



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO, REGULAÇÃO E
POLÍTICAS PÚBLICAS

LARA CAROLINE MIRANDA

**ENTRE A DEFERÊNCIA JUDICIAL E A INTERVENÇÃO NAS POLÍTICAS
PÚBLICAS: PRÁTICAS DECISÓRIAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
NO ENFRENTAMENTO À COVID-19**

BRASÍLIA – DF
2023

LARA CAROLINE MIRANDA

ENTRE A DEFERÊNCIA JUDICIAL E A INTERVENÇÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PRÁTICAS DECISÓRIAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO ENFRENTAMENTO À COVID-19

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestra em Direito, Regulação e Políticas Públicas pelo Programa de Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientadora: Prof^a. Dra. Roberta Simões Nascimento

Linha de Pesquisa: Direito e Políticas Públicas

BRASÍLIA – DF
2023

LARA CAROLINE MIRANDA

ENTRE A DEFERÊNCIA JUDICIAL E A INTERVENÇÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PRÁTICAS DECISÓRIAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO ENFRENTAMENTO À COVID-19

A Dissertação de Mestrado apresentada por Lara Caroline Miranda, sob a orientação da professora Roberta Simões Nascimento (UnB), foi aprovada perante a banca abaixo indicada, com recomendação de publicação.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Roberta Simões Nascimento
(Orientadora, Presidenta, Universidade de Brasília - UnB)

Professora Doutora Debora Bonat
(Membra interna, Universidade de Brasília - UnB)

Professor Doutor Eduardo Ferreira Jordão
(Membro externo, FGV Direito Rio)

Professor Doutor Fabiano Hartmann Peixoto
(Membro suplente, Universidade de Brasília - UnB)

BRASÍLIA – DF
2023

AGRADECIMENTOS

Este trabalho, para além do esforço pessoal, frutificou em virtude de parcerias dedicadas e acolhedoras. À todas elas, minha gratidão.

À Marília Freitas Lima e ao Lucas Mariano de Paula Corrêa, cujos diálogos e ponderações nas etapas de redação do projeto de pesquisa e de preparação para a banca de avaliação foram fundamentais para o êxito dessa empreitada.

Ao Amilar Domingos Moreira Martins que, com muita paciência, generosidade e conhecimento técnico, me ajudou a burilar os critérios necessários e realizou a extração do banco de dados utilizado na pesquisa.

À Izabela Padilha Santos, companheira de turma de mestrado, com quem dividi as angústias e as conquistas ao longo dos últimos anos.

Ao Marcelo Esmeraldo Nogueira, à Carolina Amaral Masson e ao Idan Carlos dos Santos Silva, que me acolheram na SETRI e tornaram mais leve a realização do meu sonho de cursar o mestrado.

À professora Roberta Simões Nascimento, grande inspiração para a minha caminhada e cuja presença constante e orientação precisa me desafiaram a buscar a melhor versão possível para esse trabalho.

À Lis Miranda Oliveira, que com tão tenra idade acompanhou a mamãe nessa jornada e tomou gosto por “brincar de estudar na UnB”.

Ao Orion Sávio Santos de Oliveira, meu companheiro de vida, que suportou e supriu minhas ausências perante nossa pequena, além de ser fonte inesgotável de apoio afetoso e de imprescindíveis sugestões técnicas, que certamente aprimoraram essa dissertação.

RESUMO

MIRANDA, Lara Caroline. Entre a deferência judicial e a intervenção nas políticas públicas: práticas decisórias do Superior Tribunal de Justiça no enfrentamento à Covid-19. 212 folhas. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2023.

O trabalho investiga a postura do Superior Tribunal de Justiça (STJ) na análise das políticas públicas de enfrentamento à pandemia de Covid-19 que foram judicializadas, considerando o especial momento de crise e o peculiar contexto brasileiro, marcado pela Constituição Federal de 1988, com o objetivo de verificar se e em que medida o Tribunal é intrusivo, determinando a correção da rota inicialmente traçada pelos Poderes Executivos nacionais, ou autocontido, resguardando um espaço de escolhas políticas aos gestores públicos. Para responder a esta pergunta, realizou-se o diagnóstico censitário de 303 julgados do Tribunal, aplicando as variáveis ‘deferência pelo discurso’, ‘deferência pelo resultado’ e ‘deferência pela amplitude de controle’, forjadas por Jordão e Cabral Junior em trabalho de 2018, que se configurou como o referencial teórico-metodológico da presente pesquisa. Para o tratamento do objeto da pesquisa, o trabalho se divide em três capítulos. No primeiro capítulo, realizou-se o lançamento das bases teóricas sobre deferência, ativismo, autocontenção, políticas públicas e jurisprudência da crise, conceitos que sustentaram a abordagem empírica. No segundo capítulo, detalhou-se o enfoque metodológico, justificando-se as escolhas que levaram à estruturação da base de dados. No terceiro e último capítulo, os achados empíricos foram problematizados, revelando a existência de técnicas e estratégias decisórias, a exemplo da instrumentalização de óbices processuais e do julgamento majoritário por decisões monocráticas. Demonstrou-se, ainda, o impacto da procedimentalização administrativa na deferência judicial e lançou-se perspectivas e sugestões teóricas tanto para a realização de pesquisas sobre a doutrina da deferência em Tribunais Superiores, como para a revisão judicial informada e racional das escolhas políticas, convencendo-se que a prática decisória do STJ quanto às políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 pode ser classificada como de deferência moderada.

PALAVRAS-CHAVE: Deferência judicial; Superior Tribunal de Justiça, Pesquisa empírica; Políticas Públicas; Covid-19.

ABSTRACT

MIRANDA, Lara Caroline. Between judicial deference and intervention in public policies: decision-making practices of the Superior Court of Justice in the face of Covid-19. 212 pages. Masters Dissertation – Law School, University of Brasília, Brasília, 2023.

The work investigates the position of the Superior Court of Justice (STJ) in the analysis of public policies to face the Covid-19 pandemic that were judicialized, considering the special moment of crisis and the peculiar Brazilian context, marked by the Federal Constitution of 1988, with the objective of verifying whether and to what extent the Court is intrusive, determining the correction of the route initially traced by the national Executive Powers, or self-contained, safeguarding a space of political choices for public managers. To answer this question, a census diagnosis of 303 decisions of the Court was carried out, applying the variables 'deference for the speech', 'deference for the result' and 'deference for the breadth of control', forged by Jordão and Cabral Junior in a work of 2018, which was configured as the theoretical-methodological framework of the present research. For the treatment of the research object, the work is divided into three chapters. In the first chapter, the theoretical bases on deference, activism, self-restraint, public policies and crisis jurisprudence were launched, concepts that supported the empirical approach. In the second chapter, the methodological focus is detailed, justifying the choices that led to the structuring of the database. In the third and last chapter, the empirical findings were problematized, revealing the existence of decision-making techniques and strategies, such as the instrumentalization of procedural obstacles and the majority judgment for monocratic decisions. It also demonstrates the impact of administrative procedures on judicial deference and launches perspectives and theoretical suggestions both for carrying out research on the doctrine of deference in Superior Courts, and for informed and rational judicial review of political choices, agreeing it is known that the decision-making practice of the STJ regarding public policies to combat Covid-19 can be classified as moderate deference.

KEYWORDS: Judicial deference; Superior Court of Justice, Empirical research; Public policy; Covid-19.

SUMÁRIO

LISTA DE SIGLAS	10
LISTA DE IMAGENS E TABELAS	11
INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO 1 – DEFERÊNCIA: A NECESSIDADE DE UM ACORDO SEMÂNTICO	18
1.1 Limites e possibilidades da aplicação da <i>deference doctrine</i> no Brasil.....	18
1.2 A indeterminação normativa e o relacionamento institucional entre os Poderes da República: Legislativo, Executivo e Judiciário na formulação e na execução de políticas públicas	25
1.3 Deferência e ativismo na judicialização de políticas públicas: uma aporia?	38
1.4 Conclusões parciais.....	45
CAPÍTULO 2 - INDICADORES DE DEFERÊNCIA: ESCOLHAS METODOLÓGICAS E PARÂMETROS DE ANÁLISE.....	46
2.1 A escolha da jurisdição e das classes processuais, o recorte temporal e os critérios de busca.....	47
2.2 O refinamento da base bruta	59
2.3 A classificação de Jordão e Cabral Junior, a Teorização Fundamentada nos Dados (TFD) e a criação de categorias.....	75
2.4 Conclusões parciais.....	81
CAPÍTULO 3 – PRÁTICAS E POSSÍVEIS TENDÊNCIAS DECISÓRIAS: DIAGNÓSTICO DA AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO À COVID-19 PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	83
3.1 Explicando as categorias: um guia para a análise dos achados empíricos.....	83
3.2 <i>Habeas Corpus</i> e Recurso em <i>Habeas Corpus</i> : aplicação massiva de óbices sumulares em prol do passaporte vacinal	95
3.2.1 Deferência pelo discurso	103
3.2.2 Deferência pelo resultado.....	107

3.2.3 Deferência pela amplitude de controle.....	109
3.2.4 Conjugação das variáveis	111
3.2.4.1 O impacto da adoção do discurso de deferência no resultado e na amplitude do controle	112
3.2.4.2. A relação entre a amplitude do controle e o resultado da solução judicial quanto à decisão administrativa controlada	114
3.2.4.3. A relação entre o tipo de cognição e os índices de deferência	114
3.3 Mandado de Segurança e Recurso em Mandado de Segurança: exemplos férteis de intrusão judicial na política pública.	116
3.3.1 Deferência pelo discurso	128
3.3.2 Deferência pelo resultado.....	135
3.3.3 Deferência pela amplitude de controle.....	137
3.3.4 Conjugação das variáveis	138
3.3.4.1 O impacto da adoção do discurso de deferência no resultado e na amplitude do controle	138
3.3.4.2. A relação entre a amplitude do controle e o resultado da solução judicial quanto à decisão administrativa controlada	140
3.3.4.3. A relação entre o tipo de cognição e os índices de deferência	141
3.4 Suspensão de Segurança e Suspensão de Liminar e Sentença: incidentes políticos-jurídicos emblemáticos quanto à análise das políticas públicas de enfrentamento à Covid-19.....	143
3.4.1 Deferência pelo discurso	154
3.4.2 Deferência pelo resultado.....	159
3.4.3 Deferência pela amplitude de controle.....	162
3.4.4 Conjugação das variáveis	163
3.4.4.1 O impacto da adoção do discurso de deferência no resultado e na amplitude do controle	163

3.4.4.2. A relação entre a amplitude do controle e o resultado da solução judicial quanto à decisão administrativa controlada	165
3.4.4.3. A relação entre o tipo de cognição e os índices de deferência	165
3.5 STJ, deferência e políticas públicas de enfrentamento à Covid-19: impressões gerais sobre as decisões e possíveis tendências decisórias.....	166
3.5.1 O conteúdo decisório e a classificação das decisões: questões de empiria.....	169
3.5.2 Decisões monocráticas representativas da postura do Tribunal.....	171
3.5.3 Óbices processuais e estratégias decisórias.....	172
3.5.4 O Tribunal delimita quando e como julga “políticas públicas”? O que a negligência da expressão “política pública” significa?	174
3.5.5 Afinal, o que são os matizes de deferência e quais os caminhos de incremento da análise judicial das políticas públicas?.....	175
3.5.6 Deferência moderada: o STJ e as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19	181
3.6 Conclusões parciais.....	185
CONCLUSÃO.....	187
REFERÊNCIAS	199
ANEXO ÚNICO – TABELA INDICATIVA DAS 303 DECISÕES OBJETO DA PESQUISA	208

LISTA DE SIGLAS

Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
Aresp – Agravo em Recurso Especial
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
DJe – Diário da Justiça Eletrônico
HC – Habeas Corpus
Lindb – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
Min. – Ministro
MS – Mandado de Segurança
Rel. – Relator
Resp – Recurso Especial
RHC – Recurso em Habeas Corpus
RMS – Recurso em Mandado de Segurança
SLS – Suspensão de Liminar e Sentença
SS – Suspensão de Segurança
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
SUS – Sistema Único de Saúde
TCU – Tribunal de Contas da União
TFD – Teorização Fundamentada nos Dados

LISTA DE IMAGENS E TABELAS

Imagem 1 – Primeiro critério de pesquisa utilizado no site do STJ.....	51
Imagem 2 – Segundo critério de pesquisa utilizado no site do STJ.....	55
Tabela 1 – Motivos e quantidades dos descartes da base bruta.....	65
Tabela 2 – Categorias sob as quais serão analisadas as decisões.....	84
Tabela 3 – Políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 questionadas no STJ.....	94
Tabela 4 – Políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 questionadas no STJ por meio das classes HC e RHC.....	98
Tabela 5 – Quadro-resumo das variáveis de deferência nas classes HC e RHC.....	116
Tabela 6 – Políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 questionadas no STJ por meio das classes MS e RMS.....	119
Tabela 7 – Quadro-resumo das variáveis de deferência nas classes MS e RMS.....	142
Tabela 8 – Políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 questionadas no STJ por meio das classes SS e SLS.....	149
Tabela 9 – Quadro-resumo das variáveis de deferência nas classes SS e SLS.....	166
Tabela 10 – Classificação quantitativa das decisões sob as variáveis de deferência.....	167

INTRODUÇÃO

No final de dezembro de 2019, a República Popular da China alertou a Organização Mundial da Saúde – OMS a respeito de uma série de casos de pneumonia na cidade de Wuhan, pertencente à província de Hubei. Após alguns dias, o sequenciamento genético do vírus causador das moléstias revelou tratar-se de uma nova cepa de coronavírus, posteriormente nomeada de SARS-CoV-2, responsável por causar a doença denominada de Covid-19.

Em 30 de janeiro de 2020, a OMS declarou que o surto da doença constituía uma emergência de saúde pública de importância internacional e, em virtude do grande nível de dispersão geográfica, em 11 de março de 2020 a Organização reconheceu o quadro de pandemia (OPAS, 2020).

A essa altura, o Brasil já registrava a primeira morte causada pela Covid-19 e, desde então, o país já ultrapassou a marca dos 690.000 óbitos. O mundo, de acordo com dados da universidade norte-americana Johns Hopkins, soma mais de 6,6 milhões de mortes e de 650 milhões de casos de Covid-19¹ (JOHNS HOPKINS, 2020).

Ao tempo em que os governos locais colocam em prática medidas de contenção da transmissão da doença, fazendo escolhas trágicas no balanceamento entre a economia e a saúde pública, o Poder Judiciário é demandado para resolver controvérsias a respeito do atual quadro sanitário nacional.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, em especial, tem decidido nos âmbitos individual e coletivo uma série de questões afetas à pandemia. Do alcance da cobertura dos planos de saúde, passando pela flexibilização de regimes de cumprimento de pena e pela destinação de recursos ao Sistema Único de Saúde – SUS, além da sindicância de decisões dos governos federal, estaduais, distrital e municipais a respeito das políticas públicas de isolamento, da restrição do comércio, do funcionamento de atividades de ensino, da concessão de auxílios para mitigar os impactos econômicos da pandemia, da compra de materiais e de equipamentos hospitalares e da aplicação de vacinas.

Esse quadro fático escancara o crescimento institucional dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, situação que, nos últimos anos, trouxe à tona uma série de discussões sobre a legitimidade, a consistência e os parâmetros utilizados pelas decisões que influenciam diretamente na execução de políticas públicas. Em tal cenário se insere o tema eleito para a pesquisa, que irá responder às seguintes perguntas: o STJ, ao analisar as políticas públicas de

¹ Dados extraídos do site de referência em 25 dez. 2022.

enfrentamento à Covid-19, é deferente à atuação do gestor público ou interveniente nas escolhas administrativas? Em que medida isso acontece?

Para tanto, será conduzida pesquisa empírica, tendo como base decisões proferidas pelo STJ, que serão primordialmente analisadas com base na *deference doctrine*. Em breve síntese, de acordo com a doutrina da deferência judicial, compete ao Poder Judiciário respeitar as escolhas dos agentes públicos legislativos e executivos que exteriorizem uma acomodação razoável das possibilidades que estavam ao seu alcance.

Incrementos procedimentais na atuação administrativa representam uma maior chance de respeito às escolhas políticas? O que significa respeitar as escolhas dos demais Poderes da República questionadas judicialmente? Mantê-las na integralidade, ainda que após um juízo minucioso de qualidade da opção política governamental, é uma postura respeitosa, indicativa de deferência?

Essas questões serão problematizadas no presente trabalho e, suas respostas, forjadas a partir de construções teóricas sobre os significados da doutrina da deferência e de reflexões sobre a sua aplicabilidade no contexto jurídico brasileiro. Ainda que atualmente careçamos de uma cultura deferencial, é precisamente o estudo a respeito da utilidade da construção de parâmetros para o crivo judicial da decisão administrativa que permitirá o incremento da atuação estatal, em uma via de mão dupla: políticas públicas racionalmente justificadas demandam maior ônus argumentativo judicial para sua desconstrução e, decisões judiciais que exteriorizem parâmetros claros de análise da atuação estatal, incentivam a robustez argumentativa a respeito do processo de tomada de decisão que culminou nas escolhas políticas.

A propósito, serão exploradas no presente trabalho iniciativas normativas que implicam na adoção do consequencialismo por parte das decisões judiciais que analisam as escolhas públicas governamentais, como as recentes alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb) e as recomendações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expedidas durante a pandemia. O objetivo é claro: estipular que ao Judiciário compete considerar os obstáculos da gestão pública corresponsabiliza o tomador de decisão e exige que sejam ponderadas as consequências das opções interpretativas, aprimorando a consistência decisória.

A compreensão conceitual das políticas públicas é outro subsídio teórico de fundamental importância para o presente trabalho, cuja consequências práticas permearão a análise do banco de dados de decisões judiciais. Divisar os programas de ação governamental, estrategicamente orientados para a realização de objetivos estatais, de atividades meramente rotineiras e de

condução da máquina pública é essencial para demarcar quais são os julgados que efetivamente se manifestam sobre políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 e que, portanto, comporão o objeto de análise da pesquisa.

Diga-se, ainda, sobre a relevância das reflexões oriundas da teoria das capacidades institucionais em uma pesquisa que se dispõe a analisar a deferência judicial para com a atuação administrativa. Isso porque, a ponderação das capacidades e das limitações dos Poderes Executivo e Judiciário na solução de problemas relacionados às políticas públicas impacta diretamente na avaliação dos padrões discursivos e dos reflexos das decisões judiciais nos atos administrativos controlados.

Estudar, no presente momento histórico, as decisões que avaliam as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 significa analisar julgados produzidos durante e sobre a pandemia e que, portanto, se conectam com a denominada “jurisprudência da crise”. Esse conjunto de precedentes que responde às demandas surgidas em momentos críticos será objeto de exposição conceitual, que respaldará a problematização da postura do STJ e a avaliação da (in)viabilidade de os julgados forjados em excepcional situação servirem para nortear a atuação futura do Tribunal.

Para responder o problema de pesquisa será cumprido o seguinte roteiro.

O trabalho está dividido em três capítulos, além da introdução e da conclusão, e evolui de uma perspectiva abstrata para a concretude.

No primeiro capítulo, serão problematizados os principais conceitos da pesquisa, como deferência judicial, ativismo judicial e políticas públicas. Diante da polissemia e da contingência dos termos, será realizado um acordo semântico, orientando o leitor sobre o que se considerará como deferência na presente pesquisa.

A formulação e a execução das políticas públicas também serão debatidas, no intuito de compreender as perspectivas da avaliação judicial das escolhas públicas e o relacionamento institucional entre os Poderes da República no cenário de crise sanitária, social, econômica e política provocado pela pandemia de Covid-19. Uma última palavra sobre a jurisprudência da crise e a formação de precedentes no contexto pandêmico se faz necessária, no intuito de contextualizar os achados empíricos.

Justificada a problemática da pesquisa, o segundo capítulo será destinado à metodologia. Nele, serão apresentadas e sustentadas as escolhas a respeito da jurisdição (Superior Tribunal de Justiça), das classes processuais (*habeas corpus*, recurso em *habeas corpus*, mandado de segurança, recurso em mandado de segurança, suspensão de segurança e suspensão de liminar

e sentença), do recorte temporal (de 1/1/2020 a 19/5/2022) e dos critérios de busca que permitiram a obtenção da base bruta de 3.749 julgados.

Posteriormente, ainda no segundo capítulo, serão detalhadas as estratégias utilizadas para chegar à base refinada, composta por 303 decisões, e as variáveis do modelo teórico-metodológico de Jordão e Cabral Junior (2018), que devidamente adaptadas ao objeto ora estudado, sustentarão as análises qualitativas do terceiro capítulo.

Por fim, o terceiro e último capítulo se dedica ao diagnóstico da postura do STJ ao analisar as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 e o faz em três blocos.

No primeiro, são minuciadas as categorias sob as quais as decisões foram catalogadas, consubstanciando um guia para a análise dos achados empíricos. Partindo do pressuposto teórico de que a deferência não é um fenômeno binário, a ser resolvido pelas respostas ‘sim’ ou ‘não’ para a pergunta: “O Poder Judiciário foi ou não deferente?”, os julgados foram classificados e analisados sob a perspectiva da existência de matizes de deferência, que denotam maior ou menor respeito às decisões dos administradores públicos.

Serão três as grandes categorias sob as quais as decisões foram avaliadas: (i) deferência pelo discurso, na qual se analisará a presença de discurso de autorrestrrição nas decisões e, em caso positivo, serão avaliados os argumentos utilizados pelos ministros relatores para deferir à interpretação administrativa; (ii) deferência pelo resultado, por meio da qual será averiguada a solução judicial no controle das ações e das omissões administrativas; e (iii) deferência pela amplitude de controle, que identificará se o controle que STJ realiza das políticas públicas é meramente formal ou se adentra à substância do ato controlado.

Para além da análise individual, tais categorias serão oportunamente conjugadas, com o intuito de averiguar, por exemplo, o impacto da presença ou da ausência do discurso de deferência no resultado da política pública escrutinada judicialmente e na amplitude do controle judicial.

No segundo bloco, os julgados serão divididos por classes processuais e assim problematizados. Haverá a exposição dos casos emblemáticos, a aplicação e a conjugação das variáveis do modelo teórico-metodológico adotado, propiciando conclusões aptas a responderem à pergunta de pesquisa.

A propósito, avaliar-se-á em cada um dos julgados que analisam as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 se e em qual medida o STJ emitiu manifestações a respeito de matérias de alta complexidade técnica e de grande indeterminação ou incerteza fática, cujas

valorações, de acordo com os desdobramentos da teoria das capacidades institucionais, competiriam ao Poder Executivo, e não ao Judiciário.

A análise do padrão discursivo e dos argumentos utilizados nos julgados também se constituirá como elemento central na avaliação das decisões. Por meio dela, pretende-se identificar padrões de deferência ou de intervenção nas políticas públicas, a depender da classe processual, do tipo de decisão, do tipo de cognição, do ministro relator, do órgão julgador e da data de julgamento, achados que podem indicar tendências decisórias e favorecer a estipulação de modelos descritivos da postura do Tribunal.

Um elemento central da pesquisa consiste no diagnóstico dos assuntos que foram levados à apreciação do STJ. Serão minudenciados quanti e qualitativamente os temas, avaliando a intensidade do questionamento judicial de cada política pública, bem como o desfecho da atuação estatal a partir do posicionamento do STJ – que entre os extremos opostos de manutenção e intervenção, engendra uma gama de possíveis soluções, utilizando-se, inclusive, de óbices processuais tão típicos desta jurisdição: as súmulas de jurisprudência.

No terceiro bloco, serão detalhadas as impressões gerais sobre as decisões e cogitadas possíveis tendências decisórias do Tribunal, além de apontadas perspectivas de desenvolvimento para futuras agendas de pesquisa que se debrucem sobre a avaliação empírica de decisões de Tribunais Superiores, formulando e analisando-as criticamente para dar conta da postura deferente ou interveniente dos órgãos de cúpula do Judiciário ao analisarem políticas públicas.

A partir do referencial teórico-metodológico de Jordão e Cabral Junior (2018), da criação de categorias aderentes ao objeto pesquisado – norteadas pela Teorização Fundamentada nos Dados (TFD) – e da análise minuciosa das decisões, será possível destrinchar conclusões sobre (i) a relevância da classificação dos pronunciamentos judiciais como despachos ou decisões (discussão que, apesar de inicialmente parecer singela, reflete importantes consequências nas pesquisas empíricas); (ii) o quanto as decisões monocráticas representam a postura do Tribunal; (iii) a utilização dos óbices processuais – aí incluídos os sumulares, como estratégias decisórias; (iv) a ênfase dada pelo STJ aos processos administrativos de formação de políticas públicas; e (v) os caminhos para o incremento da análise judicial das políticas públicas.

O ineditismo e a atualidade do objeto pesquisado – a crise e as decisões a seu respeito são recentes – implicaram em um alto grau de serendipidade ocorrido durante a pesquisa. Os achados empíricos fortuitos contribuíram para que a dissertação ficasse mais extensa que o

inicialmente planejado, dado que, em diversas ocasiões, foi necessário escolher entre o máximo detalhamento possível e a omissão de algumas etapas que nortearam as análises qualitativas. Optou-se, sempre, pela primeira alternativa, no intuito de conduzir o leitor à semelhante imersão em que esteve a pesquisadora e que permitirá, ao final do trabalho, situar a prática decisória do STJ em algum ponto da régua que vai da deferência à interveniência nas políticas públicas de enfrentamento à Covid-19.

Em suma, acredita-se que seguindo o roteiro apontado o problema de pesquisa será adequadamente trabalhado para que, ao final, conferindo sentido ao panorama de dados levantados, averiguando os padrões decisórios e identificando a linha jurisprudencial do Tribunal seja possível compreender as práticas decisórias no Superior Tribunal de Justiça na análise das políticas públicas de enfrentamento à Covid-19.

CAPÍTULO 1 – DEFERÊNCIA: A NECESSIDADE DE UM ACORDO SEMÂNTICO

Neste primeiro capítulo serão estabelecidas algumas premissas que embasarão a dissertação, quer sob o viés teórico, quer sob o empírico.

De início, o subtítulo 1.1 se ocupará do debate sobre os limites e as possibilidades de aplicação da doutrina da deferência – *deference doctrine* – no Brasil. Como se verá a seguir, a polissemia do termo ‘deferência’ exige a realização de um acordo semântico que esclareça o significado do vocábulo para fins do presente trabalho, o que também será feito no primeiro subtítulo.

Em seguida, no subtítulo 1.2, propõe-se a problematização a respeito da atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no ciclo das políticas públicas, considerando o cenário atual de indeterminação normativa, de questionamentos sobre a legitimidade democrática do Poder Judiciário e do necessário incremento do diálogo institucional permanente.

Por fim, no subtítulo 1.3, a discussão será centrada na contingência dos termos ‘ativismo’ e ‘deferência’ e em como sua definição poderia colaborar no controle das políticas públicas, especialmente no contexto de judicialização da política de saúde no cenário pandêmico.

1.1 Limites e possibilidades da aplicação da *deference doctrine* no Brasil

As escolhas públicas, assim entendidas aquelas que partem dos Poderes Legislativo e Executivo no planejamento e na implementação das políticas estatais, são escrutinadas pelo Poder Judiciário, quando devidamente provocado. A intensidade desse controle, todavia, é objeto de disputas e de reflexões, especialmente porque toca no conceito contingente de separação de poderes.

No Brasil, notadamente após a Constituição Federal de 1988, a crítica às escolhas públicas esbarra em uma suposta interferência indevida do Judiciário, diante da inexistência de “referenciais objetivos para o desenvolvimento do controle judicial da ação administrativa” (VALLE, 2020, p. 111). É exatamente sobre a busca e a construção jurisprudencial desses referenciais, que se debruçará o presente trabalho.

No contexto da pandemia de Covid-19, a legitimidade do Judiciário e a consistência técnico-científica de suas decisões tornou-se objeto de acirrado debate público. Não raramente, coube ao Poder Judiciário impor ao Executivo decisões, *a priori*, circunscritas ao âmbito de

formulação da agenda pública, a respeito, exemplificativamente, do fechamento ou da abertura de estabelecimentos comerciais, da concessão de auxílios para mitigar os impactos econômicos da pandemia, da compra de materiais e de equipamentos hospitalares, das políticas públicas de isolamento e da importação e da ordem de aplicação de vacinas.

Nesse cenário de crise sanitária, econômica, social e política, que ampliou o espaço público de debate sobre temas como saúde e economia, a atuação do Judiciário vem suscitando, como ocorre de tempos em tempos – ao sabor das crises de plantão, discussões sobre um possível esvaziamento da esfera política de conformação dos Poderes Legislativo e Executivo provocado por ingerência indevida do Poder Judiciário.

