “requisição compulsória e indiscriminada de todos os bens e serviços privados voltados à saúde”.²⁵
- deferiu em parte cautelar:

RECONHECENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIÊNCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário. (ADPF 672, Min. Alexandre Moraes, 9.4.2020)

- deferiu tutela cautelar parcial a fim de que a União mantivesse a divulgação diária dos dados epidemiológicos relativos à pandemia.²⁶
- deferiu em parte providências cautelares para suprir falhas e omissões no combate à pandemia da Covid-19 entre os povos indígenas, destacando a necessidade de observância dos princípios da precaução e prevenção, a necessidade de diálogo institucional entre o Judiciário e o Executivo em matéria de políticas públicas e a imprescindibilidade do diálogo intercultural nas questões relativas aos povos indígenas.²⁷
- Suspensão de Liminar (SL), Suspensão de Segurança (SS) e Suspensão de Tutela Provisória (STP), medidas apreciadas pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal (min. Dias Toffoli), nas quais foram afastadas decisões judiciais nos seguintes temas:
 - suspendia atividades do Airbnb no Município de Gramado;²⁸
 - suspendia a aplicação de penalidades de cunho tributário, pretensão que fora deferida em agravo de instrumento por Tribunal estadual;²⁹
 - autorizava que fossem postergados os recolhimentos de obrigações tributárias;³⁰
 - autorizava a suspensão temporária dos recolhimentos de ISS e IPTU no Município de São Paulo;³¹

²⁴ ADPF 347, Min. Marco Aurélio, 7.4.2020.

²⁵ ADPF 671, Min. Ricardo Lewandowski, 3.4.2020.

²⁶ ADPF 690, Min. Alexandre de Moraes, 8.6.2020.

²⁷ ADPF 709, Min. Roberto Barroso, 8.7.2020.

²⁸ SL 1334, 26.5.2020.

²⁹ SS 5373, 17.4.2020.

³⁰ SS 5373, 30.4.2020.

³¹ SS 5374, 6.5.2020.

- autorizava o funcionamento de Academia de Tênis;³²
- permitia o funcionamento de estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços, com base em norma municipal, em desacordo com a norma estadual que enquadrava o Município em fase mais restritiva para restabelecimento daquelas atividades;³³
- prorrogava os prazos de pagamento do IPVA para veículos dos Centros de Habilitação de Condutores.³⁴

5.2 - A função uniformizadora exercida pela Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Em situações específicas, previstas em lei, a envolver riscos ou grave lesão ao interesse público, pode o Presidente do Tribunal de Justiça determinar a suspensão de decisões judiciais, até que sejam julgados os correspondentes recursos. Tal possibilidade decorre das Leis 8.437/92³⁵ e 12.016/09.³⁶

O uso indiscriminado deste recurso é arriscado, porque efetivamente subtrai a ação do seu curso normal e sempre pode ensejar questionamentos quanto à legitimidade da decisão, porém, em um sistema de amplo acesso à justiça e grande número de legitimados para ajuizar as ações, pulverizadas entre magistrados e graus de jurisdição, efetivamente alguma possibilidade de controle deve ser admitida, ainda que se possa imaginar uma formatação menos centralizadora.

O fato, contudo, é que o uso equilibrado do mecanismo em situações limites, como a atual, pode se revelar de grande relevância, cumprindo papel no qual, diante da proliferação e desencontro de decisões, administrativas e judiciais, o combate à propagação da enfermidade poderia ser ainda mais enfraquecido.

Vários pedidos foram indeferidos, a confirmar o equilíbrio na análise; as decisões adotaram como fundamentação:

- a necessidade de respeitar a discricionariedade técnica da Administração;
- a conveniência de observar uma condução coordenada e sistematizada das medidas de combate à pandemia;
- a ausência de omissão do Poder Público em relação às medidas pretendidas, ainda que não correspondentes integralmente à pretensão exposta em juízo;
- a existência de um planejamento estratégico para a atividade;

³² SS 5377, 6.5.2020.

³³ SS 5403, 24.6.2020.

³⁴ STP 193, 5.5.2020.

³⁵ “Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

³⁶ “Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição”.

- a necessidade de evitar a excessiva judicialização e interferência em políticas públicas;
- o risco à ordem pública decorrente das decisões atacadas.

Entre as decisões da Presidência do Tribunal de Justiça suspendendo decisões judiciais em primeiro grau, destacam-se os seguintes temas analisados:

- afastava a exigibilidade de créditos tributários até o final do estado de calamidade provocado pela pandemia;³⁷
- determinava o bloqueio de rodovias, a fim de evitar o acesso de pessoas a algumas cidades;³⁸
- liberava, no âmbito municipal, a abertura e funcionamento de estabelecimentos (academias e salões de beleza), em desacordo com a regulamentação estadual;³⁹
- suspendia a cobrança de fornecimento de gás a usuários inadimplentes;⁴⁰
- decisões relativas à alocação de servidores públicos, de equipamentos e definidoras de medidas de proteção a servidores e presos;⁴¹
- alterava a gestão da alimentação substitutiva escolar aos alunos da educação básica das redes estadual e municipal.⁴²

Foram adotados critérios que correspondiam àqueles referidos como necessários ao controle jurisdicional da atividade administrativa e tiveram, como resultado efetivo, a redução de postulações judiciais pulverizadas e dos riscos de decisões contraditórias, fortalecendo a melhor orientação da população e agentes públicos.

Não se trata aqui, ressalvo, de apontar desacertos em decisões de primeiro grau, mas sim de reconhecer que a visão global, recomendada para medidas gerais de amplo alcance, nem sempre pode ser exigida, de imediato, nas ações específicas, e que o tempo “normal” exigido para a atuação jurisdicional poderia comprometer o próprio resultado das medidas questionadas.

Os reflexos positivos também foram observados na atividade da Seção de Direito Público da Corte, evitando proliferação de ações, constando nos julgados referências às decisões do STF e da Presidência, reafirmando a necessidade de coordenação e uniformização das medidas de combate à pandemia.⁴³

³⁷ Nº 2066138.17.2020.8.26.0000, com decisões monocráticas em 8.4.2020, 6.5.2020 e 4.6.2020.

³⁸ Nº 2055467.18.2020.8.26.0000, entre outros

³⁹ Nº 2122225.90.2020.8.26.0000, com decisões monocráticas em 4.6.2020, 7.6.2020 e 3.7.2020.

⁴⁰ Nº 2070200.03.2020.8.26.0000, com decisões monocráticas em 15.4.2020, 6.6.2020 e 7.7.2020.

⁴¹ Nº 2089587.04.2020.8.26.0000, j. 12.5.2020, DJe 14.5.2020; nº 2093293.92.2020.8.26.0000, com decisão monocrática em 13.5.2020; nº 2062377.752020.8.26.0000, j. 2.4.2020, DJe 7.4.2020; nº 2056293.58.2020.8.26.0000, com decisão monocrática em 25.3.2020; nº 0013592-19.2020.8.26.0000, j. 3.4.2020, DJe 6.4.2020.

⁴² Nº 2069336.62.2020.8.26.0000, com decisão monocrática em 14.4.2020.

⁴³ Muitos julgados foram proferidos, às vezes relativos aos mesmos temas, entre eles: 9ª Câmara, AI nº 2135256.80.2020.8.26.0000, Des. Décio Notarangeli, j. 12.7.2020, DJe 17.7.2020 (recolhimentos de tributos); 4ª Câmara, AI nº 2099056.74.2020.8.26.0000, Des. Paulo Barcellos Gatti, j. 9.7.2020, DJe 14.7.2020 (restrição de acesso a imóvel em cidade litorânea); 10ª Câmara, AI nº 2143309.50.2020.8.26.0000, Des.ª Teresa Ramos Marques, j. 8.7.2020 (suspensão de revisão tarifária e de corte de fornecimento de água); 9ª Câmara, AI nº 2092629.61.2020.8.26.0000, Des. Carlos Eduardo Pachi, j. 2.7.2020, DJe 9.7.2020 (aplicação de normas estaduais na disciplina de atividades comerciais em Município); 11ª Câmara, AI nº 2050116.78.2020.8.26.0000, Des. Marcelo L. Theodósio, j. 15.5.2020, DJe 16.6.2020 (suspensão de eventos religiosos no santuário de Aparecida); 1ª Câmara, AI nº 2072374.82.2020.8.26.0000, Des. Vicente de Abreu Amadei, j. 8.5.2020, DJe 19.5.2020 (aplicação de normas estaduais na disciplina do tráfego intermunicipal de pessoas).