De um lado, a *deference doctrine* – doutrina da deferência, da autorrestricção ou da autocontenção judicial, cujas origens serão explicadas mais adiante – prega que somente aos poderes eleitos compete o legítimo enfrentamento das questões políticas, cabendo ao Judiciário uma postura de respeito – deferência – às escolhas do agente público, desde que representem uma acomodação razoável das possibilidades que estavam ao seu alcance.

De outro, é inegável que estamos experienciando um redesenho dos papéis institucionais de todos os poderes da República. Atores políticos, por exemplo, se valem de espaços institucionais não tradicionais para a ampliação da discussão e para a resolução de demandas coletivas:

Não obstante, é certo que muitas das questões políticas que são transferidas para os Tribunais o são por partidos políticos ou por grupos de interesses e, portanto, isso não pode ser visto como um fenômeno jurídico ou como um fenômeno de usurpação de funções de um poder sobre o outro, mas como um fenômeno político. (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 65)

Da concepção positivista francesa de que o juiz apenas declara a lei, reduzindo-se sua atividade a uma prática meramente subsuntiva, à aplicação de princípios axiológicos, a atividade judicante se deparou com rompimentos de paradigmas e novas perspectivas no último século.

A propósito, a história recente do Direito Administrativo estadunidense pode ser qualificada como a busca pela justa medida da intervenção judicial. Instituições legislativas, executivas e judiciais vêm se debruçando sobre a matéria e burilando parâmetros para delinear o que seria um controle adequado das escolhas governamentais.

A despeito de o presente trabalho não objetivar realizar um escorço histórico do assunto, a menção à doutrina *Chevron*, oriunda do caso *Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense*

Council, 467 U.S. 837, julgado em 25/6/1984 pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, é inevitável.

Na ocasião, em linhas bem simplificadas, discutia-se a aplicação de ato legislativo que visava à redução de fontes poluentes, entre outras providências de preservação ambiental. Especialmente no caso que chegou à apreciação da Suprema Corte, um grupo de proteção ambiental questionava definições utilizadas pela agência responsável por normatizar a espécie, acusando-a de manejar de modo equivocado alguns conceitos ambientais, o que favoreceria o poluidor que não havia reduzido as emissões poluentes.

As conclusões da Suprema Corte deram origem ao *two-steps test*², doutrina de acordo com a qual a revisão do ato governamental – ato da agência – deve considerar dois passos sucessivos:

No primeiro passo, a indagação versa sobre a existência de deliberação específica do Congresso materializando delegação em favor da agência para regular o tema sob exame. Em havendo, tanto a Corte quanto a agência devem dar efeito à intenção congressual, enunciada de forma inequívoca. O passo dois do teste é definido nos seguintes termos: “se a norma é silente ou ambígua em relação ao tema específico, a questão posta à Corte é se a resposta da agência é baseada numa construção permissível da norma”. Evocando longa lista de precedentes, a Corte conclui que a deferência é de se aplicar sempre que: 1) a administração da norma legal conferida à agência envolva reconciliar políticas públicas em conflito, e 2) uma plena compreensão da relevância desta política delineada pela lei exija mais do que um conhecimento ordinário sobre a matéria regulada. (VALLE, 2021, p. 148)

Lawson e Seidman identificam quatro classes de razões que podem induzir um tomador de decisão a ser deferente, quais sejam: preocupações sobre (i) legitimidade, (ii) exatidão, (iii) custos de decisão e (iv) comunicação (LAWSON; SEIDMAN, 2019, p. 120) e, em suma, parece haver um certo consenso literário de que os argumentos em favor do respeito judicial às decisões administrativas giram, basicamente, em torno de duas noções: a primeira, de que a complexidade de determinadas matérias deve ser enfrentada por instituições melhor preparadas sob o aspecto de desenho institucional para enfrentá-las, uma vez que dispõem de corpo técnico

² Embora a maior parte da doutrina faça coro ao *two-steps test*, há vozes dissonantes a respeito da quantidade de etapas que devem ser consideradas para a avaliação do ato da agência. Essa controvérsia foi explorada em VALLE, 2021, p. 147-148. Em síntese, a referida autora se posiciona no sentido de que a defesa da existência de um *step zero* (saber se a transferência de autoridade regulatória coercitiva foi feita por norma com força de lei) ou de passos intersticiais quando do exercício da *judicial review* é de menor importância para a identificação dos *standards* de controle das decisões administrativas pelo Judiciário. É possível dizer o mesmo a respeito do presente estudo, uma vez que esse debate não é prejudicial à análise ora realizada.

especializado atuando diuturnamente em tais assuntos especializados (SCALIA, 1989, p. 514). A segunda, de que eventual intervenção pode mostrar-se prejudicial à dinâmica da política pública engendrada pelo Poder responsável por sua criação e/ou implementação.

Richard Posner, por sua vez, levanta a possibilidade de no mínimo cinco sentidos para o termo autocontenção judicial:

O termo "autocontenção judicial" poderia ser usado em pelo menos cinco sentidos diferentes: (1) Um juiz autocontido não permite que suas próprias visões de política influenciem suas decisões. (2) Ele é cauteloso, circunspecto, hesitante em se intrometer nesses pontos de vista. (3) Ele está atento às restrições políticas práticas do exercício do poder judicial. (4) Suas decisões são influenciadas por uma preocupação de que a criação judicial promiscua de direitos resulte em inundar os tribunais em litígios, atrapalhando seu funcionamento. (5) Ele quer reduzir o poder de sua corte em relação ao de outros ramos do governo. (POSNER, 1983, p. 10, tradução nossa)³

Ocorre que, apesar de os fundamentos da doutrina da deferência estarem relativamente bem sedimentados, o fato é que os conceitos de autocontenção e deferência, bem como o seu oposto – o ativismo judicial –, ainda são fluidos e imprecisos, contando com descrições literárias lacunosas de suas definições. Além disso, convém não menosprezar que tais conceitos são contingentes, isto é, depende-se dos contextos para a correta compreensão e avaliação de cada caso.

Sobre o assunto, Marcos Paulo Veríssimo comenta que o próprio teste de dois passos proposto no julgamento de *Chevron* comporta “bastante abertura para graus bem variados de ativismo judicial”, uma vez que classificar uma legislação como vaga, ambígua e razoável é, por definição, uma tarefa vaga e contingente (VERÍSSIMO, 2006, p. 399-400).

Considerando, portanto, que o presente trabalho pretende identificar os padrões discursivos e os argumentos utilizados nas decisões que amparam as conclusões pelo que aqui se considera interferência nas políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 ou pela deferência ao ato do Poder Executivo, convém, desde logo, problematizar a possibilidade de aplicação da doutrina da deferência no Brasil e fazer um acordo semântico, estipulando, para fins desse

³ No original: “The term “judicial self-restraint” could be used in at least five different senses: (1) A self-restrained, judge does not allow his own views of policy to influence his decisions. (2) He is cautious, circumspect, hesitant about intruding those views. (3) He is mindful of the practical political constraints on the exercise of judicial power. (4) His decisions are influenced by a concern lest promiscuous judicial creation of rights result in so swamping the courts in litigation that they cannot function effectively. (5) He wants to reduce the power of his court system relative to that of other branches of government.”

trabalho, o que será considerada uma atuação deferente do Poder Judiciário para com as decisões tomadas por outros Poderes.

Cumprе esclarecer, no particular, o significado do conceito de “agência” nos Estados Unidos e, por conseguinte, o alcance da doutrina *Chevron*, cujo julgado é tido como o forjador do marco teórico da deferência a ser aplicado quando o Poder Judiciário escrutina os “atos de agências”.

Como ressalta Medeiros, “o conceito jurídico de agência nos Estados Unidos é bem amplo [...] [e] designa, em geral, autoridades administrativas [...] [que] servem para auxiliar a chefia do poder executivo na condução e supervisão da atividade administrativa e suas normativas, nas tarefas diárias da Administração.” (MEDEIROS, 2020, p. 150-151)

Trata-se, em verdade, de um gênero que possui como espécies as agências reguladoras (*regulatory agency*) e as agências não-reguladoras (*non regulatory agency*), cada qual com atribuições, estruturas, órgãos e níveis de dependência para com o Poder Executivo distintos. Essas espécies, por sua vez, podem ser fragmentadas em agências executivas e agências independentes, cuja constituição varia a depender as limitações legais a elas impostas⁴.

Diante da multiplicidade de arranjos possíveis, todos abarcados sob a denominação genérica de “agência”, não há motivo justificável para restringir o alcance do termo – e, por conseguinte, da *deference doctrine* – ao modelo de agências reguladoras como concebidas no Brasil, mas sim de abarcar todos os órgãos governamentais que atuam na concepção e na implementação de políticas públicas.

Como dito, o que interessa para esse trabalho, é o construto teórico que busca definir a justa medida da intervenção judicial nas políticas governamentais. No particular, nesse capítulo, o histórico de pesquisa estadunidense, somado às semelhanças entre as atribuições das agências norte-americanas e da administração direta e indireta no Brasil ao lidar com políticas públicas, além de razões de segurança jurídica, previsibilidade e eficiência denotam as vantagens da busca de contornos para as funções administrativas e judiciais na *deference doctrine*.

Não se trata, assim, de importação acrítica de uma teoria, mas sim da apreensão das bases teóricas e das justificações da doutrina de autorrestricção para a reflexão a respeito do desenvolvimento de uma cultura deferencial no Brasil⁵ e da construção de parâmetros que, a

⁴ Para detalhamento do assunto, consultar OLIVEIRA, 2015.

⁵ Para aprofundamento sobre a “cultura deferencial” e a construção de parâmetros de aplicação do princípio da deferência judicial no Brasil, consultar MEDEIROS, 2020.

um só tempo, permitam o crivo judicial e prestigiem “a qualificação técnica que se supõe tenha sido invertida na construção da decisão administrativa sob análise” (VALLE, 2021, p. 139).

Na prática brasileira atual, a coerência argumentativa, a coesão na concessão ou não dos provimentos postulados e a densidade da sindicância efetuada pelo Judiciário sobre as políticas públicas passam a ser critérios definidores de boas práticas decisórias, perseguidos pela jurisdição e regulamentados pelo próprio Conselho Nacional de Justiça.

No que tange especificamente ao objeto do presente trabalho, o CNJ regulamentou, por meio das Recomendações n. 66/2020 e 92/2021, diretrizes para que os magistrados dispensassem “maior deferência ao respectivo gestor do SUS” (CNJ, 2020, art. 3º), se atentassem às consequências práticas de suas decisões e considerassem os protocolos oriundos das autoridades sanitárias, diante da “multiplicação de demandas judiciais em que se litiga sobre o direito à saúde no contexto pandêmico” (CNJ, 2021b, p. 1)⁶.

Embora não haja, em tais recomendações, nenhuma definição do que significaria “prestar maior deferência”, a postura recomendada parece se apresentar como mecanismo de harmonização institucional, que busca evitar o cometimento, pelo Judiciário, do “crime de hermenêutica”, consistente na punição de outrem – *in casu*, do Poder Executivo – por ter adotado interpretação diversa daquela escolhida pelo próprio julgador.

Como acima mencionado, ao longo dos anos, diversas abordagens foram construídas para dar conta do papel do Judiciário quando confrontado em questões de políticas públicas⁷. Entre a lógica formalista, que apregoa que os juízes teriam a capacidade de deduzir respostas objetivas a partir dos textos legais – sem quaisquer considerações políticas, e a abordagem não-doutrinária, de acordo com a qual compete aos próprios julgadores decidirem, casuisticamente, qual o nível adequado de autocontenção, as abordagens institucionais procuram superar as críticas direcionadas a ambas as correntes anteriores, sob a perspectiva de compreender as capacidades institucionais dos órgãos envolvidos e deslocar o foco do escrutínio judicial do ato final produzido pela Administração para o processo de tomada de decisão do gestor público.

Partindo dessa compreensão, em poucas palavras, a deferência representaria o respeito, por parte do Poder Judiciário, pela interpretação normativa formulada pelos outros Poderes da

⁶ Apesar do fim do estado de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin), declarado pela Portaria GM/MS n. 913/2022, ambas as recomendações do CNJ continuam em vigor, não havendo nenhuma incongruência, no particular. Isso porque, muitas das demandas judiciais oriundas do contexto pandêmico continuam tramitando, não havendo razão superveniente para que a recomendação de deferência e de atenção ao consequencialíssimo deixem de ser seguidas.

⁷ Para aprofundamento, notadamente quanto às abordagens formalistas, não-doutrinárias e institucionais, ver KING, 2008.

República, especialmente considerando as nuances e as adversidades a que se submeteram os tomadores da decisão objeto de julgamento.

E como avaliar e mensurar a ocorrência desse “respeito”?

A deferência não pode ser compreendida como um fenômeno binário, a ser resolvido pelas respostas ‘sim’ ou ‘não’ para a pergunta: “O Poder Judiciário foi ou não deferente?”. Ao contrário, é possível perceber (e isso ficará mais claro com a análise das decisões judiciais feita nos capítulos 2 e 3) que existem matizes de deferência. Supõe-se, no particular, que o peso judicial conferido à interpretação feita pela Administração varie, casuisticamente, a depender de circunstâncias diversas, a exemplo da razoabilidade do pronunciamento administrativo, da coerência do ato analisado se comparado com posicionamentos pretéritos da administração, das análises de conjuntura e de impacto feitas pelo órgão emissor, da consideração da maior gama possível de argumentos e aspectos envolvidos na decisão, dentre uma série de outras situações cuja impossibilidade de catalogação exaustiva é reflexo dos cenários cada vez mais complexos e mutáveis, permeados por riscos muitas vezes incalculáveis, aos quais as decisões dos agentes públicos estão sujeitas.

O fato é que, embora inexista consenso doutrinário sobre quais indicadores representem o que significa ser deferente para com as decisões de outros Poderes, a busca desses parâmetros, mais do que conveniente, é um enfoque necessário para a análise das decisões judiciais sobre políticas públicas. Saber quais são os critérios que permitem qualificar a decisão como deferente ou interveniente parece ser justamente o ponto de partida para a modulação das relações institucionais entre os Poderes da República, sob a perspectiva do escrutínio judicial das decisões do Executivo.

Conforme mencionado, no presente trabalho, objetiva-se investigar, por meio do estudo da fundamentação das decisões judiciais, a densidade da sindicância efetuada sobre as políticas públicas, e responder à seguinte pergunta: as decisões do Superior Tribunal de Justiça, que analisaram as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19, foram pautadas pela autocontenção e pela deferência do Poder Judiciário ou representaram uma atividade substitutiva à atuação do Poder Executivo?

Para tanto, conforme será detalhado no próximo capítulo, a deferência será compreendida como uma estratégia de tomada de decisão que, partindo da metodologia cunhada por Jordão e Cabral Junior (2018), se exterioriza pelo discurso judicial, pelo resultados dos pronunciamentos judiciais e pela amplitude de controle do ato administrativo, veiculando, em síntese “(i) uma orientação de autocontenção do controlador e (ii) o reconhecimento de um

espaço de liberdade para o administrador, decorrente de hipóteses de indeterminação normativa.” (JORDÃO, 2022).

1.2 A indeterminação normativa e o relacionamento institucional entre os Poderes da República: Legislativo, Executivo e Judiciário na formulação e na execução de políticas públicas

Considerando que a presente pesquisa centrará esforços na análise da interação entre os Poderes Executivo⁸ e Judiciário, notadamente por meio da investigação das decisões do STJ ao julgar as medidas tomadas pelos poderes executivos nacionais no enfrentamento à Covid-19, de início, são necessários os esclarecimentos conceituais abaixo delineados.

A princípio, é fundamental definir que, ao mencionar que o campo de estudo compreenderá as medidas tomadas pelos “poderes executivos nacionais”, a análise será detida na sindicância feita pelo STJ com relação à atuação do Poder Executivo nos âmbitos federal, distrital, estadual e municipal. Excluem-se, portanto, medidas de enfrentamento à Covid-19 eventualmente tomadas pelo Poder Legislativo e pelo próprio Poder Judiciário, no exercício de suas atribuições administrativas.

No particular, interessa à pesquisa a atuação estatal materializada como política pública, cujo conceito é alvo de intensos debates na Ciência Política e no Direito. Tomar-se-á por base o conceito proposto por Maria Paula Dallari Bucci, para quem

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados — processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial — visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

⁸ Imagina-se que o banco de dados que será construído para a análise qualitativa das decisões judiciais, será composto apenas por questionamentos aos atos do Poder Executivo, excluindo os do Poder Legislativo. Isso porque, em regra, os atos legislativos são dotados de generalidade e abstração – e, portanto, despidos de concretude, como os do Executivo. Daí, que o questionamento dos atos legislativos se dá por meio de expedientes de competência ou de juízes de primeiro e segundo graus, a exemplo do controle de constitucionalidade *in concreto*, ou do STF, por meio do controle abstrato de constitucionalidade. Assim, uma das hipóteses desse trabalho, que será confirmada no decorrer da pesquisa empírica, é que cheguem ao STJ apenas controvérsias sobre as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 cuja criação e/ou implementação seja de responsabilidade dos Poderes Executivos nacionais. Por tal razão, daqui em diante as referências serão sempre centradas no Executivo e, caso necessário, serão acrescidos comentários a respeito após a construção da base de decisões que será analisada quanti e qualitativamente.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados. Decompondo-se o conceito proposto, extraem-se os elementos de estruturação a seguir comentados: ação-coordenação, processo e programa. (BUCCI, 2006, p. 39-40)

A partir de tal marco teórico, estarão excluídas da análise, por exemplo, medidas dos poderes executivos nacionais que, ainda que se caracterizem como ações de enfrentamento à pandemia, estejam circunscritas à gestão de pessoal ou de contratações públicas, uma vez que tratam de matéria de organização administrativa, e não de política pública no sentido adotado na presente pesquisa.

No tocante ao escrutínio judicial das políticas públicas, importante notar que os suportes jurídico-normativos da ação governamental podem variar desde a Constituição Federal, passando por leis aprovadas pelo parlamento e até por atos administrativos que exteriorizem e detalhem como ocorrerá a implementação do planejamento estatal.

Para além da constatação de que todas essas normas têm em comum a possibilidade de escrutínio judicial, diante da inafastabilidade da jurisdição consubstanciada no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, pendem duas questões de necessária ponderação para os rumos do presente trabalho: quais os limites da sindicabilidade judicial das políticas públicas? E quais devem ser os parâmetros a serem considerados pelo Poder Judiciário ao analisar essas políticas públicas?

A partir de agora, será sobre essas indagações que o trabalho estará detido.

A clássica interpretação do princípio republicano traz rigidez exegética ao preceituar que os Poderes Legislativo e Executivo atuam, respectivamente, na formulação e na implementação de políticas públicas, enquanto ao Judiciário, sem adentrar no mérito dos atos típicos dos demais poderes, cabe realizar escrutínio jurídico e, sobretudo, averiguar a obediência procedimental dos atos legislativos e executivos.

Compete, assim, ao Judiciário, tutelar “as políticas públicas na medida em que elas expressem direitos. Excluem-se, portanto, os juízos acerca da qualidade ou da adequação, em si, de opções ou caminhos políticos ou administrativos do governo, consubstanciados na política pública.” (BUCCI, 2006, p. 31)

A complexificação das sociedades, dos mercados e dos sistemas políticos, todavia, demanda a revisão dos limites e das possibilidades de atuação institucional dos Poderes da República. A propósito da releitura do papel judicial, Sunstein e Vermeule (2003, p. 949)

ponderam que ao invés de se perguntar "como juízes perfeitos decidiriam os casos?", a questão chave seja: "como devem proceder os juízes falíveis, à luz de sua falibilidade e de seu lugar, em um complexo sistema de ordenamento privado e público?"⁹

A indeterminação normativa, característica da construção social complexa e da impossibilidade de previsão minuciosa das hipóteses de incidência legais, reflete cotidianamente na prática judiciária, na medida em que demanda dos julgadores a realização de interpretações principiológicas e de conceitos jurídicos abertos.

Louis Fischer, a propósito, afirma que uma questão contemporânea, decorrente da explosão de casos de direito público levados aos Tribunais, é o fato de os juízes terem de “administrar um sistema político no intuito de protegerem direitos estabelecidos legalmente.” (FISCHER, 1988, p. 40, tradução nossa)¹⁰

A partir do momento em que essas interpretações judiciais resultam na análise das escolhas públicas governamentais, debates sobre a consistência decisória e sobre a legitimidade do Poder Judiciário se tornam pano de fundo de conflitos institucionais e de questionamentos sobre os limites da sindicância judicial.

No particular, a preocupação com a consistência decisória não escapa à produção legislativa. Alterações recentes, por exemplo, foram realizadas pela Lei n. 13.655/2018 na Lindb (Decreto-Lei n. 4.657/1942), com o nítido objetivo de balizar as decisões judiciais na análise das políticas públicas, estipulando, a propósito, no seu art. 21 que “a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas” e, no seu art. 22, que “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.” (BRASIL, 1942)

Os pareceres das Comissões de Constituição e Justiça, tanto da Câmara dos Deputados, quanto do Senado Federal, que analisaram as proposições legislativas que deram origem às mencionadas alterações na Lindb, deixaram clara a preocupação com a “qualidade decisória” dos órgãos administrativos, judiciais e de controle. (BRASIL, 2015; BRASIL, 2017)

⁹ No original: “the key question seems to be, "how would perfect judges decide cases?" rather than "how should fallible judges proceed, in light of their fallibility and their place in a complex system of private and public ordering?"”

¹⁰ No original: “Judicial lawmaking is a venerable and long-debated topic. A more contemporary issue, linked to the public law litigation explosion, concerns judges who actually administer a political system to protect legal rights.”

Os autores do anteprojeto foram além, mencionando a necessidade de exigir que julgadores pensem e ponderem como políticos e como gestores públicos:

É fácil entender a importância de uma norma desse tipo. Como hoje se acredita cada vez mais que os princípios podem ter força normativa – não só nas omissões legais, mas em qualquer caso – o mínimo que se pode exigir é que juízes e controladores (assim como os administradores) pensem como políticos. Por isso, a proposta é que eles tenham de ponderar sobre “as consequências práticas da decisão” e considerar as “possíveis alternativas” (art. 20, caput e parágrafo único). (SUNDFELD; SALAMA, 2016, p. 214)

Trata-se, em verdade, da positivação da lógica consequencialista na Lindb que, adaptada ao universo das decisões judiciais, significa que compete ao Judiciário ponderar as consequências das opções interpretativas realizadas em cada decisão.

Como ressalta Mendonça, a postura consequencialista representa uma mudança na gramática das decisões judiciais:

[...] mudar a gramática das decisões é mudar - um pouco - o mundo das decisões. O julgador que buscar indicar consequências administrativas e jurídicas para fundamentar a invalidade está sendo educado e constrangido por uma nova gramática. A retórica das consequências é melhor do que a retórica princípios, pois, como apela a estados da realidade, pode ser falseada. Uma coisa é discutir, à luz da decisão de licenciar o empreendimento, a “dimensão objetiva do direito fundamental à dignidade da pessoa humana enquanto dever de proteção”; outra é discutir se o estado de coisas A (“os peixes vão morrer na lagoa”) é preferível ao estado B (“a hidroeétrica não construída e provavelmente faltará energia”). (MENDONÇA, 2018, p. 55)

Importante notar que a lógica consequencialista já estava presente em iniciativas esparsas no direito brasileiro, especialmente naquelas situações em que o Judiciário é chamado a avaliar decisões dos demais Poderes da República. A propósito, a lei que disciplina a concessão de medidas cautelares contra atos do poder público (Lei n. 8.437/1992¹¹) e a lei do mandado de segurança (Lei n. 12.016/2009¹²) contém dispositivos que autorizam a suspensão

¹¹ 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. (BRASIL, 1992)

¹² 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. (BRASIL, 2009)

de liminar ou de sentença que afetem a ordem, a saúde, a economia ou a segurança pública, em clara alusão consequencialista¹³.

Não por acaso, o Mandado de Segurança (MS), o Recurso em Mandado de Segurança (RMS), a Suspensão de Liminar e Sentença (SLS) e a Suspensão de Segurança (SS), em conjunto com o Habeas Corpus (HC) e com o Recurso em Habeas Corpus (RHC), são as classes processuais escolhidas para serem analisadas nos capítulos 2 e 3 deste trabalho.

Isso porque, as quatro primeiras são classes processuais majoritariamente utilizadas para designar processos judiciais, de competência originária ou recursal do STJ, que questionam atos dos Poderes Executivos, sejam a partir de decisões tomadas por Ministros de Estado (BRASIL, 1988, art. 105, I, *b*), sejam de autoridades executivas estaduais, distritais ou municipais (BRASIL, 2021, art. 271). Os HC's e os RHC's, por sua vez, ingressaram no campo de análise uma vez que, durante a pandemia, foram comumente utilizados para questionar as medidas de enfrentamento à Covid-19, a exemplo da alegação de constrangimento ilegal em virtude de restrições de circulação impostas por governos locais. Mais detalhes, naturalmente, incluindo as análises casuísticas, serão expostos nos próximos capítulos.

No momento, pensa-se, particularmente, sobre como a alteração da Lindb foi profética no tocante ao enfrentamento da pandemia (CUNDA, 2020, p. 280). Adotar uma postura consequencialista e que considere as reais dificuldades enfrentadas pelos gestores públicos é fundamental para que o Judiciário possa julgar as medidas tomadas pelos Poderes Executivos nacionais no combate à recente situação de calamidade sanitária, uma vez que tanto a gestão do orçamento público, quanto das políticas públicas de combate à Covid-19, trilhavam (e ainda trilham) um caminho repleto de incertezas a respeito de como realizar a melhor escolha possível para a contenção de uma doença sobre a qual as autoridades sanitárias em todo o mundo pouco ou nada sabiam.

Essa situação escancara a injustiça que pode permear as decisões judiciais ao “julgar os pioneiros com os óculos da experiência”, uma vez que como a revisão judicial “ocorre a posteriori da prática da invalidação, conta com o benefício da informação trazida pelo tempo. *Hindsight is the best sight: quem vê depois, vê melhor*” (MENDONÇA, 2018, p. 56).

¹³ Note-se que a lógica consequencialista aqui mencionada fez alusão, tão somente, a algumas iniciativas no campo da legislação brasileira. Isso não significa, todavia, que as decisões judiciais estejam apartadas da discussão. Pelo contrário. O peso que as consequências devem ter na decisão judicial e os parâmetros que devem nortear o manejo do consequencialismo nas decisões judiciais são objetos de estudos profícuos, que somente não serão aqui abordados em virtude da dissociação com o objeto ora pesquisado. A propósito, sobre as bases teóricas do consequencialismo na teoria da decisão judicial e a presença do consequencialismo econômico nas decisões do Supremo Tribunal Federal – STF, vide NASCIMENTO, 2013.

Importante atentar, também, que além de ter os olhos voltados para o futuro, a partir da perspectiva consequencialista, enxergar o passado e, em especial, as motivações, as adversidades e as composições necessárias no momento da formulação da política pública, certamente contribuem para a qualificação da decisão judicial, uma vez que “percorrer o caminho de como se deu a produção do Direito controvertido ainda dentro do Poder Legislativo é uma etapa necessária também para evitar arbitrariedades por ocasião da sua aplicação (judicial)” (NASCIMENTO, 2018, p. 24-25).

Considerando, assim, que a adoção da postura consequencialista e que se mostra atenta às dificuldades reais enfrentadas pelo gestor da coisa pública é uma “condicionante de validade das decisões” judiciais (HEINEN, 2020, p. 151), resta-nos compreender qual seria uma boa calibragem da intervenção judicial, no contexto de indeterminação normativa e de incertezas a que estão submetidos, atualmente, tantos os gestores públicos, quanto os julgadores.

De início, é salutar ter em conta a importância crucial de compatibilizar regras e princípios na interpretação das normas jurídicas, evitando o recurso, nas palavras de Manuel Atienza, às “extremas concepções” positivistas ou neoconstitucionalistas:

Parece-me óbvio que nenhuma dessas duas concepções extremas pode servir para explicar nossas práticas jurídicas. Que o que precisamos é combinar regras e princípios e buscar, por assim dizer, um equilíbrio entre a certeza que as regras buscam e a flexibilidade que o manuseio inteligente do material jurídico exige e que não é possível realizar sem os princípios: é precisamente nos princípios que se encontra a justificação para aceitar em alguns casos a existência de exceções implícitas, não formuladas no texto da lei e das regras. (ATIENZA, 2014, p. 20, tradução nossa¹⁴)

A partir dessa lógica, para além da análise puramente jurídica, muitas vezes calcada em conceitos jurídicos indeterminados e em princípios, a opção por uma técnica decisória deferente deve considerar que a sindicabilidade dos atos do demais Poderes passa, também, pela avaliação judicial do processo decisório percorrido pelos atores responsáveis pela formulação e pela implementação da política pública, nos Poderes Legislativo e Executivo.

¹⁴ No original: “A mí me parece obvio que ninguna de esas dos concepciones extremas puede servir para dar cuenta de nuestras prácticas jurídicas. Que lo que necesitamos es conjugar reglas y principios y buscar, por así decirlo, un equilibrio entre la certeza que procuran las reglas y la flexibilidad que requiere el manejo inteligente del material jurídico y que no es posible llevar a cabo sin los principios: es precisamente en los principios en donde se encuentra la justificación para aceptar en algunos casos la existencia de excepciones implícitas, no formuladas en el texto de la ley a las reglas”.

Em outras palavras, o respeito ao espaço de conformação dos demais Poderes da República, pelo controle judicial, deve ser uma premissa. A inserção tempestiva e justificada dos problemas sociais na agenda de atuação, a averiguação de eventuais vícios no processo decisório, a eficiência administrativa e a capacidade de gestão dos recursos públicos disponíveis são alguns dos pontos a serem considerados pelo Judiciário para avaliar as escolhas interpretativas realizadas pelos gestores públicos:

[...] o art. 22 da LINDB impõe que, num contexto de indeterminação jurídica real, o controlador se limite a avaliar a razoabilidade da escolha interpretativa realizada pelo administrador público. O controlador, portanto, deverá prestar deferência a esta escolha interpretativa razoável da administração, mesmo que ela não corresponda à escolha interpretativa específica que ele próprio (controlador) faria, se coubesse a ele a interpretação em primeira mão.

Isso significa que o art. 22 pode ser entendido como o fundamento normativo específico, no nosso direito, para a adoção da deferência judicial (ou, mais amplamente, deferência do controlador) às interpretações razoáveis da administração pública. Não que este fundamento normativo específico fosse imprescindível ou que houvesse qualquer vedação anterior, no ordenamento jurídico brasileiro, à adoção das teorias da deferência, tão comuns em tantos países estrangeiros. Mas é provável que esta previsão específica encoraje ainda mais os controladores a atuarem neste sentido, em respeito a interpretações e decisões razoáveis da administração em contexto de indeterminação jurídica, ou, na expressão da lei, em contexto de “dificuldade” jurídica.

[...]

O caput do art. 22 é o fundamento explícito para a adoção de uma teoria semelhante no direito brasileiro. A doutrina americana faz referência aos “dois passos” da formulação mais básica de *Chevron*: no primeiro, o controlador verifica se há indeterminação ou ambiguidade legislativa a propósito de uma questão específica; no segundo, havendo esta indeterminação, o controlador se limita a verificar a razoabilidade ou “permissibilidade” da interpretação adotada pela administração pública. É exatamente o procedimento sugerido acima, em interpretação ao art. 22. Num primeiro passo, o controlador verifica se a “dificuldade jurídica” é real. No segundo passo, sendo real esta dificuldade jurídica, o controlador se limita a verificar a razoabilidade da escolha interpretativa realizada pela administração pública. (JORDÃO, 2018, p. 78-79).

No particular, soa conveniente refletir sobre a tradicional dicotomia entre o controle realizado pelo Judiciário dos atos vinculados e dos atos discricionários.

Em uma lógica em que a argumentação detém “papel central na prática jurídica” e em que a subsunção e a ponderação são reconhecidas como “procedimentos argumentativos” (NASCIMENTO, 2018, p. 23), não se trata simplesmente de justificar a ausência de intervenção do Judiciário em determinado ato em virtude de seu conteúdo discricionário, sem que a própria

discricionariedade do órgão prolator do ato seja vista como um “espaço carecedor de legitimação” (BINENBOJM, 2005, p. 9).

O fato é que a discussão não pode, nem deve, se restringir à escolha de qual juízo subjetivo prevalecerá: se o do administrador público ou do julgador. Não há, na discricionariedade, “nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional” (BINENBOJM, 2005, p. 9), mas sim uma zona de argumentação racional das justificativas que conduziram a formulação da agenda política.

Partindo dessa construção e da dificuldade do atual direito administrativo “em conjugar poder discricionário e certeza jurídica, eficácia na gestão pública e segurança do direito” (COUTINHO, 2013, p. 187) a revisão da noção de discricionariedade do gestor público e de seu respectivo controle jurisdicional se impõe.

Quer para Hart, que considera que a discricionariedade “ocupa um lugar intermediário entre as escolhas ditadas por caprichos puramente pessoais ou momentâneos e aquelas que são feitas para dar efeito a métodos claros para alcançar objetivos claros ou para conformar-se a regras cuja aplicação ao caso particular é óbvia” (HART, 2013, p. 658, tradução nossa¹⁵), quer para Binenbojm, para quem a discricionariedade “deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador [...], a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa” (BINENBOJM, 2005, p. 5), o fato é que a tradicional dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário e suas respectivas formas de controle, deixa de fazer sentido quando se pensa em vinculação à juridicidade, na necessidade de construção argumentativa das decisões (legislativas, executivas e judiciais) e na consideração das capacidades institucionais de cada um dos órgãos envolvidos na construção e implementação das políticas públicas.

Em assim sendo, ao invés de se definir, a priori, como deve ser a sindicabilidade judicial dos atos dos demais Poderes da República, a depender de suas classificações como vinculados ou discricionários, a dinâmica atual – sobretudo de indeterminação normativa – demanda que o controle e a respectiva deferência aos atos controlados sejam fundados em uma “dinâmica distributiva funcionalmente adequada de tarefas e responsabilidades entre Administração e Judiciário, que leve em conta a específica idoneidade

¹⁵ No original: “It seems to me then that discretion occupies an intermediate place between choices dictated by purely personal or momentary whim and those which are made to give effect to clear methods of reaching clear aims or to conform to rules whose application to the particular case is obvious.”

(de cada um dos Poderes) em virtude da sua estrutura orgânica, legitimação democrática (...) etc” (BINENBOJM, 2005, p. 9).

Para além da questão da legitimidade democrática, a intervenção do Judiciário nas políticas públicas é quase sempre acompanhada por críticas de ordem técnica e financeira. Ambas se apoiam no fato de que falta aos julgadores expertise tanto para lidar com as matérias específicas sujeitas à regulação do Executivo, quanto com o intrincado orçamento público. Ao mesmo tempo, rememore-se que enquanto Legislativo e Executivo atuam a partir de perspectivas universais e generalistas no tocante ao planejamento das políticas públicas, ao Judiciário, ainda que em ações coletivas – e muito mais nas individuais, é revelada apenas uma parcela do problema público, cuja identificação é a primeira fase do ciclo das políticas públicas (SECCHI, 2012, p. 34), sobre o qual se debruçam os gestores governamentais.

O escrutínio judicial, deve, então, se aprofundar sobre uma grande reflexão oriunda da teoria das capacidades institucionais: qual a melhor instituição, dentre as alternativas disponíveis, para resolver determinado problema? Não se trata, no ponto, de se perguntar "como, em princípio, um texto deve ser interpretado?", mas sim "como certas instituições, com suas capacidades e limitações distintas, devem interpretar certos textos?" (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 886, tradução nossa¹⁶)

Nessa perspectiva, soaria, no mínimo, incongruente, a realização de um “controle jurisdicional forte” (FONTE, 2015, p. 348), que aniquila a discricionariedade da Administração Pública, em matérias de alta complexidade técnica e/ou de grande indeterminação/incerteza fática. No primeiro caso, faltarão expertise ao Judiciário. No segundo, por uma questão de legitimidade democrática, quando os fatos não estão claros, sua valoração e, por consequência, as decisões a seu respeito, devem ser feitas política, e não judicialmente (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 887).

Como dito acima, essa situação se agrava especialmente quando as decisões judiciais são amparadas em termos normativos com alto grau de indeterminação. Sundfeld sustenta, a propósito, que ao deliberar com base em princípios, “o juiz tem de suportar o ônus da competência e o ônus do regulador” (SUNDFELD, 2017, p. 206):

Em suma, o juiz tem de suportar o ônus de legitimar a própria competência. Meu argumento é que para justificar a intervenção judicial não basta a invocação de princípios jurídicos - mesmo daqueles que asseguram direitos

¹⁶ No original: “The central question is not "how, in principle, should a text be interpreted?" The question instead is "how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?"”.

fundamentais - e o reconhecimento de sua pertinência ao caso em julgamento. É preciso que o juiz reflita e decida expressamente sobre o problema preliminar de sua legitimação, examinando, inclusive, as possíveis consequências negativas e positivas de sua intervenção na matéria, em lugar do legislador ou do administrador. (SUNDFELD, 2017, p. 220)

Por essas razões, ao Judiciário, quando chamado a avaliar políticas públicas, não cabe determinar a interpretação/atuação que considera ideal por parte do Executivo e do Legislativo, mas sim definir os limites de um espaço político a partir do qual os órgãos estatais encarregados da política possam selecionar sua interpretação preferida, balizada por critérios técnicos devidamente justificados. A propósito, Givati e Stepherson assim colocam o assunto: “a obrigação do tribunal de revisão não é determinar a melhor interpretação do significado estatutário, mas sim definir os limites de um espaço político a partir do qual a agência pode selecionar sua interpretação preferida.” (GIVATI; STEPHERSON, 2011, p. 86, tradução nossa¹⁷)

Se, de um lado, as decisões judiciais têm o potencial de promover a desorganização administrativa e alterar os rumos de execução das políticas públicas conforme definidas pelo Poder Executivo, o excesso de demandas judiciais pode inviabilizar a atuação tempestiva e eficaz do Poder Judiciário. É relevante, portanto, o encontro do equilíbrio na atuação institucional, sem o qual são geradas “profundas crises de identidade e efetividade entre os Poderes do Estado, assim como déficits de fidedignidade da sociedade e do mercado em relação a eles.” (LEAL, 2021, p. 120).

A inevitabilidade das tensões que circundam o relacionamento institucional reforça tanto o fato de que o “respeito entre os poderes é um conceito chave na definição de *“deference”*, especialmente importante agora, neste momento de pandemia” (ARRUDA, 2020, p. 218), quanto a necessidade de ampliação da discussão sobre os espaços de decisão sobre as políticas públicas.

A propósito, ainda no início de 2020, o então presidente do STJ, ministro João Otávio de Noronha, cuja gestão foi de agosto de 2018 a agosto de 2020, reforçou a necessidade de diálogo entre Poderes, de mais respeito às decisões dos administradores públicos e de menos judicialização no contexto pandêmico, em clara alusão à possibilidade de adoção de técnicas de diálogos intra e extraprocessuais.

¹⁷ No original: “[...] the reviewing court’s obligation is not to ascertain the best point estimate of statutory meaning but rather to define the bounds of a policy space from which the agency can select its preferred interpretation”

Na ocasião, ao defender uma “intervenção mínima” do Judiciário, o ministro ressaltou a necessidade de preservação da “competência do Poder Executivo em níveis nacional, estadual e municipal para definir como será a gestão da crise [sanitária]” (STJ, 2020a).

O segundo presidente do Tribunal a enfrentar o cenário pandêmico, ministro Humberto Martins, cuja gestão foi de agosto de 2020 a agosto de 2022, também se pronunciou no mesmo sentido de uma postura de autorrestrição em relação à administração pública, reforçando a “necessidade da união das instituições democráticas do país” (STJ, 2020b).

Ainda que ambas as falas tenham ocorrido em momentos de representação institucional e fora de autos processuais, as declarações dos dois ministros que assumiram a presidência do STJ no contexto pandêmico podem ser classificadas como exemplos de ‘deferência pelo discurso’, um dos critérios cunhados por Jordão e Cabral Junior – e utilizados para analisar as decisões nos próximos capítulos, de acordo com o qual os julgadores se valem de argumentos sobre a separação dos Poderes para justificar uma postura deferencial.

Como será visto adiante, embora esse padrão discursivo esteja refletido na argumentação utilizada pela Presidência do STJ ao decidir as ações que questionam as políticas públicas de enfrentamento à pandemia, nem sempre espelha a postura judicante dessa própria Presidência que, com frequência, realiza avaliação substancial das decisões administrativas oriundas dos Poderes Executivos nacionais.

Interessante notar como essa postura de autorrestrição e de estímulo aos diálogos institucionais é salutar no ambiente democrático, em que outros Poderes se utilizam do Judiciário para provocar a inserção de assuntos na agenda e ampliar os espaços de disputa.

Ainda que as decisões objeto da análise do presente trabalho sejam mais bem detalhadas nos próximos capítulos, pela exata pertinência, não há como deixar de citar, neste momento, a concertação ocorrida em torno do Mandado de Segurança n. 27.945/DF, impetrado pelo Distrito Federal em julho de 2021, no auge da discussão sobre a distribuição de vacinas contra a Covid-19 pela União para os demais entes federados.

Na disputa pela ampliação da cobertura vacinal e pelo atingimento do maior público possível, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios travaram batalhas com o Executivo Federal questionando os critérios utilizados pelo Ministério da Saúde para definir a quantidade de doses que seria enviada a cada um dos entes.

Em meio a essa querela, o Distrito Federal impetrou o *mandamus* em questão apontando erros na projeção de doses em relação à real necessidade da população, sustentando, em síntese,

que o cálculo de doses deveria considerar, também, o contingente populacional que não reside na capital federal, mas que utiliza os serviços de saúde em Brasília.

Antes de qualquer análise liminar, o ministro Vice-Presidente do STJ, que estava no exercício da Presidência em virtude do recesso judiciário, determinou a oitiva da autoridade coatora (Ministro da Saúde). Nesse ínterim, antes mesmo da prestação das informações, o próprio Ministério da Saúde sinalizou que aumentaria as doses enviadas ao Distrito Federal e, então, o impetrante (Distrito Federal) peticionou desistindo do Mandado de Segurança (SCHWINGEL, 2021).

Tais fatos podem levantar uma série de questionamentos e, especialmente para os fins desse trabalho, saltam as seguintes reflexões: em que medida o Mandado de Segurança foi utilizado como mais um instrumento de pressão política para o atingimento do objetivo do impetrante? A postura do Tribunal, de oportunizar a oitiva do impetrado antes da análise do pedido liminar, se tratou de estratégia decisória que dividiu o custo da decisão, estimulando o diálogo institucional? Como esse caso deve ser situado no espectro da deferência?

No particular, é útil a reflexão de Thamy Pogrebinski, de acordo com a qual aceitar a irreversibilidade do fato de a discussão política ser, também, exercida judicialmente significa, a um só tempo, aprofundar o debate a respeito da representatividade política no atual modelo democrático e abrir espaço para sua compreensão (POGREBINSCHI, 2012, p. 175).

Também sobre o Judiciário como instância política, Han Hirschl recorda que

[...] em numerosos países ao redor do mundo tem havido uma crescente deferência legislativa ao Judiciário, uma crescente intrusão do Judiciário em prerrogativas de legislaturas e executivos, e uma correspondente aceleração do processo por meio do qual agendas políticas têm sido judicializadas. Juntos, tais desenvolvimentos contribuíram para a crescente confiança em meios judiciais para clarificar e resolver controvérsias morais fundamentais e questões políticas altamente controversas, transformando tribunais superiores nacionais em importantes órgãos de decisões políticas. (HIRSCHL, 2009, p. 163)

Partindo dessa lógica, como esquematizar as análises a respeito da postura deferencial do Judiciário? Para Jeff A. King, o fato é que qualquer teoria a respeito da deferência e que pretenda organizar princípios de autocontenção, deve, além de variar a depender do assunto analisado (área do direito), compor uma lista de princípios aberta à revisão, não podendo ser exaustiva. (KING, 2008, p. 435).

Em várias ocasiões o Judiciário já se debruçou sobre o assunto, notadamente buscando a construção de critérios para a solução judicial em casos em que se litiga sobre o direito à saúde.

Em 2009, no pioneiro julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a existência de política estatal que abrangesse o pleito, a ocorrência ou não de omissão legislativa ou administrativa e a eventual experimentalidade dos tratamentos postulados, foram cunhados como critérios de essencial análise nos casos de judicialização do direito à saúde.

De lá para cá, várias nuances¹⁸ do assunto foram abordadas em sede de repercussão geral, no STF, e de recursos repetitivos, no STJ. E, por mais que se deseje que um eventual julgamento ‘pacifique’ a questão, para utilizar um jargão jurídico, a fluidez e a complexidade dos temas impedem a construção de um rol exaustivo de situações em que há de se aplicar maior ou menor deferência aos atos do Legislativo e do Executivo. Ao revés, a composição de interesses e o diálogo institucional permanente, despontam como as melhores alternativas em um ambiente democrático.

A propósito, o relatório do CNJ intitulado “Judicialização e Sociedade: ações para acesso à saúde pública de qualidade”, que apresenta “informações sobre os desafios de atendimento às demandas por saúde pela população que acaba por recorrer ao Poder Judiciário de modo a subsidiar de dados quantitativos e qualitativos o Plano Nacional para o Poder Judiciário” (CNJ, 2021a), trouxe excelentes indicativos sobre como o relacionamento institucional entre os Poderes pode ser aprimorado por intermédio do diálogo extraprocessual.

Por meio do preenchimento de questionários eletrônicos por parte de Tribunais, Magistrados e Órgãos Gestores das Unidades Federativas, todos esses atores foram perguntados sobre as iniciativas tomadas por cada um deles para fazer frente aos impactos da situação de emergência de saúde pública ocasionada pelo coronavírus.

No contexto pandêmico, 57,1% dos Estados, 65,9% dos Municípios e 46,7% dos Tribunais declararam terem constituído instâncias de cooperação intersetorial para discussão pré-processual nas demandas de saúde (CNJ, 2021a, p. 109). Embora tímidos, os números demonstram a disposição de articulação institucional que permeia os órgãos envolvidos nas demandas sanitárias atuais.

¹⁸ Para um maior detalhamento, consultar DUARTE; VIDAL, 2022.

Se a tônica colaborativa pode ser a chave para o estreitamento de relações institucionais e a diminuição, tanto da judicialização, como de seus impactos orçamentários, como tornar realidade o equilíbrio dinâmico entre a deferência e a intervenção nas políticas públicas por parte do Judiciário? A esse respeito serão as próximas reflexões.

1.3 Deferência e ativismo na judicialização de políticas públicas: uma aporia?

A judicialização da política é fato consumado no Brasil (e no mundo) há décadas. Mais acentuadamente, desde a Constituição Federal de 1988, “que cuida de uma grande diversidade de matérias que, na maioria dos países, é deixada para a lei e para o processo político majoritário” (BARROSO, 2018, p.5). Por meio desse fenômeno, “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário” (BARROSO, 2020, p. 430).

Partindo desse pressuposto fático, a presente pesquisa testará, como dito anteriormente, duas hipóteses alternativas: a postura do STJ na análise das políticas públicas de combate à Covid-19 é marcada pelo ativismo ou pela autocontenção?

Antes de tudo, é relevante, portanto, refletir sobre esses conceitos antitéticos e de difícil definição.

Em comum, ambos podem ser tidos como formas de compreender a função jurisdicional, além de serem estratégias de tomada de decisão e, também, técnicas decisórias.

A qualificação de uma atuação judicial como ativista traz consigo, não raramente, a pecha valorativa de uma postura que ultrapassa os limites do exercício da revisão judicial, ingressando em atribuições, em tese, destinadas aos outros Poderes da República; já a deferência, pode ser vista ora como como sinônimo de negligência no controle contramajoritário e de mera aquiescência com as decisões dos outros Poderes, ora como uma postura desejável a partir da perspectiva de separação de Poderes.

Essa lógica de catalogação paradoxal, todavia, não se sustenta:

Uma vez que abandonamos a noção de que autocontenção é sinônimo de bondade na tomada de decisões judiciais e ativismo judicial de maldade, torna-se evidente que a escolha de um juiz de onde se posicionar nesse eixo

dependerá da situação histórica particular em que o juiz se encontra. (POSNER, 1983, p. 14, tradução nossa¹⁹)

A despeito de ressaltarem a existência de ressalvas sobre a correção do termo, Ingo Sarlet, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni afirmam que o “ativismo judicial” é fenômeno que permite verificar “o quanto cada vez mais aparentemente menos se leva em conta o princípio da conformidade funcional, especialmente no que diz com a ampla intervenção do Poder Judiciário [...] em relação aos atos (e omissões) do Poder Executivo.” (SARLET; MITIDIERO; MARINONI, 2020, p. 238-239)

Para Lima (2013, p. 148), o ativismo judicial pode ser definido partindo-se de três perspectivas gerais: partidário-ideológica, metodológico-interpretativa e institucional. Na primeira, destaca-se o “uso da função jurisdicional para favorecer as causas e questões relativas às simpatias políticas dos magistrados” (p. 151). Na segunda, o ativismo no processo decisório se caracterizaria pela “inovação na ordem jurídica” e “pelo distanciamento dos cânones de interpretação consolidados” (p. 158). Por fim, haveria ativismo institucional ou contramajoritário quando averiguada imposição, pelos juízes, de “suas preferências aos representantes eleitos e demais instâncias de poder, em detrimento da distribuição normativa de competências” (p. 164).

Já a deferência, como visto nos subtítulos anteriores, parte da concepção de respeito às decisões de outros agentes públicos, transitando entre o exercício institucional contramajoritário esperado do Poder Judiciário e o reconhecimento de um espaço de liberdade e de conformação das instâncias eleitas para a realização das escolhas públicas.

Sobre a conceituação, é importante notar que não se pode falar em ativismo a partir de uma compreensão de Direito que sustente que o sistema jurídico é permeado de indeterminação, como lembra Manuel Atienza:

[...] a noção de ativismo judicial só faz sentido em relação às concepções de direito que sustentam alguma modalidade da tese da resposta correta ou, dita em termos negativos e talvez mais exatos, que não aceitam a tese de que o Direito é radicalmente indeterminado. Ou seja, se o material normativo que um juiz deve “aplicar” é completamente maleável (e/ou, em relação às questões fáticas, não existe uma realidade objetiva, mas “fatos” são sempre fatos construídos), então também não se pode falar em ativismo judicial,

¹⁹ No original: “Once we abandon the usage in which self-restraint is a synonym for goodness in judicial decision-making, and judicial activism for badness, it becomes apparent that whether history will commend a judge's choice of where to locate on that axis will depend on the particular historical situation in which the judge finds himself.”

simplesmente porque a noção de “resposta correta” e de respeitar ou não os “limites” estabelecidos pela autoridade não fazem sentido. (ATIENZA, 2019, p. 4-5, tradução nossa²⁰)

Para além de eventuais juízos valorativos e de esforços conceituais, a categorização de decisões judiciais como ativistas ou autocontidas remete a tentativas de compreender a postura judicante. No que pertine ao presente trabalho, um dos desafios é como operacionalizar esses conceitos e torná-los aferíveis a partir dos achados empíricos.

Não se trata, em absoluto, de tomar partido por um ou outro ‘lado’, nem de prever o fim da revisão judicial em prol de uma supremacia legislativa, como conjectura Vermeule (2002), mas de vislumbrar a possibilidade de estabelecimento de critérios mais objetivos e universalizáveis para a avaliação que o Judiciário faz das políticas públicas engendradas pelo Legislativo e pelo Executivo.

Tais critérios podem até serem mais facilmente identificáveis em algumas situações, o que certamente não ocorre “naqueles casos em que o próprio texto da Constituição - pela sua abertura semântica -, comporta leituras que, embora distintas, são igualmente defensáveis ou plausíveis” (COELHO, 2011, p. 481-482)

Mencione-se, também, que, por definição, todas as acepções de ativismo, deferência e autocontenção são teóricas e, ousa-se dizer, aporéticas. A inconclusão dos conceitos e o alto nível de incerteza a respeito a aplicabilidade concreta de seus sentidos, nos confronta com uma impossibilidade, em nível objetivo, de concluir se determinada decisão se demonstrou como ativista ou autocontida a partir de um parâmetro pré-definido. Por tais razões, será útil, para a presente pesquisa, tangenciar os conceitos, evitar uma tentativa de sua definição objetiva (categórica) e focar na construção de diretrizes que possam nortear avaliações a respeito da postura do Judiciário *in concreto* quando confrontado com a análise de políticas públicas.

A perspectiva da argumentação jurídica pode, *a priori*, intermediar a disputa entre as posturas ativistas e autocontidas, exigindo que o magistrado, independentemente da técnica decisória adotada, justifique juridicamente suas posturas e “leve a sério a obrigação de fundamentar suas decisões” (ATIENZA, 2014, p. 21).

²⁰ No original: “[...] la noción de activismo judicial sólo tiene sentido en relación con las concepciones del Derecho que sostengan alguna modalidad de la tesis de la respuesta correcta o, dicho en términos negativos y quizás más exactos, que no acepten la tesis de que el Derecho está radicalmente indeterminado. O sea, si el material normativo que supuestamente tiene que “aplicar” un juez es completamente maleable (y/o, en relación con las cuestiones fácticas, no existe algo así como una realidad objetiva, sino que los “hechos” son siempre hechos contruidos), entonces no se puede hablar tampoco de activismo judicial, simplemente porque la noción de “respuesta correcta” y de respetar o no los “límites” establecidos por la autoridad carecen de sentido.”

Frise-se, também, como será mais bem explorado no próximo capítulo, que a ausência de definição das expressões ativismo e autocontenção, ao invés de ser vista como uma fraqueza no campo de estudo, pode, com base, por exemplo, na Teorização Fundamentada nos Dados²¹, representar um instigante fio condutor na análise das decisões judiciais, a partir, inclusive, da possibilidade de criação de categorias investigação específicas para o objeto estudado.

No ponto, apesar dos esforços conceituais, a ausência de indicativos claros sobre quais aspectos, em uma decisão judicial, devem ser analisados com o fim de se concluir pelo grau de “preservação” da discricionariedade do administrador público e, por consequência, do grau de ativismo ou da autocontenção judicial, abre um flanco de definições estipulativas, para o fim do presente trabalho.

A propósito dessas tentativas de esquematizar parâmetros de aplicação do princípio da deferência, Medeiros afirma que a recomendação de que os magistrados adotem uma postura de autocontenção ao se depararem com interpretações administrativas razoáveis, ainda que delas discordem, “será tanto mais forte quanto maior for o grau de (i) complexidade técnica ou (ii) dimensão política do ato, (iii) da competência discricionária concedida ao gestor no caso concreto ou (iv) de indeterminação do texto da norma que embasou o ato.” (MEDEIROS, 2020, p. 218)

Jordão e Cabral Junior, por sua vez, classificaram os dados obtidos em pesquisa empírica, que avaliou a deferência em decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, segundo os seguintes parâmetros: (i) discurso de deferência, por meio do qual analisaram os argumentos utilizados nas decisões judiciais a respeito das ideias de separação dos Poderes e de autorrestrição em relação à administração pública; (ii) deferência pelo resultado, que considerou se a solução judicial manteve, anulou ou suspendeu a decisão administrativa controlada e (iii) deferência pela amplitude do controle, de acordo com a qual avaliou-se se as decisões consideravam apenas aspectos procedimentais dos atos controlados ou se realizavam “controle substantivo” sobre a questão em julgamento. (JORDÃO; CABRAL JUNIOR, 2018, p. 550-551)

²¹ Como será visto no próximo capítulo, a Teorização Fundamentada nos Dados - TFD, teoria de autoria de Ricardo Cappi, “constitui um método de análise de matérias essencialmente qualitativas” e, notadamente, de matérias como a que é objeto desse trabalho, que não contam com descrições objetivas a respeito dos seus principais conceitos, *in casu*, ativismo e autocontenção. Na TFD é “necessário alternar, de maneira repetida e flexível, a observação dos dados empíricos e a formulação de enunciados teóricos, tornando-se estes sempre mais gerais e abstratos, no decorrer deste processo de mão dupla. Pode-se afirmar, contudo, que se trata de um procedimento de tipo circular, em que se passa continuamente dos dados aos conceitos, e vice-versa, sem ser possível separar claramente as duas operações em constante interação.” (CAPPI, 2017, p. 404).

Em adição ao que já foi dito nos primeiros subitens deste capítulo, notadamente sobre a contingência dos conceitos de ativismo e autocontenção, uma vez que se depende dos contextos para a correta compreensão e avaliação de cada caso, assim se manifestaram Jordão e Cabral Junior:

A verificação empírica e a mensuração da deferência judicial, no entanto, envolvem dificuldades não negligenciáveis. Em primeiro lugar, porque a definição de uma postura intrusiva ou deferente requer a avaliação de variáveis complexas e multifacetadas. A intensidade do controle a ser aplicado a uma decisão administrativa concreta envolve uma série de considerações subjetivas e até mesmo políticas, tanto dos tribunais em si como dos demais atores envolvidos nesta decisão, cuja conversão em dados objetivos se revela uma tarefa tormentosa.

Em segundo lugar, porque não há, no direito brasileiro, uma orientação jurisprudencial clara sobre o assunto, a servir de baliza para a mensuração da postura deferencial. (JORDÃO; CABRAL JUNIOR, 2018, p. 543)

O que parece estar mais consensuado, no ponto, é que a noção de deferência judicial ao ato técnico da administração pública não opera como um critério binário que permita classificar as decisões como ‘deferentes’ ou ‘não deferentes’, mas sim como uma noção gradual, que revela a existência de níveis, espectros ou matizes de deferência nos pronunciamentos judiciais.