6. Considerações finais

A excessiva polarização e o “empobrecimento” do debate político refletem a transformação nas esferas públicas até então identificadas como destinadas à sua realização: o Parlamento, os partidos políticos e a grande mídia. Ao mesmo tempo, ocorre a “invasão” do cotidiano pela política, por meio das redes sociais, com a incorporação de novos atores, até então secundários no “jogo” político.

O protagonismo do Judiciário demonstra sua crescente inserção na arena política, diante da incapacidade de reinvenção e de “autodepuração” do sistema político tradicional.

O fato de os juízes não serem eleitos para realizar escolhas de ações governamentais incomoda, todavia, são cada vez mais exigidos pela sociedade para participarem daquelas escolhas e interferirem na gestão pública.

O quadro no Brasil é ainda mais intenso, tendo em vista as históricas fragilidades sociais e econômicas, resultando no crescente número de ações para dar efetividade aos direitos sociais e acompanhar as atividades governamentais, diante da ineficiência estatal e mesmo para amenizar o que se pode chamar “déficit democrático” da nossa sociedade.

Como já observado em outros estudos,⁴⁴ desejamos mais direitos individuais, mais liberdade, porém, cada vez mais queremos reduzir riscos e ampliamos nossas expectativas, tudo a exigir mais respostas normativas e estatais.

Evidentemente, o Judiciário não poderá ocupar todo o espaço político, nem conseguirá atender a avalanche de novas expectativas individuais e coletivas que se apresentam. Existe o risco concreto de se atingir uma “saturação” em relação à intervenção do Judiciário na atividade política,⁴⁵ com reflexos negativos para a sua atividade.

Entretanto, é inegável que o Judiciário pode e deve colaborar, como confirmado em momentos de crise, para o correto funcionamento da atividade pública e fortalecimento da Democracia, já superada a clássica e limitada atribuição que lhe fora outorgada no Estado liberal, até porque aquele modelo já não atende as necessidades atuais.

Por isso, construir uma sistematização dos limites para a atuação do Judiciário com base no modelo estatal então vigente é inviável. O desafio é transformar o Estado e, conseqüentemente, o próprio Judiciário sob novos paradigmas, estabelecendo relação Estado-Sociedade que dê efetividade aos valores constitucionais.

Por ora, resta ao Judiciário reconhecer os seus próprios limites, evitando a sua captura pela “midiatização” da política, atuando com independência em relação às esferas políticas tradicionais, evitando a excessiva centralização das suas estruturas e buscando reestruturar o próprio sistema judicial; caminhos que contribuirão para assegurar sua legitimidade e ampliar a sua contribuição para o aperfeiçoamento da Administração e ampliação da cidadania.

⁴⁴ SUMPTION, Jonathan. *Juicios de Estado: la ley y la decadencia de la política*. Tradução de Dulcinea Otero-Piñeiro. Barcelona: Antoni Bosh, 2019.

⁴⁵ Como se verifica, por exemplo, com o refluxo sofrido pela denominada Operação “Lava Jato”.

Bibliografia

- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CAMPILONGO, Celso. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 285-307.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- GROSSI, Paolo. *Ritorno al diritto*. Roma: Laterza, 2015.
- HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integradora*. Tradução de Francisco G. Heidemann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- MATHIEU, Bertrand. *Justice et politique: la déchirure?* Paris: LGDJ, 2015.
- MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: RT, 2012.
- MULLER, Pierre. *Les politiques publiques*. Paris: PUF, 2018.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: RT, 2004.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- ROOSEVELT III, Kermit. *The myth of judicial activism: making sense of supreme court decisions*. New Haven: Yale University Press, 2006.
- SPECK, Bruno Wilhelm (org.). *Caminhos da transparência*. Campinas: Editora da Unicamp, 2002.
- SUMPTION Jonathan. *Juicios de Estado: la ley y la decadencia de la política*. Tradução de Dulcinea Otero Piñeiro. Barcelona: Antoni Bosch, 2019.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.