Esses níveis, por sua vez, imagina-se estarem intrinsecamente ligados a certos indicadores do processo de tomada de decisão que culminou no ato legislativo ou executivo analisado pelo Judiciário, a exemplo das motivações, das adversidades e das composições necessárias no momento da formulação da política pública, da razoabilidade do pronunciamento administrativo, da coerência do ato analisado se comparado com posicionamentos pretéritos da administração, das análises de conjuntura e de impacto feitas pelo órgão emissor e da consideração da maior gama possível de argumentos e aspectos envolvidos na decisão.

Sobre isso, uma mudança paradigmática a respeito da atuação jurisdicional se opera quando passamos a compreender que ao Judiciário não cabe (apenas) uma atuação no sentido de anulação dos atos dos demais Poderes, mas, sobretudo, de “estipular os critérios para distinguir a ação abusiva da não abusiva” (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 65) e de devolver aos órgãos elaboradores da política pública os ônus de justificarem as avaliações de custo-benefício por eles realizadas durante a construção da política pública (ROSE-ACKERMAN, 1998, p. 367).

A propósito, Atienza traça algumas diretrizes para a avaliação prática do ativismo:

o juízo do ativismo (entendido em termos desqualificantes) não pode abstrair do meio social e do meio jurídico como um todo em que a atividade judiciária está inserida. Não é o mesmo que o juiz opere em sociedades bem organizadas, com instituições jurídicas fortes, nas quais há outras instâncias - além da judiciária - encarregadas da defesa dos direitos fundamentais, e, caso não seja assim, que a alternativa à ação judicial é simplesmente o abandono dos indivíduos em relação à proteção de seus direitos. O caso recordado das ações do Tribunal Constitucional da Colômbia constitui, me parece, um bom exemplo deste último: o que é aceitável em um país como a Colômbia certamente não seria se fosse um juiz (em alguns casos mais ou menos semelhante) de um país como a Alemanha. E a segunda circunstância que deve ser levada em conta é o nível que o juiz ocupa na pirâmide judicial. Assim, parece razoável considerar que o alcance da discricionariedade dos juízes constitucionais ou supremos deve ser mais amplo do que se fossem juízes ordinários (que devem ser deferentes não apenas em relação à Constituição e às leis, mas também em relação às decisões dos órgãos judiciários que ocupam lugares mais altos na estrutura piramidal). (ATIENZA, 2019, p. 8-9, tradução nossa²²)

No extremo oposto, Jeff A. King defende a existência de princípios de autocontenção por meio dos quais compete aos julgadores avaliar (i) o efeito de seus pronunciamentos sobre terceiros que não fazem parte da demanda judicial, (ii) a capacidade institucional do próprio Judiciário para avaliar questões de algo grau de tecnicidade, (iii) os impactos resultantes de eventual restrição da atuação dos demais Poderes e (iv) a legitimidade democrática do Poder Judiciário²³.

²² No original: “el juicio de activismo (entendido en términos descalificatorios) no puede hacer abstracción del medio social y el medio jurídico en su conjunto en el que se inserta la actividad judicial. No es lo mismo que el juez opere dentro de sociedades bien organizadas, con una institucionalidad jurídica fuerte, en la que existen otras instancias – aparte de la judicial- encargadas de la defensa de los derechos fundamentales, a que no sea así, y la alternativa a la actuación judicial sea simplemente el desamparo de los individuos en relación a la protección de sus derechos. El caso recordado de la actuación del Tribunal Constitucional de Colombia constituye, me parece, un buen ejemplo de esto último: lo que resulta aceptable en un país como Colombia, seguramente no lo habría sido si se tratase de un juez (en algún caso más o menos semejante) de un país como Alemania. Y la segunda circunstancia con la que se debe contar es el nivel que ocupe el juez en la pirámide judicial. Así, parece razonable considerar que el ámbito de discrecionalidad de los jueces constitucionales o supremos ha de ser más amplio que si se trata de jueces ordinarios (que han de ser deferentes no solo en relación con la Constitución y con las leyes, sino también en relación con las decisiones de los órganos judiciales que ocupan lugares más altos en la estructura piramidal).”

²³ No original: “In my view, an institutional approach, given all that has been noted so far, would commend the consideration of at least four general principles of restraint: polycentricity (concerning the nature of the effect of the judgment on unrepresented third parties); expertise (concerning the ability of courts to assess particular evidence, estimate the impact of the judgment or question the views of another official); flexibility (concerning the judicial imposition of finality or fettering of an area of administrative or legislative decision-making); and democratic legitimacy (concerned with the problem of legitimacy in the face of judicial fallibility and reasonable disagreement about morality and rights). I do not propose to expound these principles here, but rather turn to an

Para ele, esses princípios de autocontenção devem ser aplicados sempre que os julgadores se depararem, na resolução de um caso, com normas jurídicas que permitam o exercício de uma discricção judicial significativa e, ao mesmo tempo, a solução do litígio tenha potencial de impactar para além das partes e haja incerteza quando aos fatos ou princípios morais relevantes (KING, 2008, p. 438).

Uma última palavra sobre a aplicabilidade dos conceitos de ativismo e autocontenção no contexto pandêmico, objeto desse trabalho, é necessária.

Em virtude da situação de calamidade sanitária provocada pela pandemia de Covid-19, é impossível não ter em conta a possibilidade de os achados empíricos da presente pesquisa se conectarem com a lógica da chamada “jurisprudência da crise”. Para Andréa Magalhães, trata-se do “conjunto de precedentes em que o Poder Judiciário aprecia a constitucionalidade de medidas de austeridade” e, em sentido amplo, como “o rearranjo jurídico necessário para responder às demandas que surgem em razão da realidade crítica” (MAGALHÃES, 2017, p. 9).

Como ressalta Vermeule, em situações de emergência, a deferência judicial para com os atos do Poder Executivo é eminentemente pragmática, uma vez que “mesmo que os juízes estejam céticos de que a informação do executivo é realmente superior [...], eles estão cientes de sua própria falibilidade e temem os danos à segurança nacional que possam surgir se anularem erroneamente as políticas executivas” (VERMEULE, 2008, p. 1135, tradução nossa²⁴).

Nessa perspectiva, como será visto nos próximos capítulos, é comum que o Judiciário se valha de um repertório de ações e de estratégias decisórias que visam a dividir os custos da decisão, a exemplo da realização de diálogos institucionais, como supostamente vimos no Mandado de Segurança n. 27.945/DF, acima comentado:

Com base na teoria dialógica, o Judiciário pode propositalmente transferir aos demais poderes parte dos custos de decisão e de erro. É uma postura pragmática que aproveita as capacidades institucionais de cada poder. Sem necessariamente adotar uma postura passiva, o Judiciário enfrenta a questão,

apology for not doing so. Perhaps the greatest need in this field is for the refinement of the principles and factors of restraint that have so far been proposed. It is necessary that we unpack such ideas if they are to serve as guiding standards. If they remain so vague, it is not clear that we have in fact lessened the problem of excessive judicial discretion. The more concrete they are, the better we can structure judicial discretion and direct argument to the crucial issues”

²⁴ No original: “Even if the judges are skeptical that the executive's information really is superior, [...] they are aware of their own fallibility and fear the harms to national security that might arise if They erroneously override executive policies.”

mas, sabedor de suas limitações técnicas, cria incentivos para que os outros agentes contribuam para solucionar o caso (MAGALHÃES, 2017, p. 42)

Não há, em particular, nenhum demérito nessa atuação. Pelo contrário. Os achados empíricos a respeito podem, inclusive, apontar para uma direção que amplie o relacionamento institucional entre os Poderes da República e fortaleça o encontro de soluções conjuntas não apenas em situações limítrofes, como a atual pandemia, mas também nas análises em geral feitas pelo Poder Judiciário a respeito das políticas públicas. Passa-se, então, à empiria.

1.4 Conclusões parciais

O presente capítulo se debruçou sobre questionamentos e reflexões a respeito dos principais conceitos que suportarão as análises empíricas realizadas a seguir, quais sejam, as definições de deferência, autocontenção, ativismo judicial e políticas públicas.

Se a importância de respeito à política legislada é uma premissa, a partir da lógica da teoria das capacidades institucionais, o controle exercido pelo Judiciário também é característica estruturante de uma sociedade democrática.

Deixando de lado a ingenuidade de supor que o relacionamento institucional entre os Poderes da República será sempre pautado pela clareza das respectivas atribuições que lhes são conferidas pelo texto constitucional, é útil pensar que tanto a avaliação retrospectiva do processo de construção das políticas públicas, quanto um olhar prospectivo e consequencialista das decisões judiciais, são critérios fundamentais no equilíbrio entre os Poderes e no encontro da melhor alternativa de avaliação das escolhas públicas.

Compreendendo a deferência como uma postura de respeito às escolhas dos agentes públicos, desde que representem uma acomodação razoável das possibilidades que estavam ao seu alcance, no próximo capítulo serão esmiuçados os indicadores a serem utilizados na análise das decisões objeto do estudo, bem como justificadas as escolhas metodológicas realizadas ao longo desse trabalho.

CAPÍTULO 2 - INDICADORES DE DEFERÊNCIA: ESCOLHAS METODOLÓGICAS E PARÂMETROS DE ANÁLISE

Realizado o devido acordo semântico sobre os conceitos estruturantes da presente pesquisa, é hora de construir as bases para a busca das decisões que serão analisadas.

Compreendendo a pesquisa empírica como aquela que parte da “observação de fatos existentes no mundo e busca formular explicações que sejam compatíveis com essas observações” (COSTA; HORTA; FULGÊNCIO, 2021), o presente estudo assim se qualifica, uma vez que a análise das decisões judiciais do STJ permitirá concluir se o Tribunal tem sido deferente ou intrusivo no tocante às políticas públicas de enfrentamento à Covid-19.

No ponto, passando ao largo da discussão sobre a (in)existência de traço empírico nas pesquisas de jurisprudência²⁵, ressalta-se que a presente investigação não se reduz a uma coletânea ou a um levantamento de dados jurisprudenciais. Esses dados são pressupostos tanto da análise do perfil decisório do STJ sobre as políticas públicas de enfrentamento à pandemia, quanto da aplicação de um modelo teórico de deferência às decisões do STJ e, como se verá a seguir, diante da insuficiência de categorias para a análise da deferência em tribunais superiores, este trabalho inclui a criação de novos modelos classificatórios que sejam aptos a respaldar as conclusões a respeito dos achados empíricos.

De início, a construção da base de dados passa pela realização de uma série de definições metodológicas, a exemplo da escolha da jurisdição, das classes processuais, do recorte temporal e dos critérios que serão utilizados para o resgate dos julgados a serem estudados, o que será explorado no subtítulo 2.1.

Posteriormente, se fez necessário um trabalho de refinamento da base de decisões judiciais que serão examinadas, uma vez que a inexistência de nomenclatura uníssona para o objeto estudado impede o resgate dos julgados por meio da simples indicação de palavras-chave na barra de pesquisa de jurisprudência disponível no site do STJ. Ainda sobre o refinamento, no subtítulo 2.2 justifica-se a necessidade de armazenamento das decisões em um formato amigável à pesquisa empírica quanti e qualitativa ora realizada.

²⁵ Essa discussão, embora tenha ganhado relevo há alguns anos, vem perdendo protagonismo atualmente. Paulo Eduardo Alves da Silva, por exemplo, a qualifica como inútil e equivocada. “Inútil porque a categorização de uma pesquisa como empírica ou não empírica diz muito pouco sobre a sua qualidade ou seu valor intrínseco. Uma abordagem não é, em si, melhor ou pior do que outra, mas mais ou menos adequada ao problema e ao objeto de pesquisa. Equivocada porque, essencialmente, o que caracteriza uma abordagem como empírica não é a fonte ou a técnica adotada, mas a natureza do objeto e a perspectiva adotada pela investigação. Determinados problemas sugerem abordagem empírica e outros sugerem abordagem bibliográfica”. (SILVA, 2017, p. 281).

Por fim, no subtítulo 2.3, rememorou-se os conceitos principais da pesquisa e justificou-se a escolha de um modelo de classificação e análise já existente, derogado pela criação de categorias mais aderentes ao objeto pesquisado.

O detalhamento dessas etapas será descrito a seguir.

2.1 A escolha da jurisdição e das classes processuais, o recorte temporal e os critérios de busca

O ajuste entre a pergunta feita e a pergunta respondida pela pesquisa é de suma importância. Levantar questões com hipóteses que não podem ser observáveis diretamente, que contém conceitos imprecisos ou sem um acordo semântico prévio pode gerar, para além do descrédito dos resultados, perda de tempo para todos os envolvidos.

A partir dessas premissas, o esforço inicial para a construção do banco de dados a ser analisado teve como foco primário a busca para a resposta da seguinte pergunta: quais decisões devem ser analisadas para averiguar se o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19, é deferente ou intrusivo nas escolhas dos Poderes Executivos nacionais?

A construção teórica do capítulo precedente embasará, como será visto a seguir, as escolhas metodológicas qualitativas, que permitirão concluir a respeito dos matizes de deferência em cada uma das decisões judiciais analisadas.

Resta, portanto, construir critérios para definir e resgatar quantas e quais seriam essas decisões objeto da pesquisa.

De saída, a escolha pelo Superior Tribunal de Justiça foi evidente. Como servidora da casa, atuo cotidianamente com a análise jurisprudencial e com a confecção de minutas de decisões e votos, especificamente na área de Direito Público. Enquanto discente do Mestrado em Direito, Regulação e Políticas Públicas, aprovada na linha de pesquisa de Políticas Públicas, a aplicação de metodologias válidas cientificamente me conduzirá a conclusões dignas de fidedignidade e impeditivas de reforço de um eventual viés de confirmação.

A opção por analisar as decisões do STJ também se justifica por outro motivo: o ineditismo da pesquisa. No intuito de avaliar, de forma ampla e sem recortes regionais, a postura do Poder Judiciário quando chamado a decidir sobre as políticas públicas de enfrentamento à

Covid-19, impõe-se o estudo da jurisprudência dos órgãos de cúpula que lidam com a matéria, quais sejam, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

É fato que o STF teve papel central na produção jurisprudencial pandêmica, notadamente por conta de sua competência originária para processar o julgar os conflitos federativos (art. 102, I, *f*, da Constituição Federal), o que incluiu os inúmeros debates sobre as responsabilidades na condução da pandemia pelos governos municipais, estaduais, distrital e federal e o paradigmático julgado na ADI n. 6.341²⁶, na qual o STF reafirmou a competência comum dos entes federados para a adoção de medidas sanitárias de combate à pandemia.

Além disso, o Supremo é o Tribunal mais estudado no país²⁷. Inúmeros artigos e pesquisas – algumas delas, inclusive, citadas nesse trabalho, foram e estão sendo conduzidas

²⁶ EMENTA: REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. 1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. 2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar. 3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios. 4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles. 5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços. 6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde. 7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde. 8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais. (ADI 6341 MC-Ref, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271 DIVULG 12-11-2020 PUBLIC 13-11-2020).

²⁷ A propósito, a busca perfunctória, em 9 de novembro de 2022, no Catálogo de Teses e Dissertações da Capes, disponível em <https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses>, revela a existência de 2.203 registros

desde o início da pandemia, no intuito de averiguar a postura da Suprema Corte nessa excepcional crise sanitária.

O mesmo, contudo, não se pode dizer do STJ. Embora o aumento das pesquisas empíricas jurídicas nos últimos anos (SILVA, 2016, p. 26) tenha reforçado a pauta de estudos sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é menor o número de pesquisas sobre o Tribunal da Cidadania e, até o momento, desconhece-se uma investigação acadêmica que tenha feito, com base nos julgados do STJ, o recorte do presente trabalho.

Esse recorte, entretanto, não pode ser realizado sem reforçar uma obviedade: estudar a jurisprudência do STJ que analisa as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 significa estudar “apenas” julgados produzidos sobre e durante a pandemia. Frisar a redundância é importante para introduzir o debate a respeito do possível enviesamento dos resultados em razão do contexto pandêmico.

No primeiro capítulo, discorreu-se sobre a “jurisprudência da crise” e sobre a deferência pragmática que, em regra, o Judiciário tem para com as decisões do Executivo em situações adversas (vide subtítulo 1.3). De fato, “a necessidade de tutelas judiciais emergenciais faz emergir também um direito processual dos desastres” (DIDIER JR; ZANETI JR; PEIXOTO, 2022, p. 217), implicando na existência de uma peculiar racionalidade de crise. A propósito, Didier Jr, Zaneti Jr e Peixoto elencam a existência de três tipos de precedentes produzidos nessas situações excepcionais:

- a) precedentes com características duradouras para manutenção da estabilidade do direito, que devem servir inclusive como aprendizado para evitar problemas em crises futuras, mas, ao mesmo tempo, servem para compreender melhor os mecanismos do nosso ordenamento jurídico, sendo essa uma dimensão que transcende a crise;
- b) precedentes para regulação das lacunas legislativas para momentos de crise, exibindo potencial de serem utilizados como normas de eficácia ultra-ativa para resolver as questões decorrentes da crise da COVID-19, regulando os fatos acontecidos neste período, bem como para regular eventuais desastres futuros;
- c) precedentes sem-reflexão e emergenciais, casos que somente tenham sido decididos dessa ou daquela maneira em razão da emergência e que podem ser decisões erradas quando analisadas no futuro. Esses casos devem ser bem compreendidos em seu contexto e podem ser simplesmente decisões equivocadas, tomadas pela urgência do caso sem a reflexão devida. (DIDIER JR; ZANETI JR; PEIXOTO, 2022, p. 220)

relacionados ao "Supremo Tribunal Federal", em contrapartida a 435 entradas resgatadas pela expressão “Superior Tribunal de Justiça”.

Essas premissas teóricas, em conjunto com as classificações sobre deferência exploradas no capítulo precedente, conduzirão a avaliação dos achados empíricos e permitirão, inclusive, a análise sobre a (im)possibilidade de os precedentes forjados sob a lógica pandêmica transcenderem o período de crise sanitária e nortear a avaliação judicial das políticas públicas futuras. Isso significa dizer, em outras palavras, que a avaliação dos precedentes do STJ no enfrentamento à Covid-19 pode tanto lançar as bases para o eventual enfrentamento de outras crises e, inclusive, transcender esses momentos excepcionais; ou, ainda, identificar a necessidade de correção de rota e de revisão dessa peculiar jurisprudência da crise pandêmica.

Não há que se falar, portanto, em enviesamento dos resultados diante do contexto pandêmico. Como bem ressalta a tipologia proposta por Didier Jr., Zaneti Jr. e Peixoto (2022), não se deve partir da premissa de que todos os julgados forjados durante a crise são equivocados e imprestáveis para orientar a jurisprudência futura. Contrariando a máxima jurídica, não necessariamente *hard cases make bad law* e é exatamente por conta da diversidade de implicações futuras das decisões proferidas em contextos de crise que se justifica uma pesquisa como a presente.

Em virtude do ineditismo e da atualidade do objeto pesquisado (a crise e as decisões são recentes), o banco de dados composto pelas decisões a serem analisadas foi sendo construído e reconstruído progressivamente, focando a atenção no objeto já descrito e delimitando gradativamente os contornos do problema (DESLAURIERS; KÉRISIT, 2014, p. 149), como será visto a seguir.

A propósito, eis os caminhos percorridos para a construção da base de dados a ser analisada, composta por acórdãos e por decisões monocráticas.

Inicialmente, a delimitação foi feita pela inserção do seguinte argumento na barra de pesquisa de jurisprudência do site do STJ²⁸: ((sars\$ ou covid\$ ou (corona adj virus) ou coronavirus ou pandemia ou 'corona virus disease 2019') E @DTPB>='20200101').

²⁸ <https://scon.stj.jus.br/SCON/>.

The image shows a web browser window with the URL `scon.stj.jus.br/SCON/`. The page title is "Pesquisa de Jurisprudência do STJ". The main search area is titled "Pesquisa em todos os campos" and has a search type set to "Por termo". The search query entered is: `((sars$ ou covid$ ou (corona adj virus) ou coronavirus ou pandemia ou "corona virus disease 2019") E @DTPB)`. Below the search bar, there are buttons for "Ocultar operadores", logical operators (e, ou, adj, não, prox, mesmo, com, \$), "Limpar", and "Pesquisa avançada".

Below the main search bar is a section titled "Pesquisa por campos específicos" with several filters:

- Número do processo ou registro: [input field]
- Classe do processo: [input field]
- Unidade Federativa: [input field]
- Ministro(a): [dropdown menu]
- Data de publicação: [input field] a [input field]
- Data de julgamento: [input field] a [input field]
- Órgão Julgador: A grid of checkboxes for various court divisions and sections. Checked options include: PRIMEIRA TURMA, SEGUNDA TURMA, PRIMEIRA SEÇÃO, and CORTE ESPECIAL.
- Ementa/Indexação: [input field]
- Notas: [dropdown menu]
- Legislação: A section for filtering by legal norms, including "Norma" (with a dropdown for "ART") and "Número" (with a dropdown).

At the bottom right of the search area, there are buttons for "Limpar" and "Buscar", and a link "Adicionar outra norma +".

Imagem 1 – Primeiro critério de pesquisa utilizado no site do STJ.

Com esse critério objetivou-se recuperar todas as decisões publicadas a partir de 1º de janeiro de 2020 que utilizassem, em conjunto ou separadamente, os termos que designam a pandemia de Covid-19, bem como suas variações (argumentos ‘sars’, ‘covid’, ‘corona virus’, ‘coronavirus’, ‘pandemia’, ‘corona virus disease 2019’).

O critério de pesquisa também se valeu da utilização dos operadores lógicos, dos operadores de proximidade e dos símbolos auxiliares, que, em suma, são termos e símbolos utilizados para determinar ao sistema como deve ser feita a conexão entre as palavras digitadas, bem como para expandir ou restringir as possibilidades de busca (STJ, 2018, p. 25-28).

O operador ‘ou’, utilizado entre cada um os termos que designam a pandemia, teve o objetivo de localizar alternativamente os termos nos documentos pesquisados, em qualquer ordem que neles aparecessem. Já o operador ‘e’ teve como objetivo resgatar documentos que utilizassem qualquer um dos termos que designam a pandemia publicados a partir de 1º de janeiro de 2020 (argumento ‘@DTPB>=20200101’).

Note-se que, nos termos que fazem referência à pandemia, foram utilizados tanto o operador de proximidade ‘adj’ (como em ‘corona adj virus’), quanto o símbolo auxiliar ‘\$’ (como em ‘sars\$’ e ‘covid\$’). Isso significa emitir ao sistema, respectivamente, as solicitações

de busca de termos adjacentes e, também, de outras palavras com o mesmo radical, substituindo qualquer quantidade de caracteres. Exemplificativamente, ao buscar por ‘covid\$’, o sistema retorna documentos que tenham em seu corpo tanto a palavra ‘covid’, isoladamente, quanto ‘covid-19’ ou ‘covid19’.

Considerando que o intuito do presente trabalho é analisar as decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre as políticas públicas de enfrentamento à pandemia de Covid-19, utilizou-se, também, do filtro por órgão julgador, de modo a contemplar os acórdãos proferidos pelos órgãos colegiados das Primeira e Segunda Turmas e da Primeira Seção, responsáveis pelos julgamentos dos feitos atinentes ao direito público, bem como dos acórdãos da Corte Especial que, a despeito de não ter especialização por matéria, tem competência para julgar *habeas corpus* a depender do paciente indicado (BRASIL, 2021, art. 11, II), agravos regimentais de decisões da presidência do Tribunal (BRASIL, 2021, art. 271, §2º) e pode ser acionada, por exemplo, em razão da relevância da questão jurídica discutida nos autos (BRASIL, 2021, art. 16, IV). Quanto às decisões monocráticas, o filtro por órgão julgador retorna o resultado dos julgados proferidos pelos ministros que compõem cada um dos órgãos colegiados selecionados.

Utilizando-se desses critérios, em 1/2/2022, foram retornados 95 acórdãos e 2.204 decisões monocráticas.

Iniciou-se, então, uma pesquisa exploratória nessa base de dados, tentando averiguar pontos de convergência e de divergência entre os julgados e aferir se, na prática, os critérios de busca retornavam julgados que, de fato, compunham o objeto de estudo.

Na leitura aleatória de aproximadamente 100 das decisões previamente selecionadas, verificou-se que grande parte dos julgados abarcados pelos critérios de pesquisa não tratavam da temática a ser pesquisada. Os termos que designam a pandemia de Covid-19, bem como suas variações, eram usados, majoritariamente, para delinear discussões de prazos recursais suspensos em virtude de resoluções do CNJ²⁹.

Notou-se, ainda, que os resultados de interesse para o presente trabalho eram comumente retornados em decisões das seguintes classes processuais: Mandado de Segurança,

²⁹ A propósito e exemplificativamente, vide o EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.812.783/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 1/2/2022 e o AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.783.507/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 2/12/2021.

Recurso em Mandado de Segurança, Suspensão de Liminar e Sentença e Suspensão de Segurança³⁰.

Como dito no capítulo anterior, esses achados empíricos se coadunam com a justificativa teórica de que o MS, o RMS, a SLS e a SS são classes processuais majoritariamente utilizadas para designar processos judiciais, de competência originária ou recursal do STJ, que questionam atos dos Poderes Executivos nacionais.

Para buscar mais uma camada de confiabilidade dessa conclusão a respeito das classes processuais e, também, para averiguar outros eventuais possíveis argumentos que poderiam nortear a procura pelas decisões a serem analisadas, buscou-se na página de Comunicação do STJ³¹, todas as notícias publicadas pelo Tribunal desde o início da pandemia.

As reportagens, salvo quando o processo tramita em segredo de justiça, sempre fazem referência ao número do processo relacionado à notícia, o que possibilitou uma análise mais detalhada do caso concreto e a verificação sobre a aderência da discussão travada nos autos ao objeto da pesquisa.

No ponto, vale uma importante informação: algumas das notícias referiam-se a processos que tramitam em segredo de justiça, a exemplo de um “pedido de liminar em mandado de segurança para que a vacinação de adolescentes contra a Covid-19 ocorresse imediatamente, antes dos grupos definidos como prioritários pelo Ministério da Saúde” (STJ, 2021b). Apesar de o número do processo não ser divulgado na página de notícias do Tribunal, suas decisões não deixam de ser públicas e, portanto, resgatáveis na página de pesquisa de jurisprudência, mantido o anonimato das partes nos respectivos julgados.

Após o exercício de ler cada uma das notícias que foram divulgadas pelo Tribunal sobre os julgados a respeito da análise de políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 e, em sequência, avaliar as respectivas decisões, os resultados mostraram não apenas que, de fato, o MS, o RMS, a SLS e a SS são as classes processuais que majoritariamente retornam os julgados buscados pela pesquisa, como também que o Recurso Especial (Resp) e o Agravo em Recurso Especial (Aresp), embora sejam as classes processuais responsáveis por quase 80% do acervo atual do Tribunal (STJ, 2022, p. 9), não aparecem de modo significativo nos resultados. A principal hipótese para que isso ocorra é o fato de que se trata de recursos com maior tempo de

³⁰ A propósito e exemplificativamente, vide o AgInt no MS n. 26.091/DF, Primeira Seção, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 2/10/2020, o RMS n. 65.649/PR, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 25/2/2021, a SS n. 3.341/MG, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 20/10/2021 e do AgInt na SLS n. 2.919/CE, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 13/8/2021.

³¹ <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Comunicacao/Ultimas-noticias>

tramitação, em virtude da necessidade de esgotamento das instâncias ordinárias e, havendo mecanismos mais ágeis, como as 4 classes processuais acima identificadas (o MS, o RMS, a SLS e a SS), naturalmente não haveria motivos para a utilização de estratégias processuais mais demoradas para levar o tema ao STJ.

Um outro resultado desse exercício de avaliar as notícias e as conseqüentes decisões a respeito das políticas de enfrentamento à Covid-19 foi, entretanto, inesperado: frequentemente os ministros componentes das Turmas de Direito Público julgaram Habeas Corpus e Recursos em Habeas Corpus, utilizados para questionar as medidas de contenção à pandemia tomadas pelos Poderes Executivos nacionais, notadamente aquelas que determinavam o isolamento social.

Diante desses resultados, foram feitas duas delimitações metodológicas: a primeira, de restringir as decisões que serão objeto de análise às seguintes classes processuais: MS, RMS, SS, SLS, HC e RHC. A segunda, de incluir a presidência e a vice-presidência³² do Tribunal como órgãos julgadores das decisões a serem pesquisadas, uma vez que é atribuição do Presidente (e do Vice, quando substituindo o primeiro), decidir os pedidos de suspensão da execução de medida liminar ou de sentença (classes SS e SLS), além (i) de durante o recesso do Tribunal ou nas férias coletivas dos seus membros, julgar os pedidos de liminar em mandado de segurança, podendo, ainda, determinar liberdade provisória ou sustação de ordem de prisão, e demais medidas que reclamem urgência, e (ii) de, antes da distribuição, apreciar os habeas corpus inadmissíveis por incompetência manifesta, conforme disposições do Regimento Interno do STJ³³.

³² Considerou-se, a propósito, as decisões proferidas pelo ministro João Otávio de Noronha e pela ministra Maria Thereza de Assis Moura, respectivamente presidente e vice-presidente do STJ de 29/8/2018 a 27/8/2020, além dos julgados de lavra dos ministros Humberto Martins e Jorge Mussi, respectivamente presidente e vice-presidente do STJ de 27/8/2020 a 25/8/2022.

³³ Art. 21. São atribuições do Presidente: (...)

XIII - decidir: (...)

b) os pedidos de suspensão da execução de medida liminar ou de sentença, sendo ele o relator das reclamações para preservar a sua competência ou garantir a autoridade das suas decisões nesses feitos;

c) durante o recesso do Tribunal ou nas férias coletivas dos seus membros, os pedidos de liminar em mandado de segurança, podendo, ainda, determinar liberdade provisória ou sustação de ordem de prisão, e demais medidas que reclamem urgência; (...)

Art. 21-E. São atribuições do Presidente antes da distribuição:

(...)

IV - apreciar os habeas corpus e as revisões criminais inadmissíveis por incompetência manifesta, encaminhando os autos ao órgão que repute competente;

Art. 22. Ao Vice-Presidente incumbe substituir o Presidente nas férias, licenças, ausências e impedimentos eventuais, e sucedê-lo, no caso de vaga, na forma do artigo 18.

Esse processo narrado acima, da pesquisa exploratória, durou cerca de 1 mês. Aplicando os novos critérios da base de jurisprudência do STJ, em 1/3/2022, foram retornados 132 acórdãos e 3.453 decisões monocráticas, totalizando 3.585 registros.

A propósito, uma conclusão interessante: a despeito de o segundo critério ter restringido as classes processuais para seis, o aumento expressivo do número de julgados encontrados deve-se, para além do acréscimo de 1 mês a mais de produção de decisões por parte do Tribunal, à inclusão da presidência e da vice-presidência como órgãos julgadores. Isso porque, do universo de 3.585 julgados, 2.307 (64,35%) foram proferidos pelos ministros no exercício da presidência ou da vice-presidência do Tribunal.

The image shows a screenshot of the STJ Jurisprudence Search interface. The search query is: ((sars\$ ou covid\$ ou (corona adj virus) ou coronavirus ou pandemia ou "corona virus disease 2019") E @DTP). The interface includes filters for 'Pesquisa em todos os campos', 'Pesquisa por campos específicos', 'Número do processo ou registro', 'Classe do processo', 'Unidade Federativa', 'Ministro(a)', 'Data de publicação', 'Data de julgamento', 'Órgão Julgador' (with checkboxes for Turmas and Seções), 'Ementa/Indexação', 'Notas', 'Legislação', and 'Norma'.

Imagem 2 – Segundo critério de pesquisa utilizado no site do STJ.

Nessa perspectiva, ainda que avaliar a base de acórdãos fosse factível, a análise de todas as decisões monocráticas seria absolutamente inviável, dada a limitação de tempo e de material humano disponível na presente pesquisa.

Tal análise seria, também, contraproducente. Isso porque, nem todas as decisões resgatadas com a utilização dos filtros acima mencionados tratam do assunto da pesquisa, uma vez que falta o principal filtro qualitativo: aquele que permite encontrar apenas as decisões que

analisam políticas públicas de enfrentamento à Covid-19. Também por esse motivo a redução da quantia de julgados a serem analisados sequer poderia ser feita a partir da adoção de uma lógica amostral, ao invés de censitária.

A questão é que a pesquisa exploratória demonstrou que não há uma nomenclatura única ou, ao menos, assemelhada, que designe os julgados que o presente trabalho objetiva analisar. Nem sempre – em verdade, raramente, as decisões utilizam-se da expressão “política pública”. Variações como “escolhas políticas³⁴”, “medidas de contenção³⁵”, “atos normativos sanitários³⁶” e “esforço de combate³⁷”, conjugadas com vocábulos que denotem o esforço de enfrentamento à pandemia são frequentemente mencionadas nos julgados, sem que haja um rigor técnico para se referir à análise de políticas públicas.

Essa multiplicidade de designações para o mesmo fenômeno, faz com que seja inócuo, por exemplo, acrescentar a expressão “política pública” ao conjunto de argumentos utilizados na busca dos julgados. Os resultados seriam insatisfatórios porque deixariam de fora várias decisões que não se utilizam dessa expressão.

Igualmente inócuo seria construir um argumento de pesquisa que englobasse todos os termos encontrados na pesquisa exploratória e que, em alguma medida, são utilizados como sinônimos para “políticas públicas”. São tantas as possibilidades que sua inesgotabilidade implicaria em um banco de dados que, a um só tempo, contaria com milhares de decisões que não tratam do objeto da pesquisa e excluiria uma série de julgados de interesse para o presente trabalho.

Por essa razão, optou-se por fazer o caminho inverso: ao invés de resgatar os julgados que tratam sobre as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19, decidiu-se excluir aqueles que, claramente, não refletem o objeto da pesquisa.

Mas, antes disso, outra definição operacional foi realizada. Ainda que o mecanismo de busca de jurisprudência disponibilizado pelo STJ permita uma série de conjugações de símbolos e operadores, com o intuito de tornar mais precisa a busca pelas decisões, o sistema não possibilita a extração dos resultados de uma maneira global, mas, tão somente, a transformação de cada um dos julgados apartadamente em um documento no formato .pdf.

³⁴ Vide HC n. 572.959/SP, Rel. Min. Napoleão Maia Nunes, DJe 15/5/2020.

³⁵ Vide HC n. 708.682/CE, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 30/11/2021.

³⁶ Vide HC n. 713.158/BA, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 1/2/2022.

³⁷ Vide MS n. 25.880/DF, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 2/4/2020.

O presente estudo empírico, todavia, realizará, para além das análises dos padrões discursivos presentes nas decisões, avaliações quantitativas sobre os julgados, sendo, portanto, fundamental, que o objeto de pesquisa esteja, no mínimo, em um formato que permita mensurações e aplicação de filtros diversos.

De início, cogitou-se a construção de um programa por meio da linguagem de programação *python*, cujos fundamentos foram estudados em uma das disciplinas do mestrado, denominada “*Data Science e Direito*”. Ocorre que apenas noções básicas de programação não permitiriam essa empreitada e, dado o limite temporal para a defesa da dissertação, alternativas foram consideradas.

O que se mostrou, então, viável, foi a extração dos julgados oriundos da página de pesquisa de jurisprudência disponível na *internet*, mas no formato *excel*. Trata-se de um espelho que contém exatamente os mesmos resultados acessados pelo público externo na página de pesquisa de jurisprudência, mas que, para utilização estatística de algumas áreas do Tribunal, permite a extração em formato *.xlsx*.

As tratativas internas para o acesso à base de dados demoraram cerca de 2 meses e, em 19/5/2022, em parceria com a assessoria de inteligência artificial do Tribunal, chegou-se a uma planilha de *excel*, com 155 acórdãos e 3.594 decisões monocráticas, totalizando 3.749 julgados³⁸.

Essa será a base utilizada daqui em diante.

Voltando, então, às balizas metodológicas de exclusão dos julgados que não dizem respeito ao objeto estudado, mencione-se que na pesquisa exploratória foi possível notar, especialmente nas classes HC e RHC, que as decisões se referiam, majoritariamente, a pedidos de revogação de prisão preventiva e à concessão de prisão domiciliar em virtude do risco de contaminação por Covid-19, caso mantido o paciente no estabelecimento prisional.

A retirada do radical ‘pris’ (que implicaria na exclusão dos vocábulos ‘prisão’ e ‘prisional’, por exemplo) poderia, então, mostrar-se útil, uma vez que a pesquisa objetiva analisar julgados relativos às políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 tomadas pelos Poderes Executivos nacionais, que em nada se relacionam com a sanção penal da ‘prisão’.

Ocorre que, tanto a pesquisa exploratória, quanto a análise das notícias divulgadas no site do STJ, demonstraram a existência de HC e de RHC distribuídos às turmas de direito

³⁸ Houve um aumento de 164 julgados desde a última pesquisa, feita em 1/3/2022, justificável em virtude da publicação de novas decisões relacionadas ao objeto pesquisado.

público sob a alegação de cerceamento do direito de locomoção e de supostas ameaças de prisão emanadas das autoridades locais – governadores e prefeitos – caso os cidadãos desrespeitassem as medidas de isolamento social adotadas pelos respectivos entes federados.

Ainda que os resultados da pesquisa, que serão destrinchados no próximo capítulo, não revelem a existência de nenhum ato normativo federal, estadual, distrital ou municipal³⁹ questionado no STJ que tenha cominado pena de prisão àqueles que desrespeitassem as medidas restritivas de isolamento social, como as petições (replicadas nas decisões analisadas), mencionam os termos ‘prisão’ ou ‘ameaça prisional’, a exclusão do radical ‘pris’ poderia deixar de fora julgados de interesse para o presente estudo.

Optou-se, portanto, em realizar a filtragem da base de dados da seguinte maneira: todas as decisões que não contivessem o radical ‘pris’ permaneceriam na base denominada de base bruta, totalizando 1.404 julgados. Quanto às decisões em que o radical ‘pris’ estivesse presente, estas seriam mantidas desde que os radicais ‘govern’ ou ‘prefei’ também constassem do julgado. Com essa estratégia, pretendeu-se eliminar as milhares de decisões de lavra da presidência e da vice-presidência do Tribunal que tratam de assuntos penais e não relacionados ao objeto da pesquisa.

Ao optar pela permanência das decisões que contivessem o radical ‘pris’ combinado com os radicais ‘govern’ ou ‘prefei’, objetivou-se resgatar os julgados em que são questionados atos de governos, governadores, governantes, prefeituras ou prefeitos que, de acordo com os impetrantes, requerentes ou recorrentes, cogitaram impor prisão aos cidadãos que desrespeitassem as medidas de contenção da Covid-19. Essa opção foi fruto, também, dos resultados da pesquisa exploratória, que demonstrou que, quanto aos julgados relacionados ao presente estudo, quando o radical ‘pris’ aparecia nos resultados de interesse, ele vinha combinado com os vocábulos que se referiam aos chefes de governo locais responsáveis pela implementação de políticas de enfrentamento à pandemia.

Aplicados os filtros, a base bruta, que será objeto de refinamento, passou a contar com 1.502 julgados, dos quais 147 são acórdãos e 1.355 são decisões monocráticas.

Segmentando por órgão julgador, tem-se que 1.194 (79,50%) julgados são oriundos das turmas e da seção de direito público – 1ª e 2ª Turmas e 1ª Seção, 184 (12,25%) são de

³⁹ Inclusive porque tal atribuição, se exercida, o poderia sê-lo apenas pela União, diante da competência privativa prevista no art. 22, I, da Constituição Federal.

competência da Corte Especial e 124 (8,25%) foram proferidos pela Presidência ou pela Vice-Presidência da corte.

Nesse ponto obteve-se o que, de agora em diante, denomina-se de base bruta, composta por decisões que, após os recortes qualitativos acima narrados, possuem maior potencial de se referirem ao objeto pesquisado. Entretanto, mesmo que a maioria dos julgados sejam oriundos de turmas de direito público e possuam os vocábulos que caracterizem a situação pandêmica, muitos deles ainda tratam de matérias outras que não a pesquisada.

O refinamento da base bruta, possível após nova leitura exploratória das decisões, será descrito no tópico seguinte.

2.2 O refinamento da base bruta

Uma vez encontrado um núcleo mínimo de decisões que potencialmente se enquadram no objeto da presente pesquisa, as investidas posteriores foram no sentido de selecionar, de fato, os julgados cuja análise é capaz de responder se o STJ tem sido deferente ou interveniente ao analisar as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19. Trata-se do refinamento da base bruta.

Em nova pesquisa exploratória, foram identificadas uma série de palavras ou expressões que, ainda que utilizadas em conjunto com os termos que designam a pandemia, não se referiam ao objeto pesquisado.

De início, foram excluídos os julgados que decidiam as petições de recursos para o Supremo Tribunal Federal. Como nessas decisões – de recurso extraordinário ou de agravo interno contra as decisões que negam seguimento ao recurso extraordinário – o juízo que é feito é o de admissibilidade de recursos da competência do STF, não mencionando a matéria objeto da pesquisa, tais resultados foram excluídos da base dados, eliminando 10 decisões.

A partir daí, o refinamento foi feito por meio da exclusão de centenas de decisões que tratavam de outras políticas públicas que não a de enfrentamento à Covid-19.

Um exemplo é a política de concessão de anistia aos cabos da Força Aérea Brasileira punidos por ocasião do golpe de 1964. No final do ano de 2019, o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos anunciou que procederá à revisão das anistias concedidas sob o argumento de inexistência de comprovada perseguição política.

Foram publicadas, então, uma série de portarias instaurando processos de revisão e, posteriormente, de anulação das anistias. Essa política foi atravessada pela pandemia de Covid-19 e centenas de beneficiários impetraram mandados de segurança questionando a medida, quando já havia se instaurado a situação pandêmica no país. Um dos argumentos comuns era o de grave comprometimento financeiro causado pela suposta ilegalidade da anulação da anistia, especialmente pelo fato de as suspensões dos pagamentos dos benefícios, aí incluído o gozo de plano de saúde, terem ocorrido durante a crise sanitária – daí o motivo de essas decisões terem, inicialmente, sido selecionadas pelo filtro da presente pesquisa.

Dos 342 julgados que continham a palavra ‘anistia’, 323 tratavam do assunto acima mencionado e, portanto, foram excluídos da base bruta. Nos demais, o vocábulo estava contido em precedentes citados no corpo da decisão, que tinham como objetivo fazer menção a óbices sumulares que, por acaso, também haviam sido aplicados em processos que se discutia o tema ‘anistia’⁴⁰. De todo modo, sempre que verificado que um julgado, ainda que não se referisse ao filtro utilizado no momento (por exemplo, ‘anistia’), também não fazia parte do objeto da pesquisa, a linha correspondente foi objeto de uma marcação específica na planilha do banco de dados para que, ao final, esses julgados pudessem ser retirados da base refinada com mais precisão.

Outro exemplo refere-se ao Programa Médicos pelo Brasil. Após a decretação do estado calamidade pública pelo governo brasileiro, o Ministério da Saúde lançou um edital de chamamento público para a contratação de profissionais da área da saúde para atuarem na força-tarefa de combate ao coronavírus. Encontrou-se, na base de dados, 44 decisões em mandados de segurança nas quais os impetrantes questionavam a impossibilidade de sua participação no referido edital, quer porque não haviam concluído o curso de medicina⁴¹, quer porque lhes foi negada tal possibilidade em virtude da ruptura de acordo de cooperação entre o Brasil e a República de Cuba⁴². Esses julgados, pela impertinência temática, também foram excluídos da base de dados.

⁴⁰ Um exemplo é o RMS n. 66.447/MG, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 19/8/2021, em que o questionamento de fundo se referia a ato de gestão de pessoal do Estado de Minas Gerais e cuja decisão citou um precedente que continha a palavra ‘anistia’ como reforço argumentativo para a não aplicação, *in casu*, da teoria da encampação. Aqui, vale uma observação: como será visto a seguir, questionamentos judiciais de atos relativos à gestão de pessoal também serão excluídos da base refinada. E, como se notou em leitura exploratória, que o RMS n. 66.447/MG não tratava do objeto da pesquisa, ele foi objeto de uma marcação específica para, posteriormente, ser excluído da base refinada.

⁴¹ A propósito e exemplificativamente, vide o MS n. 25.881/DF, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 28/4/2020.

⁴² A propósito e exemplificativamente, vide o MS n. 25.931/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 7/4/2020.

Foram, ainda, excluídos 21 julgados referentes (i) ao Programa Nacional de Apoio às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (a busca por ‘pronampe’ retornou 5 decisões⁴³), (ii) ao Fundo de Participação de Municípios (a busca por ‘fpm’ ou ‘fundo de participação’ retornou 7 julgados incompatíveis com a pesquisa, que foram excluídos da base de dados⁴⁴), e (iii) ao questionamento sobre a política energética brasileira (a busca pelo radical ‘energ’ retornou 9 decisões incompatíveis com a pesquisa, que foram excluídas⁴⁵).

Posteriormente, verificou-se a existência de julgados que, embora analisassem ações de enfrentamento à pandemia, tinham foco em medidas tomadas pelos Poderes Executivos nacionais circunscritas à gestão de pessoal ou de contratações públicas. Como se trata de matérias de organização administrativa, e não de política pública no sentido adotado na presente pesquisa, tais decisões foram excluídas.

Isso foi possível porque, na pesquisa exploratória, conseguiu-se identificar vocábulos que apareciam com frequência nas decisões que compunham o banco de dados e que, em tese, não se relacionavam com o objeto pesquisado. Desse modo, foram filtradas as decisões que continham as seguintes palavras ou radicais: ‘insalubridade’, ‘concurso’, ‘teletrabalho’, ‘demiss’, ‘demit’, ‘férias’, ‘licença’, ‘greve’, ‘remoção’, ‘promoção’, ‘exoneração’, ‘afastamento’ ou ‘disciplinar’ e, após aplicado o filtro, realizou-se uma leitura de cada uma das decisões para verificar se, de fato, havia pertinência em sua exclusão ou manutenção no banco de dados.

Ao buscar pelas decisões que continham a palavra ‘insalubridade’, foram retornados 212 resultados que discutiam pleitos de recebimento de adicional de insalubridade, formulados por servidores públicos civis ou por militares, que julgavam fazer jus ao referido acréscimo em seus vencimentos em virtude de exercerem suas atividades expostos à pandemia de Covid-19⁴⁶. Trata-se, portanto, de nítida política de gestão de pessoal, que não se enquadra na definição de

⁴³ A propósito e exemplificativamente, vide o AgInt no MS n. 26.797/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe 9/7/2021, em que a impetrante questiona embaraços à concessão do crédito e justifica sua necessidade “especialmente em decorrência da pandemia em razão da covid-19”.

⁴⁴ A propósito e exemplificativamente, vide a SS n. 3.355/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 1/12/2021, em que Município requer, dentre outros pedidos, o desbloqueio de verbas do FPM especialmente “em função dos efeitos deletérios da pandemia do COVID-19.”

⁴⁵ A propósito e exemplificativamente, vide o MS n. 27.151/DF, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe 14/12/2020, em que a impetrante postula dilação de prazo para cumprimento da meta individual compulsória de redução de emissões de gases causadores de efeito estufa, alegando, dentre outros motivos, “desequilíbrio de mercado robustecido pela Pandemia da Covid-19”

⁴⁶ A propósito e exemplificativamente, vide o RMS n. 65.312/BA, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 2/2/2021 e o RMS n. 66.708/PE, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 12/8/2021.

política pública de enfrentamento à Covid-19 e, portanto, justifica a exclusão das decisões do banco de dados.

Ainda sobre decisões que se referem a política de gestão de pessoal, buscou-se no banco de dados julgados que contivessem a palavra ‘concurso’. Foram retornados 185 resultados, dos quais 140 questionavam, dentre outros assuntos relacionados à seleção de servidores públicos⁴⁷, a nomeação ou a ausência dela em virtude de restrições orçamentárias em decorrência da pandemia de Covid-19⁴⁸. Essas 140 decisões foram excluídas da base de dados e, as demais, devidamente catalogadas, para análise posterior.

Tal catalogação, como tem ocorrido a cada filtro, é fruto de uma análise a respeito do conteúdo da decisão e da verificação de pertinência com o objeto estudado. Essa leitura auxilia, também, na verificação de termos que se repetem e que podem ser utilizados para novas filtrações.

Buscou-se, ainda, pela palavra ‘teletrabalho’, ocasião em que foram resgatadas e, posteriormente excluídas, 23 decisões em que servidores dos mais diversos órgãos pleiteavam, em suma, a suspensão de medidas que determinaram o reestabelecimento da jornada de trabalho presencial que, em algum momento da pandemia, havia sido alterada para remota^{49 50}.

Filtrando por decisões que continham os radicais ‘demit’ e ‘demiss’, o objetivo era encontrar decisões em que servidores questionavam penalidades disciplinares e que, portanto, não se relacionavam com o objeto da pesquisa. Foram encontrados 23 resultados, devidamente excluídos da base de dados. Ressalte-se que, conforme todos os julgados que compunham originalmente o banco de dados, essas decisões possuem em seu corpo termos que designam a pandemia de Covid-19, bem como suas variações (argumentos ‘sars’, ‘covid’, ‘corona virus’, ‘coronavirus’, ‘pandemia’, ‘corona virus disease 2019’)⁵¹.

⁴⁷ A propósito e exemplificativamente, vide: (i) o MS n. 26.599/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 4/8/2020, em que um candidato sustenta que a abertura do certame viola os seus “direitos à saúde” e o “de prestar concurso público em condições isonômicas”, já que se enquadra no grupo de risco da Covid-19 e não poderia se deslocar para realizar as provas e (ii) a SS n. 3.252/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 18/8/2020, em que o Estado de Mato Grosso requer a suspensão de decisões liminares que determinaram nomeações em concursos públicos, sob o argumento de que “se encontra em estado de calamidade financeira desde 2019, situação que se agravou em razão da atual pandemia de Covid-19”.

⁴⁸ A propósito e exemplificativamente, vide: o RMS n. 64.147/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 24/9/2020,

⁴⁹ A propósito e exemplificativamente, vide o MS n. 25.898/DF, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 13/4/2020 e o MS n. 27.308/DF, Primeira Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 10/12/2021.

⁵⁰ Note-se que não se trata de “programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados (...) visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, 2006, p. 39) e, portanto, tais medidas não se enquadram no conceito de política pública utilizado no presente trabalho.

⁵¹ Essa utilização dos termos que se referem à pandemia ocorre por diversos motivos que em nada se relacionam com o objeto da pesquisa como, por exemplo, no MS n. 26.095/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Mais Filho, em

Ainda sobre as decisões que se referiam às políticas de gestão de pessoal, ao resgatar os julgados que continham as palavras ‘férias’, ‘licença’, ‘greve’, ‘remoção’, ‘promoção’, ‘exoneração’, ‘afastamento’ ou ‘disciplinar’, foram excluídos mais 37 registros que não se relacionavam com o objeto da pesquisa⁵².

Avançando, a propósito da exclusão de decisões que avaliem políticas de gestão contratual e que, portanto, são estranhas ao objeto pesquisado, realizou-se a busca no banco de dados por julgados que contenham as palavras ‘licitação’ e ‘licitante’, além do radical ‘contrat’. A partir dos resultados, foram excluídas 72 decisões.

No ponto, uma observação relevante. Conforme delineamento teórico realizado no capítulo precedente, objetiva-se estudar a análise que o Judiciário faz dos programas de ação governamental de enfrentamento à pandemia de Covid-19 – políticas públicas, por definição.

Por esse motivo, decisões como as da SS n. 3.246/PB, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 4/8/2020 e da SLS n. 2.938/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 14/5/2021 não comporão a base de dados. Em ambas, ainda que a pandemia de Covid-19 seja, ora pano de fundo, ora reforço argumentativo, a discussão travada nos autos não se refere às políticas públicas de enfrentamento à Covid-19, mas sim, no primeiro caso, à suspensão de contratação de empresas para fornecimento de cestas básicas a alunos da rede pública de ensino de Campina Grande e, no segundo, ao questionamento da legalidade de doação de bens (álcool em gel, luvas e máscaras) de um ente público para outro.

Por outro lado, permanecem no banco de dados decisões como a da SLS n. 2.800/BA, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 6/10/2020, em que o objeto da lide principal é o pleito dirigido ao Município de Itabuna/BA para que referido ente “formule um plano de ações programáticas e instrumentos de apoio, em específico socorro financeiro para o sistema de transporte coletivo, em decorrência da pandemia”. Há, nesse caso, disputa específica sobre o planejamento de política pública de enfrentamento à Covid-19, motivo pelo qual essa decisão será submetida aos critérios qualitativos da presente pesquisa.

Ainda sobre o alicerce teórico que norteia a pesquisa, de analisar a postura – deferente ou intrusiva – do Judiciário as sobre políticas públicas oriundas do Poder Executivo, foram excluídas 64 decisões em que os atos questionados se calcavam em medidas de enfrentamento

que o impetrante requer “a suspensão dos efeitos da portaria de demissão até o julgamento final do recurso administrativo interposto, ao argumento de que a privação dos proventos lhe trará diversos prejuízos em sua manutenção e manutenção de sua família, especialmente em um época de pandemia”.

⁵² A propósito e exemplificativamente, vide o RMS n. 65.769/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 25/6/2021 e o RMS n. 67.379/PA, Primeira Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 2/12/2021.

à pandemia orientadas pelo próprio Poder Judiciário. Por definição, não haveria como mensurar a deferência nesses julgados e, portanto, deixaram de compor a base de dados.

Constam neste rol 16 decisões que continham as palavras ‘reintegração’, ‘desapropriação’, ‘posse’ ou ‘ocupação’, nas quais a discussão muitas vezes centrava-se no conteúdo da Recomendação n. 90/2021, do CNJ, direcionada aos órgãos do Poder Judiciário, para que “enquanto perdurar a situação de pandemia de Covid-19, avaliem com especial cautela o deferimento de tutela de urgência que tenha por objeto desocupação coletiva de imóveis urbanos e rurais” (CNJ, 2021b, p. 2)⁵³.

Foram também excluídas 48 decisões que continham as palavras ‘passaporte’ ou ‘certificado’ ou, ainda, o radical ‘vacin’, em que eram questionadas portarias editadas por Presidentes de Tribunais locais que, no exercício de competência regimental, estipulavam a apresentação de comprovante de vacinação contra a Covid-19 e/ou o uso de máscara como requisitos para o ingresso nos prédios do Poder Judiciário⁵⁴.

Conforme visto acima, o que se nota é o que os impactos da pandemia refletiram em ações judiciais de diversos assuntos e, como o filtro inicial da presente pesquisa considerou apenas a presença de vocábulos ou radicais que fizessem menção à crise sanitária de Covid-19, uma série de julgados alheios ao tema de estudo tiveram se ser excluídos no refinamento da base bruta.

Foi, também, o caso de julgados que continham as palavras ou expressões (i) ‘falência’ ou ‘recuperação’, responsáveis pela exclusão de 5 decisões, e (ii) ‘execução fiscal’ ou ‘dívida ativa’, que também geraram a exclusão de 5 julgados.

Doutro norte, decisões em que se discutiam apenas questões processuais como tempestividade, preparo e pleitos de sustentação oral, recuperados nas buscas por ‘313’, ‘314’⁵⁵, ‘preparo’, ‘tempestiv’ e ‘sustentação’, que totalizaram 33 registros, também foram excluídos.

Esse processo de refinamento da base bruta por meio do agrupamento de decisões que se assemelhavam e que não continham relação com o objeto pesquisado, fez com que o banco de dados diminuísse de 1.502 para 490 decisões potencialmente relacionadas à avaliação que o Poder Judiciário realizou de políticas públicas de enfrentamento à Covid-19.

⁵³ A propósito e exemplificativamente, vide o AgInt na SLS n. 2.948/RJ, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 11/11/2021 e a SLS n. 2.997/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 21/9/2021.

⁵⁴ A propósito e exemplificativamente, vide o HC n. 698.363/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 6/10/2021, o HC n. 732.861/MG, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 5/4/2022 e o MS n. 28.131/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 26/10/2021.

⁵⁵ Referentes às Resoluções do CNJ n. 313/2020 e 314/2020, que determinaram as suspensões de prazos processuais durante a pandemia.

Os motivos de descarte acima mencionados podem ser esquematizados da seguinte maneira:

Tabela 1 – Motivos e quantidades dos descartes da base bruta

Motivo do descarte	Quantidade de decisões descartadas
Decisões de petições de recursos de competência do STF	10
Política pública de anistia política	323
Programa Médicos pelo Brasil	44
Outras políticas públicas, como o Pronampe, o FPM e a política energética	21
Pleito de insalubridade por militares ou servidores	212
Demandas relativas a concursos públicos	140
Demandas por alteração de regime de trabalho	23
Demissão de servidores públicos	23
Outras políticas de gestão de pessoal, resgatadas pelos vocábulos ‘férias’, ‘licença’, ‘greve’, ‘remoção’, ‘promoção’, ‘exoneração’, ‘afastamento’ ou ‘disciplinar’,	37
Gestão de contratações públicas	72
Medidas de enfrentamento à pandemia propostas pelo Poder Judiciário	64
Assuntos alheios à pesquisa, resgatados pelos vocábulos ‘falência’, ‘recuperação’, ‘execução fiscal’ ou ‘dívida ativa’	10
Decisões apenas de questões processuais	33

Fonte: autoria própria.

A partir dos 490 registros obtidos e diante da dificuldade encontrada para agrupar as decisões que permaneceram no banco de dados, adotou-se uma nova estratégia: a leitura preliminar de cada um dos julgados. Diz-se preliminar, porque seu único objetivo era realizar o último filtro na base bruta, sinalizando quais decisões efetivamente iriam compor o banco de dados que será submetido à avaliação qualitativa descrita no próximo subtítulo da dissertação.

Com o objetivo de facilitar a leitura, por meio do agrupamento de argumentos geralmente utilizados em postulações semelhantes, a leitura preliminar foi realizada dividindo os 490 julgados pelas 6 classes processuais objeto da pesquisa. Nesse ponto, 193 registros pertenciam à classe habeas corpus, 9 eram recursos em habeas corpus, 162 eram mandados de

segurança, 24 eram recursos em mandado de segurança, 76 eram suspensões de liminar e de sentença e 26 eram suspensões de segurança.

Ao analisar os registros pertencentes à classe HC, notou-se que 43 julgados em nada se relacionavam com o objeto da pesquisa e, portanto, foram excluídos da base de dados. Como constatado acima, a pandemia de Covid-19 permeou diversos questionamentos judiciais em uma multiplicidade de matérias, nem sempre relacionadas às políticas públicas de enfrentamento ao coronavírus. Essas 43 decisões exemplificam bem tal conclusão, uma vez que não foram excluídas por meio de nenhum dos filtros aplicados acima e, ainda assim, tratam se situações alheias à pesquisa, mas utilizam a pandemia como reforço argumentativo de seus pleitos⁵⁶.

Outros 18 julgados em HC foram excluídos por tratarem de ato de gestão de pessoal e não de política pública no sentido utilizado na presente pesquisa. Isso porque, os impetrantes eram agentes públicos insurgindo-se contra medidas que restringiam o acesso dos servidores ou dos militares, sem comprovante de vacinação contra a Covid-19, às instalações públicas e/ou previam punições disciplinares àqueles que deixassem de apresentar o respectivo comprovante vacinal⁵⁷.

Seguindo na classe processual, foram feitas mais 6 retiradas da base. Tratava-se de decisões proferidas em agravos internos, embargos de declaração e pedidos de reconsideração nas quais havia a manutenção da decisão diante do não cabimento dos expedientes processuais utilizados para seu questionamento.

Pela mesma razão acima utilizada, de exclusão de decisões que esbarram em questões processuais e nada mencionam sobre a temática ora estudada, foram retirados da base mais 7 habeas corpus, compostos por: (i) 2 decisões em que se reconheceu a litispendência, (ii) 1 decisão em que se verificou que a impetrante não havia indicado nem ato coator, nem autoridade

⁵⁶ A propósito e exemplificativamente, vide o HC n. 692.251/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 13/9/2021, que impugna portaria de expulsão de estrangeiro do país e na qual a “dificuldade para ser atendido pela nobre Defensoria Pública, por conta das restrições criadas pela pandemia do COVID-19” é mero reforço argumentativo. Ou, ainda, o HC n. 594.528/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 4/8/2020 que pleiteia liberdade provisória para o paciente, “uma vez que faz parte do grupo de risco da Covid-19 em virtude de sofrer de hipertensão arterial sistêmica”.

⁵⁷ A propósito e exemplificativamente, vide o HC n. 716.752/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 11/1/2022, em que o impetrante alega a existência de constrangimento ilegal decorrente do Decreto n. 66.421/2022, do Governo do Estado de São Paulo, que, dentre outras providências, prevê que os servidores, empregados e militares da Administração Pública estadual deverão comprovar vacinação completa contra a Covid-19 ou atestado médico que evidencie contraindicação para tanto, sob pena de apuração de responsabilidade disciplinar.

impetrada, inviabilizando qualquer análise processual e (iii) 4 julgados em que foi reconhecida a perda de objeto e/ou julgou-se prejudicado o recurso/impetração.

Sobre essa última exclusão, a escolha metodológica da retirada desses julgados se justifica porque não se verificou, em nenhum deles, que a perda de objeto ou a conclusão pelo julgamento prejudicado decorreu de morosidade que evidenciasse algum tipo de estratégia decisória. Nos casos excluídos, ou havia liminar concedida previamente – e essas decisões liminares permaneceram no banco de dados – ou a perda do objeto se deu em prazo exíguo (em média, 15 dias após o protocolo da petição inicial⁵⁸).

Note-se que, após as exclusões, restaram 119 HC na base de dados.

Com relação aos 9 registros de RHC, verificou-se que apenas 4 deles guardavam pertinência temática com a pesquisa, motivo pelo qual os demais foram excluídos da base de dados. Assim como na análise dos HC, a pandemia, nos 5 julgados excluídos, era reforço argumentativo, e não objeto central da discussão⁵⁹.

Quanto às 162 decisões em MS, 32 delas não se relacionavam com o objeto de estudo e deixaram de compor a base de dados. Tratava-se de casos dos mais diversos, desde incidente de cumprimento de sentença em que a executada alegava insuficiência financeira “em razão da quarentena decorrente da Pandemia do Covid-19”⁶⁰, até pedido de informações sobre o “orçamento mensal gasto com a comunicação institucional do Governo Federal”, aí inclusas eventuais campanhas informativas sobre a Covid-19⁶¹.

Ainda na classe Mandado de Segurança, foram retirados da base mais 5 registros em que os relatores nada mencionaram sobre eventuais questionamentos a respeito de políticas públicas de enfrentamento à Covid-19, se limitando a indeferir a petição inicial diante do óbice da Súmula n. 41, do STJ, que contém a seguinte redação: "O Superior Tribunal de Justiça não

⁵⁸ A propósito e exemplificativamente, vide o HC n. 624.174/CE, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 13/11/2020, cuja petição inicial foi protocolada em 29/10/2020 e, em 12/11/2020 foi proferida decisão que julgou prejudicada a impetração diante “pedido de arquivamento do feito formulado pelos ora impetrantes, uma vez que “as novas medidas provisórias determinadas pelo governo estadual tornaram o objeto deste instrumento prejudicado, sendo necessária a adequação dos motivos e justificativas aos danos causados à sociedade e suas atuais e consequências.”

⁵⁹ A propósito e exemplificativamente, vide o RHC n. 130.313/PA, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 5/8/2020 em que há pedido de liberdade provisória ou, subsidiariamente, de prisão domiciliar, alegando, além de excesso de prazo da prisão cautelar, o fato de o paciente estar acometido pelo coronavírus.

⁶⁰ MS n. 25.892/DF, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe 1/4/2020.

⁶¹ MS n. 28.072/DF, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 28/9/2021.

tem competência para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de outros tribunais ou dos respectivos órgãos⁶².

Seguindo na mesma classe, 4 outros julgados foram excluídos uma vez que se tratava de decisões proferidas em agravos internos, embargos de declaração e petição⁶³ nas quais havia a manutenção da decisão diante do não cabimento dos expedientes processuais utilizados para seu questionamento⁶⁴.

Assim como foi feito na classe HC, prosseguindo na lógica de exclusão de decisões que esbarram em questões processuais e nada mencionam sobre a temática ora estudada, foram retirados da base mais 9 MS, assim divididos: (i) 4 decisões que reconheceram a litispendência, (ii) 1 decisão que foi tornada posteriormente sem efeito, em virtude de equívoco na publicação e (iii) 4 decisões em que foi reconhecida a perda de objeto e/ou julgou-se prejudicado o recurso/impetração⁶⁵

Nesse ponto, vale a mesma ressalva feita anteriormente quanto à exclusão dos HC: em tais decisões não se verificou que a perda de objeto ou a conclusão pelo julgamento prejudicado decorreu de morosidade que evidenciasse estratégia decisória que pudesse dar margem a alguma análise no espectro deferencial e, por isso, foram retiradas da base de dados.

Ao final, após todas as exclusões, restaram na base de dados 112 julgados da classe MS.

No que tange aos RMS, dos 24 julgados, 14 foram excluídos em virtude da impertinência temática, a exemplo do que questionava a possibilidade de inscrição em processo seletivo de pessoa enquadrada no grupo de risco de Covid-19⁶⁶ e do que impugnava a ausência de renovação de contrato de agente penitenciário, sob o argumento de existência de legislação estadual que vedava a dispensa de agentes temporários durante a pandemia⁶⁷.

⁶² A propósito e exemplificativamente, vide o MS n. 26.053/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 2/6/2020 e o MS n. 27.362/RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, DJe 15/3/2021.

⁶³ Trata-se expediente que contém requerimento, mas que não tem classificação específica, nos termos do art. 67, parágrafo único, VIII do Regimento Interno do STJ.

⁶⁴ A propósito e exemplificativamente vide o EDcl no MS n. 26.413/DF, Min. Rel. Assusete Magalhães, DJe 2/9/2020, em que a Min. Relatora entendeu não estarem presentes os fundamentos do art. 1.022 do CPC, que autorizam a oposição de embargos de declaração e, por esse motivo, rejeitou os embargos.

⁶⁵ A propósito e exemplificativamente, vide o MS n. 27.830/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 9/2/2022, em que, entre a análise da liminar e a conclusão para a cognição exauriente, as vacinas contra a Covid-19 já haviam sido “disponibilizadas pelos entes federativos a todas as pessoas na faixa etária à qual pertence o ora impetrante”, motivo pelo qual concluiu-se pela “perda superveniente do objeto da impetração” e o MS n. 27.223/DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 23/2/2021, em que “a pretensão deduzida na presente impetração era no sentido de que as autoridades impetradas aviassem esforços de modo a permitir o retorno da impetrante ao território brasileiro” e entre a análise da liminar e a conclusão para a cognição exauriente “tal desiderato já restou efetivado, [motivo pelo qual] conclui-se, de fato, pela perda superveniente do objeto do writ”

⁶⁶ RMS n. 66.618/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ3 3/8/2021.

⁶⁷ RMS n. 67.686/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ3 17/12/2021.

Ainda sobre o RMS, mais 2 registros foram excluídos: um se tratava de decisão em agravo interno mantendo a decisão recorrida, diante do não cabimento do recurso e, no outro, reconheceu-se a perda do objeto, sem a análise de qualquer questão relacionada ao mérito da impetração.

Após as exclusões, restaram 8 RMS na base de dados.

Com relação às decisões nos processos pertencentes à classe SLS, verificou-se que 37 registros que constavam da base de dados inicial por possuírem referência à pandemia de Covid-19, não se referiam a nenhuma medida de enfrentamento à crise sanitária e, portanto, foram excluídos da base refinada⁶⁸.

Seguindo a mesma lógica da exclusão de decisões que tratam tão somente de questões processuais, foram excluídos mais 3 registros – de agravos internos em SLS. Em um deles, o agravante não apresentou impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão recorrida, motivo pelo qual o recurso não foi conhecido. Nos outros dois, os agravos internos foram julgados prejudicados em virtude de liminar idêntica ter sido apreciada previamente pelo STF.

Reitera-se, no particular, que a base não deixou de conter todos esses incidentes processuais. Pelo contrário: permaneceram os julgados que superaram os óbices processuais de conhecimento e, ao ingressar no mérito da decisão questionada, a mantiveram ou alteraram. Tais decisões serão objeto de análise qualitativa no espectro deferencial estipulado no último capítulo⁶⁹.

Totalizando as exclusões, a base de dados ficou composta por 36 decisões da classe SLS.

Por fim, na classe SS, 13 das 26 decisões tratavam de assuntos alheios à pesquisa, a exemplo do pleito de repasse a um município de percentual do produto da arrecadação de ICMS

⁶⁸ A propósito e exemplificativamente, vide (i) a SLS n. 2.786/CE, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 17/9/2020, em que se questionam supostas irregularidades em unidade de saúde diante da ausência de médico pediatra, na qual a decisão de origem ressalta que “inobstante estarmos atravessando um momento muito difícil no cenário mundial da saúde, em razão da pandemia do Covid-19, registro que as demais patologias não podem ser esquecidas pelo Poder Público”; e (ii) o EDcl na SLS n. 2.850/GO, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 9/3/2021 em que duas concessionárias pleiteiam, em síntese, a suspensão da oferta de gratuidades e descontos no transporte interestadual de passageiros o que lhes causou “forte impacto financeiro”, “notadamente em época de pandemia de covid-19”.

⁶⁹ A propósito e exemplificativamente vide o AgInt na SLS n. 2.692/PA, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 16/11/2020. A decisão monocrática foi proferida pelo então presidente da Corte, Min. João Otávio de Noronha. O agravo interno foi julgado já na gestão do Min. Humberto Martins e por ele relatado. Na ocasião, a decisão monocrática foi mantida com o acréscimo de argumentos sobre a necessidade de manutenção da decisão do Poder Executivo de modo a evitar interferência “indesejável, na normalidade administrativa do ente público, uma vez que causa tumulto no planejamento e na execução das ações inerentes à gestão pública”.

relativo à circulação de mercadorias e à prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, “em um momento tão delicado de crise, gerada pela Pandemia do Coronavírus (COVID-19)”⁷⁰ e do pedido de suspensão da tramitação do processo de cassação de prefeito municipal, argumentando que a “possibilidade de o município ficar acéfalo em plena pandemia da covid-19” ocasionaria “grave lesão à ordem pública”⁷¹.

Importante mencionar, também, que nem só a partir de exclusões a base foi composta. A leitura (i) de todas as manifestações judiciais dos processos cujas decisões estavam inicialmente abarcadas pelos filtros de pesquisa e (ii) de todas as notícias publicadas no site do STJ sobre os processos julgados relacionados à pandemia, permitiu averiguar que, em 12 processos, havia decisões que não estavam originalmente incluídas na base de dados, mas que se relacionavam com o objeto da pesquisa.

Trata-se de 2 decisões em HC, 7 decisões em MS e 3 decisões em SLS que, apesar de não mencionarem os argumentos inicialmente utilizados para o resgate das decisões (‘sars\$’, ‘covid\$’, ‘corona adj virus’, ‘coronavírus’, ‘pandemia’ ou ‘corona virus disease 2019’), tratavam de políticas públicas de enfrentamento à Covid-19⁷².

Um caso interessante é o da SLS n. 2.977/AM. Trata-se de suspensão de liminar e sentença proposta pelo Estado do Amazonas contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas que determinou a suspensão do retorno às aulas presenciais no Município de Maués. Originalmente, constava do banco de julgados apenas a decisão monocrática relatada pelo Min. Humberto Martins, DJe 12/8/2021. Entretanto, a análise dos autos revelou que havia um despacho prévio, publicado no DJe em 2/8/2021 e proferido pelo Min. Jorge Mussi, Vice-

⁷⁰ SS n. 3.224/RR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 22/5/2020.

⁷¹ SS n. 3.313/MA, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 20/5/2021.

⁷² A propósito e exemplificativamente, vide a decisão monocrática no HC n. 717.567/CE, proferida pelo Min. Og Fernandes, DJe 5/5/2022, em que a controvérsia é assim descrita: “Trata-se de habeas corpus preventivo, com pedido de liminar, impetrado por Filipe Gonçalves de Almeida (em causa própria), no qual indica como autoridade impetrada o Governador do Estado do Ceará consistente na edição do Decreto n. 34.475/2021. O impetrante alega que o ato normativo ora impugnado, ao instituir o denominado passaporte sanitário como requisito de entrada nos órgãos públicos do Estado do Ceará, agride os direitos e garantias individuais do cidadão, em especial a liberdade de locomoção e o livre exercício da atividade profissional. Requer o deferimento da ordem para que lhe seja assegurado o direito de ingresso e permanência em qualquer local de acesso público, independentemente da exigência de cartão vacinal”. Constava do banco de dados a decisão monocrática liminar proferida pelo Min. Humberto Martins, DJe 18/1/2022, que nos mesmos autos, descreveu a controvérsia utilizando a expressão ‘covid-19’, como se vê a seguir: “Alega o impetrante/paciente a ocorrência de constrangimento ilegal decorrente de ato normativo editado pela autoridade apontada como coatora (Decreto n. 34475/2021), que restringe o acesso do público em geral às dependências dos órgãos públicos estaduais, exigindo como requisito para a entrada nos aludidos prédios públicos a apresentação de comprovante de vacinação contra a covid-19”. Em todos os casos assemelhados, que somaram 11, no total, foi realizada a devida inclusão da decisão que inicialmente não constava do banco de dados, passando, então, a estarem ambas as decisões proferidas nos autos, aptas a serem avaliadas qualitativamente.

Presidente que, à época estava no exercício da Presidência, cujo conteúdo poderia ser passível de análise na presente pesquisa.

Isso porque, ainda que o filtro inicial da pesquisa tenha contemplado apenas os documentos caracterizados como decisões monocráticas ou acórdãos, no caso em comento, notou-se que o despacho proferido pelo ministro Vice-Presidente revela, em alguma medida, um caráter deferencial ao ente público.

Diz-se deferencial, uma vez que, ao invés de analisar de imediato o mérito da controvérsia, referido despacho determinou a intimação do Estado do Amazonas para apresentar, em 48 horas, o detalhamento de informações julgadas relevantes pelo ministro, postergando a avaliação meritória e concedendo mais prazo, ao próprio requerente da SLS, para a instrução processual.

No MS n. 27.443/DF, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 6/4/2021, ocorreu situação assemelhada. Na ocasião, por meio de despacho, o ministro relator afirmou que se reservaria “a apreciar o pedido de concessão de liminar após a juntada de informações a serem prestadas” pela autoridade coatora.

Embora aqui, diferentemente da SLS n. 2.977/AM, o ministro relator não tenha indicado, de maneira pormenorizada, quais as informações julgava relevantes para serem trazidas aos autos, em ambos os casos, à semelhança do que ocorreu no Mandado de Segurança n. 27.945/DF, comentado no primeiro capítulo, a despeito de os despachos, por definição, não conterem conteúdo decisório sobre o mérito da causa, observou-se que possuem condições de serem avaliados sob a ótica da deferência do Judiciário para com os atos de Poder Executivo, motivo pelo qual foram incluídos no banco de dados.

Por fim, deve-se mencionar que a leitura preliminar das decisões possibilitou sua catalogação de acordo com o Poder que emitiu o ato questionado. Nessa ocasião, confirmou-se a hipótese inicial da dissertação, de que seria provável encontrar, nos achados empíricos, muito mais casos relacionados a questionamentos de atos do Poder Executivo que do Legislativo. Isso porque, em regra, os atos legislativos são dotados de generalidade e abstração – e, portanto, despidos de concretude como os do Executivo. Daí, que o questionamento dos atos legislativos se dá por meio de expedientes de competência ou de juízes de primeiro e segundo grau, a exemplo do controle de constitucionalidade *in concreto*, ou do STF, por meio do controle abstrato de constitucionalidade.

Do universo de julgados obtido após o refinamento da base bruta, 303 decisões tinham como objeto a discussão de atos do Poder Executivo e apenas 1 referia-se a um questionamento

de ato do Poder Legislativo. Trata-se do HC n. 701.151/PB, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 22/10/2021, em que os impetrantes alegam que a exigência de comprovação de vacinação para ingresso a estabelecimentos comerciais, determinada pela Lei Estadual paraibana n. 12.083/2021, viola direitos e liberdades dos pacientes. O ministro relator, ao entender que os impetrantes estavam, na realidade, questionando a constitucionalidade da referida lei estadual, indeferiu liminarmente o pedido de *habeas corpus*.

Como se verá no capítulo seguinte, a impugnação de atos que exigiam a apresentação de passaporte vacinal foi a controvérsia mais presente nas decisões analisadas. Entretanto, em todas elas, à exceção do HC ora comentado, questionavam-se atos dos Poderes Executivos estaduais e/ou municipais, e nunca apenas a lei aprovada pelo parlamento local.

Considerando, então, que se trata de caso singular na base de dados, em que o único ato questionado é originário do Poder Legislativo e, diante da possibilidade de qualquer conclusão a respeito do espectro de deferência do STJ ao Poder Legislativo a partir da análise de apenas uma decisão, optou-se por excluir esse julgado do banco de dados para, inclusive, não contaminar a base de informações.

Aplicados todos os filtros acima descritos, a base de dados passou a contar com 303⁷³ julgados, relativos a 267 processos.

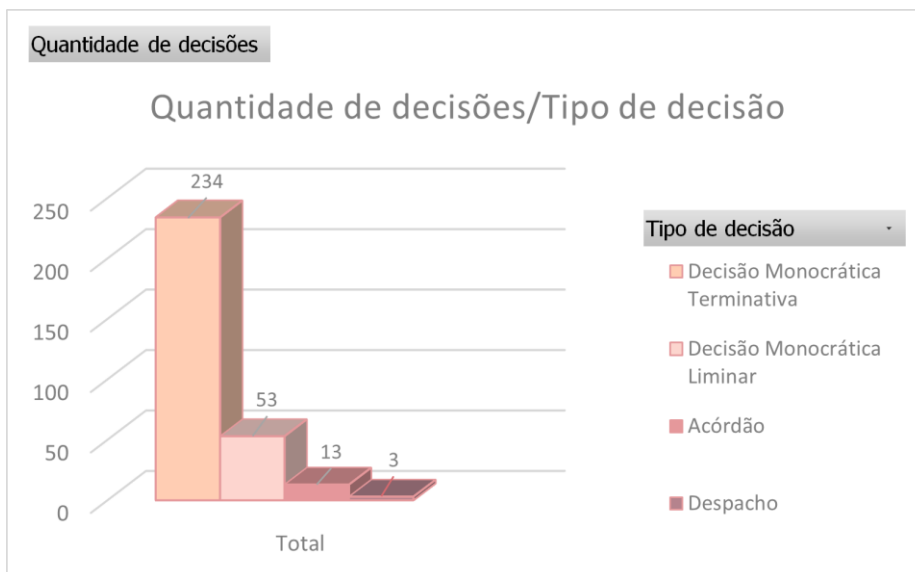
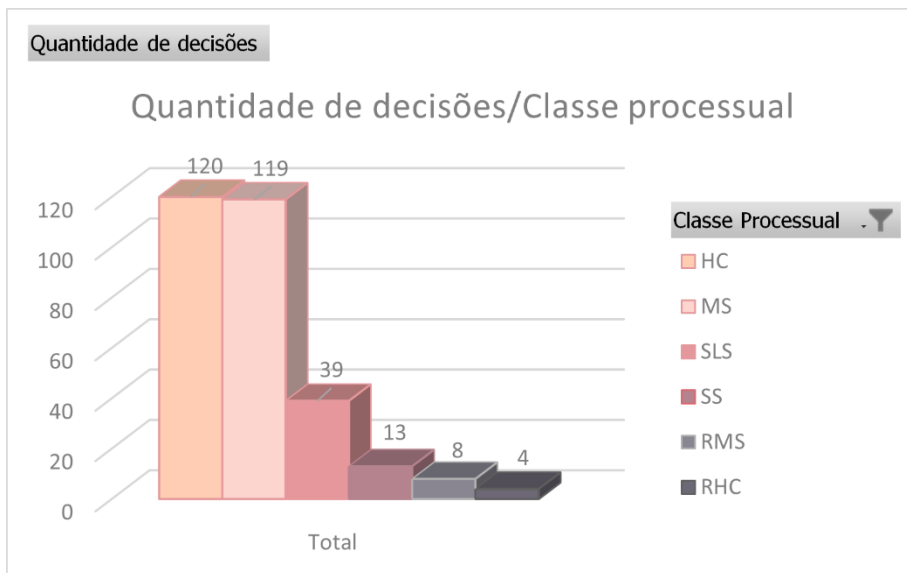
Rememore-se que interessa à presente pesquisa a análise do padrão discursivo da decisão, para que dele seja possível extrair o matiz de deferência utilizado pelo julgador em cada um dos pronunciamentos. Assim, faz mais sentido que a unidade de trabalho seja “decisão” e não “processo”.

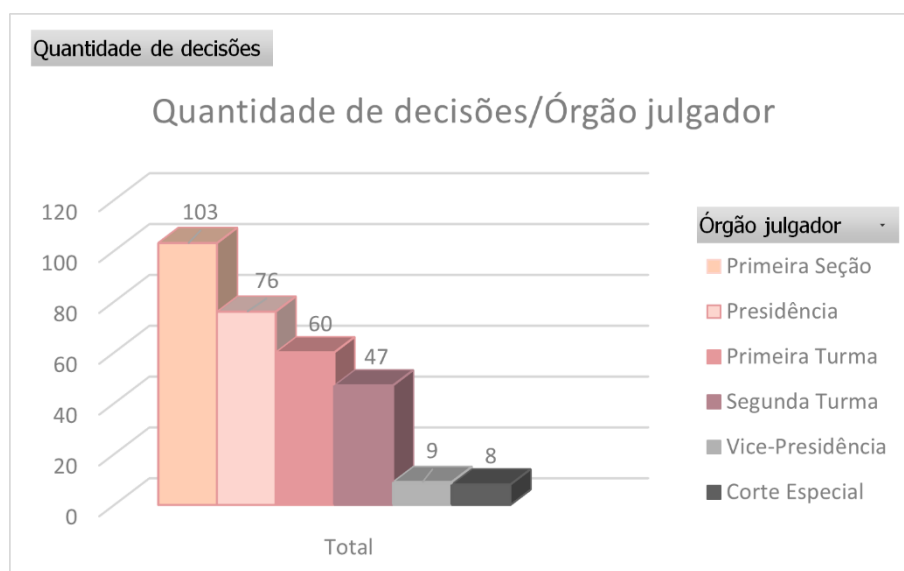
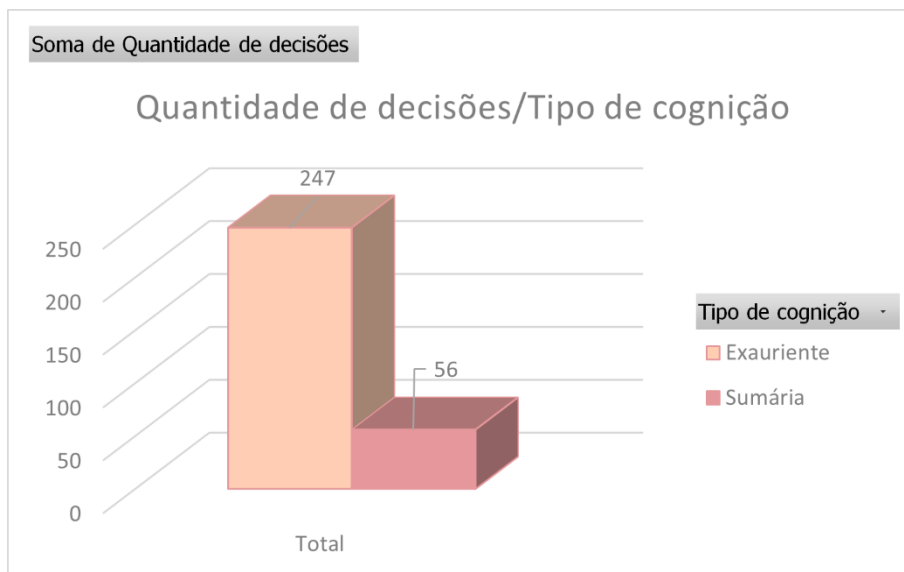
Isso porque, se uma série de fatores podem influenciar na argumentação de cada decisão individualmente considerada emitida pelo mesmo ministro prolator, quiçá subscrita por diferentes ministros, como ocorre nos casos em que a decisão liminar é de lavra do Presidente do Tribunal e a decisão final do ministro componente do colegiado ao qual o processo foi distribuído após a liminar.

Naturalmente, nos processos que contenham mais de uma decisão, a avaliação será feita de modo global, ou seja, todos os julgados serão individualmente analisados e globalmente considerados para chegar a uma conclusão sobre o desfecho processual e o espectro da deferência no processo determinado.

⁷³ A lista dos 303 julgados encontra-se anexa, com as decisões ordenadas por classe processual – na sequência em que cada classe foi problematizada no capítulo terceiro e, dentro da classe, por data de publicação no DJe.

Feitos os devidos filtros e refinamentos, as decisões que serão objeto de análise estão desse modo divididas, por classe processual, tipo de decisão, tipo de cognição e órgão julgador:





Todas essas 303 decisões foram lidas preliminarmente e sua compatibilidade com a pesquisa foi atestada, motivo pelo qual serão objeto de análise qualitativa.

Isso significa que o universo do estudo, denominado de base refinada, é composto por 303 julgados que serão submetidos a uma abordagem censitária e sincrônica (COSTA; HORTA; FULGÊNCIO, 2021).

Censitária, porque serão analisadas todas as decisões do recorte – ao invés de apenas algumas, o que tornaria a pesquisa amostral. Sincrônica, porque trata-se de levantamento de dados sobre uma situação fixada no tempo – de 1/1/2020 a 19/5/2022.

Delimitado o universo, passemos, enfim, aos critérios qualitativos do modelo teórico que norteará a análise individual de cada decisão.

2.3 A classificação de Jordão e Cabral Junior, a Teorização Fundamentada nos Dados (TFD) e a criação de categorias

No capítulo precedente, discutiu-se o fato de que a doutrina, atualmente, parte de um certo consenso de que a intensidade do controle judicial das decisões administrativas não opera na lógica do “tudo ou nada” e, portanto, que seria incoerente analisar as decisões judiciais com o objetivo de responder *apenas* “sim” ou “não” à pergunta se uma determinada decisão foi deferente à atuação da administração pública.

Nesse capítulo, o que se objetiva é alicerçar as bases para os testes empíricos que virão a seguir, ocasião em que as decisões do Superior Tribunal de Justiça, que analisam as políticas de enfrentamento à Covid-19, serão classificadas e avaliadas segundo categorias que permitam concluir se o Tribunal é deferente ou interveniente na atuação dos gestores públicos.

A definição da intensidade do controle judicial já foi, continua sendo e, provavelmente, sempre será, objeto de muitos debates nas Cortes de Justiça de todo o mundo.

Por um lado, é tentadora a definição de estruturas dogmáticas a serem analisadas pelos tribunais, como, por exemplo, a avaliação de discricionariedade ou vinculatividade dos atos administrativos ou, ainda, a (in)existência de ambiguidade normativa, para que, a partir desses conceitos, conclua-se pela (in)ocorrência de deferência judicial às decisões administrativas. Entretanto, pesquisas empíricas demonstram que tal “simplicidade das estruturas facilitadoras” (JORDÃO, 2016b, p. 28) não contempla, nem faz frente à complexidade das decisões de instituições administrativas altamente especializadas e que decidem sobre conceitos jurídicos indeterminados.

Por outro lado, a complexificação da análise a respeito da intensidade do controle judicial, a exemplo da inclusão de muitos elementos casuísticos e, portanto, mutáveis a depender do caso concreto, podem gerar a inoperância e lentidão do sistema judicial (JORDÃO, 2016b, p. 41).

O caminho do meio, a medida certa da intensidade do controle judicial sobre as decisões administrativas e a construção de *standards* para que, a partir deles, os Tribunais possam concluir por um nível mais forte ou mais fraco de deferência aos atos da Administração constituem os mais atuais questionamentos sobre deferência judicial e, o presente trabalho, não se furta dessas discussões.

Também como visto anteriormente, sob a égide da Constituição de 1988 “os compromissos valorativos não mais permitem o reconhecimento apriorístico de uma área de

não controle, especialmente de cariz judicial” (VALLE, 2020, p. 112), motivo pelo qual se mostra fundamental compreender como seria possível construir critérios que norteiem a avaliação das escolhas públicas pelo Judiciário, sem, de um lado, comprometer a legitimidade democrática e a expertise dos demais Poderes e, de outro, apequenar o controle jurisdicional, fundamental para as bases de qualquer sociedade democrática.

Partindo da conceituação de acordo com a qual “toda a pesquisa empírica procura atingir um dentre três fins, ou mais tipicamente alguma combinação deles: coletar dados para o uso do pesquisador ou de outros; resumir dados para que sejam facilmente compreendidos; e fazer inferências descritivas ou causais” (EPSTEIN; KING, 2013, p. 23), após a coleta de dados realizada e exposta nos últimos subtítulos, a seguir serão descritas as catalogações às quais serão submetidas as decisões selecionadas para que, a partir desses *standards*, seja possível realizar inferências e concluir sobre a postura do STJ ao analisar as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19.

De fato, previamente à coleta dos dados, é necessário que a pesquisa eleja um referencial teórico que esclareça os conceitos de interesse que serão observados a partir da empiria⁷⁴ (EPSTEIN; MARTIN, 2014, p. 26).

Na presente pesquisa, esse referencial é o já citado trabalho de Eduardo Jordão e Renato Toledo Cabral Junior, intitulado “A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA”.

Na ocasião, os pesquisadores⁷⁵ analisaram 134 processos em que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro julgou algum ato praticado pela Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – Agenera, com o objetivo de verificar o nível de deferência do Tribunal para com as decisões da agência reguladora.

Os dados obtidos foram classificados, de modo inovador, em 3 categorias: discurso de deferência, deferência pelo resultado e deferência pela amplitude de controle.

Quanto ao discurso de deferência, a pesquisa agrupou as decisões em três subgrupos, quais sejam:

⁷⁴ No original: “before researchers can answer legal questions empirically—actually before they can collect even the first piece of data—They must devise ways to clarify the concepts of interest so that they can observe them”.

⁷⁵ O artigo é “produto de pesquisa desenvolvida por alunos da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio) na disciplina de atividade complementar obrigatória denominada “Oficina de Pesquisa”, realizada durante o segundo semestre do ano de 2017 (...) A catalogação das pesquisas e a apresentação do trabalho final apresentado à Faculdade foi fruto do trabalho feito pelos alunos Alexandre Blois, Eduardo Adami, Fábio Rodrigues, Gabriel Arlé, Giulia Costa, Julia Rezende, Luiza Brumati, Maria Eduarda Gomes e Rodrigo Roll sob a orientação do assistente de pesquisa Renato Toledo Cabral Junior e supervisão do professor Eduardo Jordão”. (JORDÃO; CABRAL JUNIOR, 2018, p. 539).

decisões que adotaram um discurso de deferência específico para as agências reguladoras baseada em aspectos institucionais da entidade (discurso de deferência específico), (...) decisões que adotaram um discurso de deferência com base em uma ideia geral de separação dos poderes e autorrestrição em relação à Administração Pública como um todo (discurso de deferência genérico), [e] decisões que não adotaram qualquer tipo de discurso de deferência em suas razões de decidir (discurso de deferência ausente). (JORDÃO; CABRAL JUNIOR, 2018, p. 549-550).

Considerando, entretanto, que “o discurso não representa, per se, uma postura respeitosa dos Tribunais em relação às agências reguladoras”, quer porque “é possível que haja deferência sem a adoção de um discurso – até porque, ao contrário de outros países, o Brasil não possui um precedente paradigmático ou um entendimento doutrinário pacífico sobre a existência efetiva de uma teoria da deferência com um (ou mais) parâmetro(s) claro(s) de aplicação”, quer porque “nem sempre a adoção do discurso condirá com uma postura respeitosa do tribunal” (JORDÃO; CABRAL JUNIOR, 2018, p. 550), duas outras categorias foram utilizadas para avaliar as decisões: a da deferência pelo resultado e a da deferência pela amplitude de controle.

Na deferência pelo resultado, foram classificadas como deferentes aquelas decisões do TJRJ que mantiveram a decisão administrativa contestada judicialmente e, não deferentes, as decisões judiciais que anularam ou suspenderam as decisões administrativas.

Entretanto, como explicam os autores, “a postura autorrestritiva não implica necessariamente a manutenção da decisão administrativa (...) [sendo] possível que o tribunal chegue à conclusão de que a ela não fora, e.g., razoável, levando à sua anulação” (JORDÃO; CABRAL JUNIOR, 2018, p. 550). Por esse motivo, as decisões foram também classificadas em virtude da deferência pela amplitude de controle, ocasião em que

acórdãos que levaram em conta apenas os aspectos formais e procedimentais foram classificados como (...) “controle formal” [e] (...) julgados em que os magistrados levaram em conta aspectos substanciais da decisão, muitas vezes com base em avaliações próprias de razoabilidade ou de juízos pessoais sobre a questão posta em julgamento, foram classificadas como (...) “controle substantivo”. (JORDÃO; CABRAL JUNIOR, 2018, p. 550-551).

A citada pesquisa é pioneira e, até o presente momento, se desconhece outro estudo empírico que tenha analisado decisões judiciais sob categorias tão claras e bem definidas a respeito da deferência judicial às escolhas administrativas. Daí, sua eleição como modelo teórico que guiará o presente trabalho.

Ressalte-se que o estudo conduzido por Jordão e Cabral Junior avaliou a deferência judicial em face de decisões de uma agência reguladora, o que, como se viu no capítulo precedente, condiz com o nascedouro da própria teoria da deferência.

Também como visto anteriormente, construções teóricas possibilitam que o respeito do Judiciário para com as escolhas administrativas seja estendido para decisões tomadas por outros órgãos dentro do Poder Executivo, que não apenas as agências reguladoras, bem como por outro Poder, qual seja, o Legislativo.

Em assim sendo, e dadas as peculiaridades do presente estudo, o modelo teórico de Jordão e Cabral Junior é o ponto de partida para a catalogação e avaliação das decisões do STJ, ao qual serão agregados novos critérios que se mostrarem relevantes para a análise do objeto estudado.

A propósito, Costa e Fulgêncio mencionam que diante da inexistência de

categorias maduras para orientar a pesquisa empírica, exige-se do pesquisador uma boa dose de criatividade, visto que a investigação envolverá uma série de adaptações das teorias existentes, para que elas se tornem aplicáveis ao contexto brasileiro contemporâneo e aos problemas de pesquisa especificamente enfrentados. (COSTA; FULGÊNCIO, 2020)

No particular, o método da Teorização Fundamentada nos Dados (TFD) foi de grande valia para a criação de categorias sob as quais as decisões estudadas pudessem ser qualificadas e, posteriormente, analisadas.

Trata-se, em suma, de “um método de análise de matérias essencialmente qualitativas (...) [que] se baseia num processo onde se faz necessário alternar, de maneira repetida e flexível, a observação dos dados empíricos e a formulação de enunciados teóricos” (CAPPI, 2017, p. 404).

Na prática, ainda que o estudo dos conceitos e a definição estipulativa de deferência constem, nessa dissertação, de capítulos anteriores aos que descrevem a coleta de dados, a avaliação do conteúdo dos julgados e sua aderência aos conceitos foi realizada em “um procedimento de tipo circular, em que se passa continuamente dos dados aos conceitos, e vice-versa, sem ser possível separar claramente as duas operações em constante interação” (CAPPI, 2017, p. 404).

Por meio desse processo averiguou-se na realidade observada, qual seja, as decisões judiciais componentes na base refinada, quais seriam os conceitos e as categorizações aptas a descrevê-las.

De saída, optou-se por categorizar as decisões a partir do Poder da República do qual emanou o ato questionado, se Executivo ou Legislativo. Pretendia-se, ao final, examinar a possibilidade de se concluir pela existência de maior ou menor deferência, por parte do STJ, a depender o Poder responsável pela edição do ato analisado. Entretanto, conforme acima mencionado, havendo apenas uma decisão que analisava o questionamento de ato do Poder Legislativo no banco de dados, ela foi excluída, diante da impossibilidade de averiguação da deferência a partir de apenas um julgado.

Também com o objetivo de avaliar o nível de deferência a depender do ente federativo de que emanou o ato administrativo, decidiu-se classificar o ato questionado por esfera federativa: se federal, estadual/distrital ou municipal.

No tocante à classificação de Jordão e Cabral Junior (2018), de início, a conclusão óbvia era a de que não fazia sentido classificar as decisões do presente estudo com base na existência de um discurso de deferência específico para as agências reguladoras, já que as decisões avaliadas nessa dissertação são todas emanadas da administração direta do Poder Executivo.

Por isso, ao analisar a “deferência pelo discurso”, as decisões serão separadas em duas categorias, a depender da presença ou da ausência do discurso de deferência. Optou-se, no ponto, pelo acréscimo de mais uma camada nesse critério: presente o discurso de deferência, ele será classificado com base nos argumentos utilizados nas decisões.

No ponto, para além do referencial de Jordão e Cabral Junior (2018), serão utilizados alguns dos *standards* propostos por Vanice Valle e Gustavo Binembojm, que elencam critérios a serem considerados pelo magistrado ao exercer o controle jurisdicional sobre atos administrativos.

Para Vanice Valle,

deflagrada a iniciativa de controle judicial, a primeira investida do agente controlador é de ser no sentido de conhecer os termos da estratégia desenhada pela Administração Pública para o trato da matéria. Existe uma política pública em curso? Quais os seus termos? Ela foi aplicada à hipótese? Alegada violação a direito decorre da estrita aplicação à esfera individual dessa mesma política pública? Ou a hipótese de fato contempla uma simples falha de serviço, com a não aplicação da estratégia de ação que o Estado traçara para si? Ou ainda, o que se tem é uma situação individual ou coletivo que se

julga erroneamente excluída da política pública existente e em curso?
(VALLE, 2020, p. 119)

Já para Gustavo Binembojm, devem ser considerados

(i) grau de restrição a direitos fundamentais (quanto maior, mais intenso o controle); (ii) grau de objetividade extraível do relato normativo (quanto maior, mais intenso o controle); (iii) grau de tecnicidade da matéria (quanto maior, menos intenso o controle); (iv) grau de politicidade da matéria (quanto maior, menos intenso o controle); (v) grau de participação efetiva e consenso obtido em torno da decisão administrativa (quanto maior, menos intenso o controle). (BINENBOJM, 2005, p. 21)

Tendo em conta esses *standards*, uma vez presente o discurso de deferência, os argumentos utilizados pelos ministros para deferir à interpretação da administração, serão conforme eles classificados, ocasião em que se averiguará se e quais atributos da política pública analisada foram considerados para o discurso de deferência judicial.

Considerando, ainda, que as decisões analisadas são oriundas do STJ, optou-se por incluir mais uma categoria de análise dos julgados, qual seja, a aferição a respeito do ingresso no mérito pelo Tribunal, ou do não conhecimento da matéria em virtude de algum óbice de admissibilidade.

Diferentemente da pesquisa de Jordão e Cabral Junior, que analisava decisões de um Tribunal de Justiça e, portanto, competente para uma avaliação integral dos autos processuais, verificou-se, na leitura preliminar das decisões objeto deste estudo, que muitas delas sequer ingressaram no mérito da política pública, diante da existência de óbices de admissibilidade.

Caso os julgados apontem quaisquer desses óbices, eles serão devidamente catalogados e analisados conjuntamente com as demais decisões.

Atentando ao fato de que “uma coisa são os tribunais dizerem que adotarão uma postura de deferência, outra bem diferente é eles de fato agirem com deferência em casos concretos” (ACKERMAN, 2014, p. 20), no próximo capítulo, com a análise das decisões, será possível avaliar a adoção ou não de um discurso de restrição por parte do STJ (exame da deferência como discurso); o percentual de revisão judicial (exame da deferência como resultado); e se o STJ limita o objeto daquilo que pode revisar (exame da deferência como amplitude de controle) (JORDÃO; CABRAL JUNIOR, 2018, p. 544).

2.4 Conclusões parciais

No presente capítulo, foram expostas as escolhas metodológicas que levaram à estruturação da base de decisões que serão objeto de análise, além dos parâmetros utilizados para a avaliação de cada um dos julgados que será feita no capítulo seguinte.

Ainda que as conclusões finais sobre o objeto estudado sejam resguardadas para o próximo capítulo, nesse momento da pesquisa já é possível realizar, no mínimo, duas ilações diretamente ligadas à condução do trabalho: a primeira, de que para favorecer o aumento e a agilidade de estudos empíricos sobre a jurisprudência do STJ, seria interessante uma remodelação da forma com que são retornados no site os resultados de pesquisa de jurisprudência. A segunda, que a construção de categorias que permitam a análise de decisões judiciais dos Tribunais Superiores sob a ótica da deferência, apesar de incipiente, é desafiadora e estimulante.

O processo de construção da base de dados também rende epílogos interessantes.

A ingenuidade inicial, típica da redação de projetos de pesquisa e do primeiro contato metodológico do pesquisador com o tema, poderia supor que as decisões analisadas no presente trabalho seriam recuperadas por meio da busca, na barra de pesquisa de jurisprudência do STJ, dos vocábulos ‘covid’ e ‘políticas públicas’.

A realidade, contudo, mostrou-se dotada de maior complexidade.

De início, note-se que a busca pelos julgados a serem analisados precisou ser composta por várias camadas de checagem de sua qualidade, como a leitura das notícias divulgadas pelo STJ sobre os processos emblemáticos analisados durante a pandemia e a realização de pesquisas exploratórias que auxiliassem no burilamento dos critérios de procura. A propósito, a definição das seis classes processuais que compõem a base e a estipulação dos critérios de inclusão e de exclusão de julgados somente foram possíveis a partir desse esforço de criação de um controle de qualidade concomitante à própria construção dos argumentos de pesquisa.

Diga-se, ainda, que a inexistência de uniformidade na menção às “políticas públicas” tornou inútil a utilização dessa expressão na busca pelos julgados, motivo pelo qual foi necessário adotar estratégia inversa que, ao invés de resgatar as decisões de interesse da pesquisa, excluiu aquelas impertinentes.

Como visto, a pandemia de Covid-19 suscitou diversos questionamentos perante o STJ, em uma multiplicidade de matérias, nem sempre relacionadas às políticas públicas de enfrentamento ao coronavírus. Em virtude da impertinência temática, foram descartadas da base

de dados decisões sobre políticas públicas energéticas, de anistia e de distribuição de verbas a entes federados, além de julgados relacionados à gestão de pessoal ou de contratações públicas, entre outros temas. Embora inicialmente contemplados na base de dados por conterem vocábulos que se referiam à atual crise sanitária – geralmente, como reforço argumentativo, esses julgados decidiam pleitos alheios à pesquisa.

A consistência da base de dados está diretamente ligada aos esforços empreendidos em sua construção. Por meio deles foi possível sair do universo de 3.749 julgados que, teoricamente, tinham o potencial de aderência ao presente trabalho, e chegar a 303 decisões que, definitivamente, representam os julgados do STJ sobre as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 implementadas pelos Poderes Executivos nacionais. A propósito, diante da inviabilidade qualquer conclusão a respeito do espectro de deferência do STJ ao Legislativo a partir da análise de apenas uma decisão, o único julgado que analisava política pública forjada pelo Legislativo foi excluído da base de dados.

Solidificadas as noções de que exercer controles judiciais é importante, inclusive, para o aprimoramento dos controles administrativos, e de que os precedentes oriundos da atual crise sanitária podem representar aprendizados para lidar com crises futuras, resta, a partir da análise da base de dados, compreender a postura adotada pelo STJ ao analisar os conflitos jurídicos decorrentes da pandemia de Covid-19.

CAPÍTULO 3 – PRÁTICAS E POSSÍVEIS TENDÊNCIAS DECISÓRIAS: DIAGNÓSTICO DA AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO À COVID-19 PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A coleta de dados a respeito de um fenômeno pouco o exprime sem uma análise que suporte os achados empíricos. Garantir que as abstrações teóricas do primeiro capítulo se relacionem estreita e fielmente com os fragmentos empíricos da realidade coletados no âmbito dessa pesquisa (CAPPI, 2017, p. 392) é o objeto do terceiro capítulo que ora se inicia.

De início, as categorias sob as quais os julgados foram catalogados serão minudentemente explicadas, no intuito de guiar o leitor na análise dos achados empíricos.

Posteriormente, os resultados serão apresentados em grupos de classes processuais (HC/RHC, MS/RMS e SS/SLS), em virtude da semelhança nos padrões discursivos, nos temas e nos desfechos decisórios em cada um desses agrupamentos. As variáveis do modelo teórico que suporta a pesquisa serão individualmente consideradas e, também, conjugadas, de modo a permitir a extração de conclusões sobre a postura do STJ ao analisar as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19.

Ainda na ocasião de apresentação dos resultados, as decisões componentes do banco de dados serão problematizadas e pretende-se jogar luz sobre os casos mais emblemáticos de cada uma das classes processuais.

Por fim, será realizado um balanço geral dos achados empíricos, com as consequentes conclusões sobre a avaliação de políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 pelo STJ.

3.1 Explicando as categorias: um guia para a análise dos achados empíricos

No capítulo precedente, detalhou-se a realização da leitura preliminar dos julgados, que teve como objetivo realizar o último filtro na base bruta, sinalizando quais decisões efetivamente iriam compor o banco de dados em virtude de sua pertinência com o tema ora pesquisado: políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 levadas à apreciação do STJ.

Após esse exercício, chegou-se ao quantitativo final de julgados – 303 decisões – que será objeto de escrutínio qualitativo conforme as categorias estipuladas no último capítulo. A seguir, tais categorias serão individualmente detalhadas e, por uma questão didática, foram esquematizadas conforme a tabela abaixo reproduzida.

Tabela 2 – Categorias sob as quais serão analisadas as decisões

Poder que emitiu o ato questionado	Executivo			
Esfera de Poder que emitiu o ato questionado	Federal			
	Estadual/Distrital			
	Municipal			
Tipo de cognição	Sumária	Postergação da análise de medida liminar		
		Ausência de preenchimento de requisitos para a concessão de medida liminar		
		Preenchimento de requisitos para a concessão de medida liminar		
	Exauriente	Sem análise de mérito	Incompetência do STJ	
			Ilegitimidade de parte	
			Ausência de interesse processual	
			Ausência de prova pré-constituída	
			Ausência de esgotamento de instância	
			Utilização de HC como sucedâneo recursal	
			Súmula n. 266/STF	
Súmulas n. 283/STF e n. 284/STF				
Súmula n. 691/STF				
Análise de mérito				
Deferência pelo discurso (Há discurso de autorrestrição? Se sim, quais os argumentos utilizados?)	Não			
	Sim	Separação dos Poderes		
		Capacidades institucionais		
		Presunção de legitimidade do ato administrativo		
		Razoabilidade/necessidade do ato administrativo		
Legalidade do ato administrativo				
Deferência pelo resultado (Qual a postura do Judiciário com relação à decisão administrativa?)	Controle de atos administrativos	Anula/Excepciona		
		Confirma		
	Controle de omissões administrativas	Chancela omissão		
		Supre omissão		
Deferência pela amplitude de controle	Controle formal			
	Controle substantivo			

Fonte: autoria própria.

De início, as decisões foram catalogadas de acordo com o Poder que emitiu o ato questionado. Como se viu no último capítulo, tendo sido encontrada apenas uma decisão que discutia ato emanado do Poder Legislativo, ela foi excluída do banco de dados, diante da

impossibilidade da análise da deferência do Judiciário para com o Legislativo a partir da averiguação de apenas uma decisão.

Prosseguindo, as decisões foram classificadas quanto à profundidade do tipo de cognição, usualmente denominada de cognição vertical: se sumária ou exauriente. A categorização segue a tradicional lógica do processo civil: será sumária quando “prestada mediante um procedimento em que apenas uma das partes teve a oportunidade de se manifestar ou em que o material probatório recolhido ainda é passível de enriquecimento ao longo do procedimento” e, exauriente, na ocasião em que “ambas as partes foram ouvidas – ou, pelo menos, tiveram a oportunidade de ser ouvidas – e em que a decisão se encontra fundada em um quadro probatório completo – ou, pelo menos, em um quadro probatório tão completo quanto admitido pela natureza do procedimento” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 44).

Das 303 decisões analisadas no presente trabalho, 56 são de cognição sumária e 247 de cognição exauriente.

A leitura das decisões revelou a necessidade de criação de subcategorias em cada um dos tipos de cognição.

As decisões de cognição sumária são de 3 espécies autoexplicativas: (i) as que postergam a análise da medida liminar para após a oitiva da parte requerida (4 julgados)⁷⁶, (ii) as que não vislumbram a presença dos requisitos autorizativos para a concessão da medida liminar (48 decisões), e (iii) as que concedem a liminar em virtude do preenchimento dos requisitos para tanto (4 decisões).

Já as decisões de cognição exauriente foram subdivididas naquelas que analisam ou não o mérito processual. Eis, no ponto, uma das principais distinções feitas à metodologia de Jordão e Cabral Junior (2018), referencial teórico-metodológico da presente pesquisa.

Isso porque, os autores avaliaram a deferência a partir de decisões de instância ordinária, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Nesses casos, os recursos analisados – agravos de instrumento e apelações – são igualmente qualificados como ordinários e, guardadas as devidas peculiaridades de cada uma dessas espécies recursais, viabilizam o conhecimento da

⁷⁶ Nesses casos, destinando-se ao impulso do procedimento, sem qualquer conteúdo decisório, o ato poderia ser classificado como despacho. Entretanto, os achados empíricos mostram que não há uniformidade na categorização desses atos judiciais, ora denominados despachos, ora denominados decisões. Assim, optou-se por uni-los em uma única categoria, a de decisões, inclusive porque, posteriormente, todos eles serão objeto de escrutínio qualitativo, no intuito de revelar a existência de deferência nesse “simples” ato de ouvir a parte contrária.

causa em todos os seus aspectos, incluindo a reapreciação probatória (JORDÃO; CABRAL JUNIOR, 2018, p. 623).

Na presente pesquisa, todavia, o objeto está voltado para processos originários ou recursais de competência do STJ. O Tribunal, notadamente em virtude de sua missão constitucional de uniformização da interpretação do direito infraconstitucional federal em todo o território brasileiro, se vale de uma série de óbices de admissibilidade que, fatalmente, impedem o conhecimento do mérito debatido em milhares de processos ao ano (STJ, 2021a).

A utilização dos entendimentos jurisprudenciais, sumulados ou não, que inviabilizam o conhecimento dos recursos e das ações originárias, demonstra que a análise da deferência a partir de decisões de Tribunais Superiores demanda uma sistemática específica de classificação e um substrato teórico peculiar. No que tange à presente pesquisa, compreender as especificidades dos julgados do STJ e em que medida os óbices de admissibilidade são instrumentalizados pelo Tribunal para obstaculizar uma decisão meritória pode revelar uma técnica decisória passível de qualificação no espectro deferencial.

Nos processos em que o STJ foi demandado a resolver controvérsias relacionadas às políticas públicas de enfrentamento à Covid-19, os achados empíricos revelaram que não houve análise de mérito em 88,26% das decisões de cognição exauriente, correspondentes a 218⁷⁷ julgados, em números absolutos, dos quais 103 aplicaram óbices sumulares.

Isso significa que apenas 11,74% do total de decisões de cognição exauriente (29 julgados) romperam as barreiras de admissibilidade e tiveram o mérito efetivamente analisado.

No tocante aos processos em que não houve julgamento de mérito, o detalhamento dessa subcategoria revela que há, na base de dados, 80 ocorrências de processos cujas decisões reconheceram a incompetência do STJ.

Já em 17 julgados, verificou-se o óbice genérico de ‘ilegitimidade’, a impedir a análise meritória. Interessante notar que a nomenclatura utilizada pelos relatores para designar a ilegitimidade varia de acordo com as classes processuais em que esses óbices foram aplicados. Nas SLS e nas SS, fala-se simplesmente em ilegitimidade de parte, enquanto nos RMS e HC fala-se em erro no apontamento da autoridade coatora e nos MS em ilegitimidade da autoridade

⁷⁷ Estão aí incluídas 209 decisões de cognição exauriente das mais variadas classes processuais que aplicaram óbices processuais e 9 decisões de cognição exauriente em SS e SLS que se limitam a realizar considerações sobre questões adjacentes ao mérito, como a ausência de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

impetrada. Em todas as ocasiões pretende-se designar que falta, no polo ativo ou passivo, legitimidade *ad causam*.

Houve 1 decisão que extinguiu o processo sem resolução de mérito em virtude da ausência de interesse processual, uma vez que o pedido – prioridade de vacinação para os agentes das forças de segurança – já havia sido atendido administrativamente no decorrer do processo judicial.

Em 3 julgados, todos da classe MS, o veredito foi pela ausência de prova pré-constituída, um dos requisitos para a propositura do mandado de segurança.

Em outras 2 decisões, o óbice foi relativo à ausência do esgotamento de instância. Isso porque, a jurisprudência do Tribunal entende que em determinadas classes processuais, como o RMS e o RHC, a competência do STJ somente se instaura diante de julgados colegiados emanados de Tribunais, afastando a possibilidade de insurgência contra decisões proferidas monocraticamente.

Prosseguindo, em 3 decisões o empecilho processual foi relacionado ao fato de os processos – HC e RHC – estarem sendo utilizados como substitutivos dos recursos próprios. Nesses casos, diante da impossibilidade de utilização do *writ* como sucedâneo recursal, sob pena de tornar as regras do sistema recursal inócuas, reconhece-se a inadequação da via eleita e não se avança à análise meritória.

Em 99 decisões fez-se presente a aplicação, por analogia, do óbice da Súmula n. 266, do STF, cuja redação afirma que “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”. Além de no próprio mandado de segurança e no recurso em mandado de segurança, esse enunciado sumular também foi aplicado às classes HC e RHC, conforme se verá no detalhamento por classes processuais, feito nos tópicos seguintes.

O penúltimo óbice, encontrado em 1 decisão, refere-se às Súmulas n. 283 e 284, ambas do STF. Os enunciados afirmam, respectivamente, que “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles” e “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”. Na referida decisão, entendeu-se pela ausência de impugnação objetiva dos fundamentos do acórdão recorrido.

Por fim, a Súmula n. 691/STF (“Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a

tribunal superior, indefere a liminar”) foi aplicada em 3 decisões proferidas em HC que compõem a base de dados.

Releva notar, no ponto, que as decisões foram classificadas a partir do que aqui se denomina “óbice primário”. Explica-se. Em vários julgados o ministro relator aplica, desde logo, um óbice que impede a análise recursal ou que obsta o conhecimento da ação originária e, em sequência, como reforço argumentativo, indica que outros óbices também poderiam ser pertinentes ao caso concreto.

Um exemplo ocorre no HC n. 571.423/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 14/4/2020, em que se discutia o fechamento de “fronteiras municipais” de cidades do sul de Minas Gerais. Inicialmente, se reconheceu a incompetência do STJ, uma vez que “a controvérsia está bem delineada em relação aos Prefeitos”, autoridades cujas decisões não são escrutinadas por meio de HC cabível no STJ. Entretanto, em reforço argumentativo, ressaltou-se que os impetrantes invocavam, em abstrato, a coação oriunda de um decreto municipal, o que atrairia a incidência, também, do óbice da Súmula n. 266/STF. Neste caso, e nos demais assemelhados, como a razão de decidir calçou-se no primeiro óbice apontado, a despeito de reforço argumentativo que considera a possível incidência de mais impedimentos de análise meritória, a marcação na planilha considerou apenas o “óbice primário”, *in casu*, a incompetência do STJ.

A categoria seguinte é a da deferência pelo discurso. Por meio dela, pretende-se averiguar a ocorrência de padrões discursivos deferenciais e quais os argumentos utilizados pelo STJ para deferir às políticas públicas de enfrentamento à Covid-19, planejadas e executadas pelos Poderes Executivos nacionais.

Todas as decisões analisadas – 303 julgados – foram avaliadas quanto à presença ou ausência do discurso de deferência.

O que se constatou, no particular, foi a possibilidade de ocorrência de discurso deferência tanto em decisões de cognição sumária, quanto exauriente, sendo indiferente se nos julgados o mérito processual é ou não enfrentado. Em alguns casos, por exemplo, mesmo aplicando óbices processuais, os ministros relatores, em *obiter dictum*⁷⁸, discorrem sobre o mérito e exteriorizam discursos deferenciais, como na decisão HC n. 574.568/PB, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 4/8/2020.

⁷⁸ Na definição de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “é aquilo que é dito durante um julgamento ou consta em uma decisão sem referência ao caso ou que concerne ao caso, mas não constitui proposição necessária para sua solução”. Trata-se de conceito que se opõe à *ratio decidendi*, ou seja, à “razão necessária e suficiente para resolver uma questão relevante constante do caso.” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2020, p. 797).

In casu, a discussão referia-se à instituição de barreira sanitária que impedia o acesso a um município paraibano. Na ocasião, o HC não foi conhecido em virtude do óbice da Súmula n. 266/STF, já que o ministro relator entendeu que os impetrantes questionavam a validade abstrata de decreto municipal que determinou as restrições de acesso ao ente federado.

Entretanto, a despeito do óbice sumular, assim se manifestou o ministro relator:

9. Ante o exposto, não se conhece do Habeas Corpus, determinando-se o seu arquivamento. Deve-se ter em conta que a adoção de medidas de proteção sanitária sempre envolve, em maior ou menor medida, restrições ao exercício de direitos individuais. Talvez não seja possível sequer imaginar a adoção de tais medidas, como se devessem ser aplicadas em aglomerados urbanos que estivessem em situação de dispensá-las, como se estivessem em suas tradicionais – e sempre desejáveis – condições de segurança social.

10. Por esse motivo, o que se deve indagar é se essas ditas medidas são – ou não – necessárias, se são – ou não – recomendadas pelos especialistas em saúde pública e pelos doutores estudiosos dos métodos e processos de contenção de pragas de todos os tipos, pandemias, alastramento de doenças infecciosas, etc., ou seja, se tais medidas são razoáveis ou prudentiais, dentro das circunstâncias objetivas do caso. Penso eu, com o maior respeito ao que assim não pensam, que as medidas adotadas pelo ilustre Gestor Municipal de Conde/PB se acham na categoria das coisas prudentes, que são mesmo praticamente intuitivas.

11. Não se conhece, portanto, do HC e fica prejudicado a apreciação do pedido de Tutela Liminar. Sou partidário da opinião de que é preciso e urgente enfrentar a tal pandemia Covid-19 por todos os meios estratégicos, até que a Ciência Médica proveja a humanidade de vacinação massiva contra ela ou nos chegue uma providência salvadora que tanto já tarda.

Como se nota, a consideração sobre a necessidade da instituição de barreira sanitária pelo Poder Executivo municipal revela um discurso deferencial por parte do ministro relator e exemplifica a opção metodológica de classificar todas as decisões do banco de dados quanto ao discurso de deferência.

Nas ocasiões em que o discurso deferencial estava presente, ele orbitou ao redor de 5 tipos de argumentos, a revelar deferência em virtude: (i) do princípio constitucional da separação dos Poderes; (ii) das capacidades institucionais dos Poderes Executivos nacionais para a tomada de decisões cuja expertise escapa ao Judiciário; (iii) da presunção de legitimidade dos atos administrativos; (iv) da razoabilidade e/ou necessidade das medidas adotadas pelo poder público; e (v) da legalidade dos atos questionados perante o STJ.

Essas cinco razões justificadoras da deferência nos casos analisados ora se localizam em um plano mais genérico e abstrato, como ocorre nos discursos de deferência pela separação dos Poderes, pelas capacidades institucionais, pela presunção de legitimidade e pela legalidade

do ato administrativo; ora se situam em um plano concreto e apto a revelar a própria concordância com a política pública questionada, como a avaliação da razoabilidade e/ou da necessidade das medidas adotadas. O detalhamento desse padrão discursivo de autorrestrição judicial será feito a seguir, quando as decisões serão analisadas a partir de um agrupamento pelas classes processuais que foram objeto da pesquisa.

Prosseguindo na classificação quanto à deferência, as decisões foram avaliadas no tocante à postura do Judiciário com relação à decisão administrativa.

Esse segundo critério de avaliação da deferência se justifica dentro do modelo teórico de Jordão e Cabral Junior (2018) uma vez que o “discurso não representa, *per se*, uma postura respeitosa dos Tribunais”:

A uma, porque é possível que haja deferência sem a adoção de um discurso – até porque, ao contrário de outros países, o Brasil não possui um precedente paradigmático ou um entendimento doutrinário pacífico sobre a existência efetiva de uma teoria da deferência com um (ou mais) parâmetro(s) claro(s) de aplicação. A duas, porque a mera existência de um discurso não é garantia para a efetiva conduta deferencial do Poder Judiciário. Nem sempre a adoção do discurso condirá com uma postura respeitosa do tribunal. (JORDÃO; CABRAL JUNIOR, 2018, p. 550):

Na pesquisa de Jordão e Cabral Junior, foram consideradas deferentes as decisões que confirmam o ato administrativo impugnado e, não deferentes, as decisões que resultam na anulação ou na suspensão do ato.

No presente trabalho, diante da peculiaridade das decisões analisadas, vislumbrou-se a necessidade de criação de novas subcategorias.

Não se verificou, a propósito, nenhuma decisão que suspendesse a política pública questionada. Mas, ainda no espectro de ausência de deferência, notou-se a ocorrência de decisões que criavam exceções não previstas na norma questionada, ou seja, não anulavam a política pública de modo geral, mas a derogavam, especificamente para àqueles que a questionaram judicialmente. Esses achados empíricos justificam a subcategoria ‘excepciona’, que consta da tabela do início desse capítulo.

Encontrou-se, também, uma série de decisões em que a discussão orbitava ao redor da ausência de política pública, ou seja, nas quais eram questionadas omissões estatais. Essa singularidade motivou a criação de duas subcategorias, quais sejam: (i) a de decisões que chancelam a omissão estatal, consideradas deferentes, e (ii) a de decisões que suprem a omissão estatal, consideradas não deferentes.

Ainda sobre a deferência pelo resultado, é importante delimitar quais das decisões do banco de dados foram submetidas a essa classificação.

Como visto anteriormente, nem todas as decisões analisadas no presente trabalho avaliam os atos administrativos questionados. E, como consequência lógica, nos casos em que as razões de decidir do julgador⁷⁹ não se ancoram em manifestações sobre a política pública de enfrentamento à Covid-19 não há que se falar em análise de deferência pelo resultado.

Por essa razão, em nenhuma hipótese, foram classificadas nessa categoria as decisões que postergam a análise da liminar para após a oitiva de informações da parte requerida e as que extinguem os processos sem resolução de mérito.

Doutro norte, considerando que sempre há análise das políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 nas decisões de cognição exauriente que ingressam no mérito do ato questionado, essa categoria de julgados será, invariavelmente, classificada quanto à deferência pelo resultado.

Já nas decisões de cognição sumária que avaliam o preenchimento dos requisitos para a concessão de medida liminar, a situação merece detalhamento.

A análise das decisões componentes do banco de dados revelou duas posturas decisórias distintas quando da avaliação dos requisitos previstos no art. 300 do CPC para a concessão da tutela de urgência – a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Na primeira postura, os relatores se manifestavam sobre a política pública de enfrentamento à Covid-19 questionada em cada um dos processos, como ocorre no MS n. 25.880/DF, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 2/4/2020.

Na ocasião, o impetrante questionava ato do Ministro da Justiça e Segurança Pública e do Diretor do Sistema Penitenciário Federal consistente na edição de Portaria que, em suma, suspendeu as visitas nas penitenciárias federais como forma de prevenção, controle e contenção de riscos do novo coronavírus.

Em decisão liminar, o ministro relator entendeu pela ausência dos requisitos autorizadores da concessão da tutela provisória e justificou sua posição em um discurso deferencial com base na legitimidade do ato administrativo. Após considerações, se impôs o

⁷⁹ Essa ressalva foi feita porque, como também visto anteriormente, em alguns casos, ainda que haja aplicação de óbices sumulares, há manifestação sobre a política pública de enfrentamento à Covid-19 em *obiter dictum*, o que permite a classificação dessas decisões na categoria ‘deferência pelo discurso’. Entretanto, como tal discurso não reflete no resultado da decisão, não há de ser considerado para os fins de classificação da postura do Judiciário com relação ao ato administrativo, que sequer foi analisado, *in casu*.

indeferimento da liminar e, portanto, restou confirmado o ato administrativo questionado. Pela pertinência, transcreve-se em parte o teor da decisão, justificando a classificação do julgado tanto pelo discurso de deferência, quanto pela deferência pelo resultado e pela amplitude de controle – última categoria a ser detalhada abaixo:

Nesse contexto, também não observo, neste momento, a existência do perigo na demora para a concessão do provimento liminar, mormente porque a gravidade da situação por que passamos, em virtude da crescente contaminação pelo Covid-19, assusta e requer medidas preventivas imediatas. Na realidade, observa-se um perigo na demora *in reverso*, uma vez que a suspensão liminar da citada Portaria certamente traria dificuldades para a execução das atividades no sistema penitenciário nacional, e poderia significar um retrocesso no esforço de combate à contaminação pelo novo Coronavírus, justamente em um ambiente de extrema preocupação como são os presídios, devido à superpopulação verificada em tantos deles.

Dessarte, no presente estágio processual, deve prevalecer a presunção de legitimidade do ato administrativo, autorizando-se que a Portaria n. 5/2020, editada pelo Diretor do Sistema Penitenciário Federal, continue a produzir seus efeitos até ulterior determinação deste órgão judicial.

Na segunda postura, os relatores se limitavam a tecer considerações genéricas sobre o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, sequer tangenciando a avaliação do ato questionado. A propósito e exemplificativamente, vide o MS n. 27.612/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 3/5/2021. O impetrante questionava o fato de as pessoas com deficiência não terem sido incluídas na primeira leva de vacinação e, em suma, postulava a imunização de tal parcela populacional.

Na decisão liminar, o relator assim se manifestou:

Entende-se que a concessão de medida liminar constitui medida excepcional, cabível apenas nos casos em que demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, cumulativamente.

Nesses termos, da análise dos argumentos da parte pleiteante, verifica-se que, na hipótese, não se afere, de plano, a existência dos requisitos autorizadores para o deferimento do pedido de liminar.

Isso porque não foi comprovado o *fumus bonis juris*, uma vez que o Plano Nacional de Imunização é ato de conteúdo tipicamente normativo, dotado de ampla generalidade e abstração, o que atrai a incidência da Súmula 266 do STF: "Não cabe Mandado de Segurança contra lei em tese." Nesse sentido:

(...)

Portanto, em juízo de cognição sumária, tem-se que o requerente não logrou êxito em demonstrar, nos termos acima exigidos, a presença concomitante dos requisitos necessários à concessão da tutela de urgência ora almejada.

Pelo exposto, indefiro a liminar.

Como se vê, não foi tecida qualquer consideração sobre o mérito da política pública questionada, qual seja, o Plano Nacional de Imunização.

A negativa da liminar implica, em última instância, na confirmação ou, ao menos, na ausência de modificação da política pública, motivo pelo qual, esse e outros casos semelhantes, foram classificados, quanto à deferência pelo resultado, como situações em que há a confirmação do ato estatal ou, no caso de omissão, a chancela da omissão pública. Fica, entretanto, inviabilizada, a classificação quanto a deferência pela amplitude de controle.

Explica-se.

A última etapa classificatória das decisões foi a categorização dos julgados quanto à deferência pela amplitude de controle, por meio da qual se verifica a “extensão do controle operado pelo tribunal, se limitado aos aspectos formais da decisão administrativa controlada ou exercido também sobre os seus aspectos substantivos” (JORDÃO; CABRAL JUNIOR, 2018, p. 539). No ponto, imprescindível a citação do referencial teórico que orienta a categoria:

Ser deferente não significa, necessariamente, manter a decisão de uma agência reguladora. Decisões irrazoáveis podem vir a ser anuladas sem que isso resulte em uma postura intrusiva dos tribunais. Além disso, é possível que uma orientação deferencial se extraia da delimitação do controle aos aspectos formais das decisões administrativas controladas. A anulação, por exemplo, de atos proferidos fora da esfera de competências atribuídas pelo legislador à autoridade administrativa não representa uma forma de controle que importe numa atitude contrária àquela defendida pela teoria da deferência. O mesmo se diga em relação às decisões (*sic*) judiciais que invalidem a conduta da agência reguladora por inobservância às garantias processuais (devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa) ou a um dever de motivação adequada. Por conta de tais circunstâncias, a verificação da amplitude de controle é uma terceira variável que pode vir a demonstrar a deferência do TJRJ à AGENERSA. (JORDÃO; CABRAL JUNIOR, 2018, p. 558)

Com relação a essa última categoria, vale a mesma observação feita quanto à anterior, a respeito de quais decisões foram classificadas sob sua insígnia: decisões em que houve efetiva avaliação a respeito das políticas públicas de enfrentamento à Covid-19.

Como consequência lógica, não havendo análise do ato administrativo questionado – a exemplo do MS n. 27.612/DF, acima citado, não há como discutir se o controle – desse ato que sequer foi analisado – foi formal ou substancial.

Por último, mas não menos importante, os julgados foram devidamente classificados quanto ao assunto discutido. A seguinte tabela agrupa e demonstra quais as políticas públicas

de enfrentamento à Covid-19 foram questionadas no STJ, aqui divididas em 4 temas e 34 subtemas, e o respectivo número de decisões que tratou de cada um dos assuntos:

Tabela 3 – Políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 questionadas no STJ:

Tema	Subtema	Quantidade de decisões
Saúde (130 decisões)	Cadastramento e capacitação dos profissionais da saúde	2
	Reajuste do valor de medicamentos	2
	Internação em leitos de UTI Covid-19	2
	Tratamento precoce	2
	Aplicativo Conecte SUS	6
	Criação de locais de vacinação	1
	Destinação de vacinas para entes federativos	1
	Redução do intervalo de vacinação	4
	Obrigatoriedade vacinação	1
	Pedido de prioridade na vacinação	15
	Passaporte vacinal	92
	Acesso à informação sobre vacinação	1
	Pedido de escolha do imunizante	1
Lockdown (72 decisões)	Restrição de transporte interestadual ou intermunicipal e barreira sanitária	4
	Restrição de transporte municipal	1
	Restrição de ingresso no país	24
	Restrição à circulação de pessoas	7
	Monitoramento Simi/SP	2
	Toque de recolher noturno	9
	Fechamento de estabelecimento comercial ou restrição de prestação de serviços	18
	Retorno às aulas	6
	Rodízio de veículos	1
Auxílio financeiro (79 decisões)	Concessão de auxílio emergencial	63
	Critérios técnicos da política de auxílio emergencial	4
	Concessão de auxílio financeiro para setores empresariais	12
Outros (22 decisões)	Corte de energia	1
	Visitas no sistema penitenciário	4
	Adiamento do Enem	1
	Requisições administrativas	6
	Postergação do prazo de pagamento de tributos	6
	Suspensão de prazo do Cebas	1
	Fornecimento de alimentação a alunos da rede pública de ensino	1
	Utilização de recursos destinados ao combate da pandemia	1
	Autorização para produção de insumos emergenciais	1

Fonte: autoria própria.

A despeito de existirem alguns subtemas autoexplicativos, outros demandam a exposição de minúcias a respeito de quais decisões foram sob eles catalogadas e, em que medida, não se confundem com os demais subtemas.

Tal detalhamento será feito nos próximos subtítulos da dissertação, ocasião em que os julgados serão agrupados por classe processual e devidamente analisados.

A propósito, optou-se pela apresentação dos resultados em 3 grupos distintos, a depender da classe processual: (i) HC e RHC, (ii) MS e RMS, e (iii) SS e SLS.

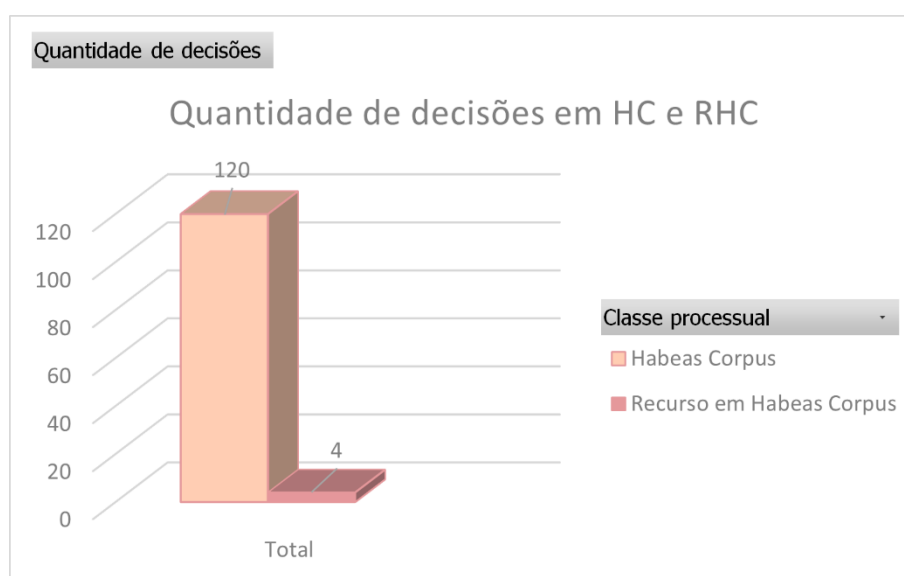
Essa escolha se justifica uma vez que os achados empíricos demonstraram que, ao mesmo tempo, há grande similitude entre cada uma das duas classes processuais agrupadas e muitos caracteres que as distinguem das demais classes.

Ou seja, ao tempo em que se nota semelhanças no padrão discursivo, nos jargões jurídicos utilizados pelas partes e pelos ministros relatores, nos óbices processuais aplicados e nos assuntos questionados nos HC e RHC, por exemplo, essas variáveis são radicalmente alteradas ao se analisar as classes MS/RMS e SS/SLS.

Tais peculiares serão exaustivamente abordadas nos próximos subtítulos.

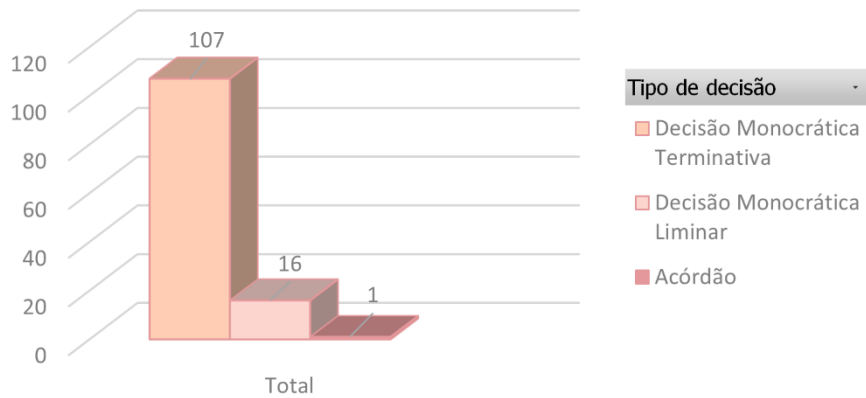
3.2 *Habeas Corpus* e Recurso em *Habeas Corpus*: aplicação massiva de óbices sumulares em prol do passaporte vacinal

Eis a representação gráfica dos recortes dessas classes processuais:



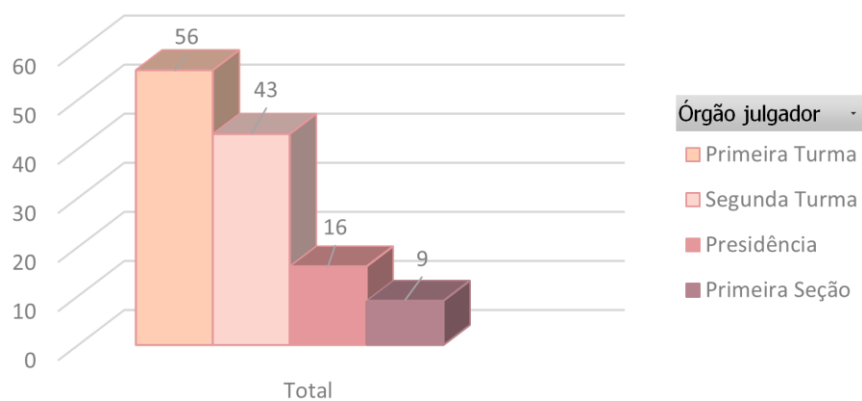
Quantidade de decisões

Tipos de decisão em HC e RHC



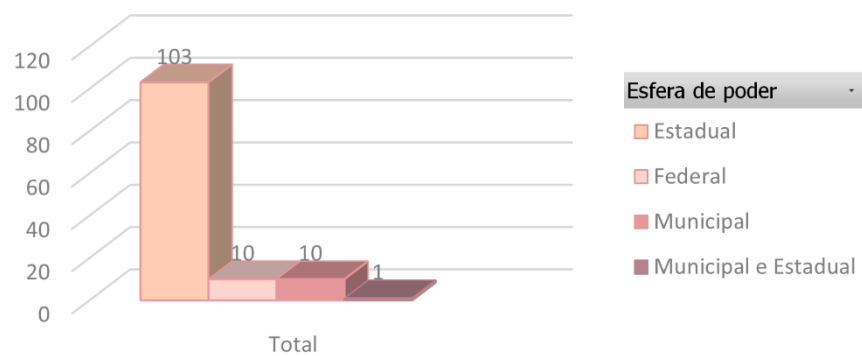
Quantidade de decisões

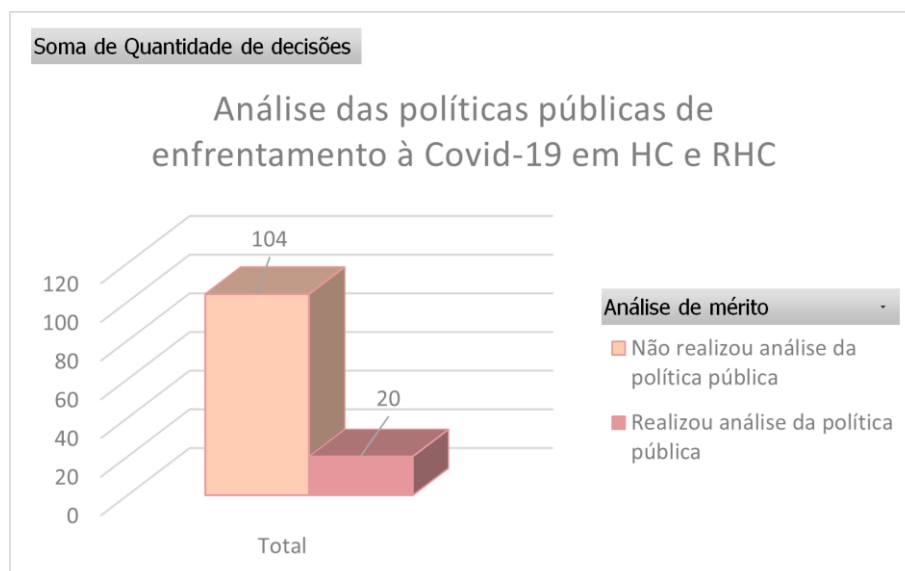
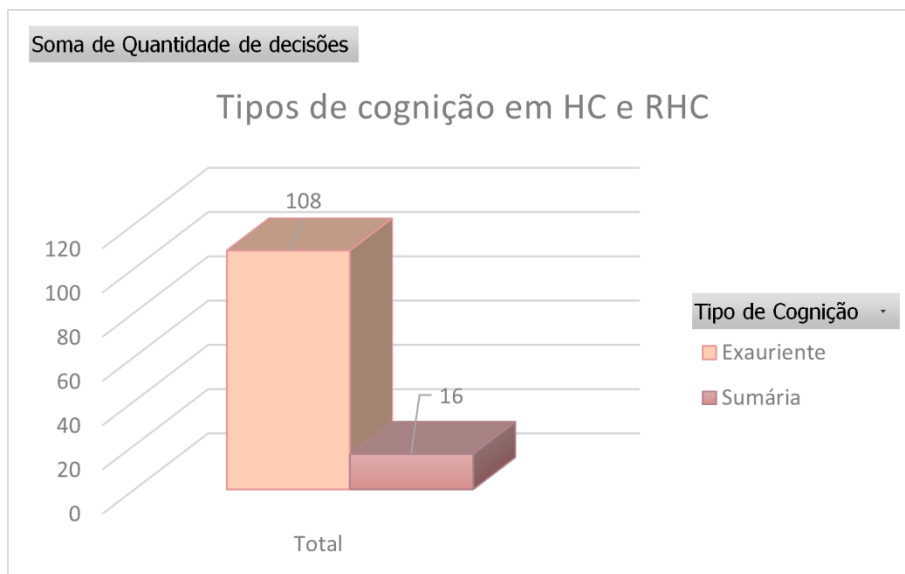
Decisões em HC e RHC por Órgão Julgador



Quantidade de decisões

Atos questionados em HC e RHC por Esfera do Poder Executivo





Habeas Corpus e Recurso em *Habeas Corpus* correspondem a 124 registros no banco de dados, sendo 120 HC e 4 RHC.

Quanto ao órgão julgador, 56 decisões foram proferidas em ações distribuídas à Primeira Turma; 43, à Segunda; 9, à Primeira Seção e, 16, à Presidência do Tribunal.

Ao todo, 16 decisões são de cognição sumária – todas monocráticas, e, 108, de cognição exauriente, sendo 107 decisões monocráticas e 1 acórdão. 10 delas tratam de impugnação, exclusivamente, de atos oriundos do Poder Executivo municipal; 103, do estadual; 10, do federal; e 1 questiona, simultaneamente, ato dos Poderes Executivos municipal e estadual.

Do universo de 124 julgados, 20 ingressaram na análise do mérito processual, correspondente a 16,13%, e 104 (83,87%) não o fizeram.

Interessante notar que se verificou uma multiplicidade de impetrações assemelhadas, propostas pelo mesmo impetrante, contra o mesmo impetrado, questionando a mesma política pública e diferenciando-se, apenas, com relação ao paciente. A mais numerosa delas refere-se a um advogado que impetrou 32 HC desafiando a exigência de comprovante vacinal veiculada por meio de decreto do Governador do Estado do Ceará.

Havendo a possibilidade litisconsórcio, a impetração de vários HC idênticos pode revelar uma estratégia para ampliar o número de relatores competentes a analisarem os casos e, possivelmente, o espectro de desfechos possíveis para os *writs*. De todo modo, como se verá abaixo, caso tenha sido essa mesma a tática, não foi bem-sucedida – todos esses 32 HC esbarraram no óbice da Súmula n. 266/STF, aplicada à maioria dos processos assemelhados.

Como visto no primeiro capítulo, a inclusão das classes processuais HC e RHC no banco de julgados não estava inicialmente prevista e ocorreu a partir da primeira pesquisa exploratória realizada na barra de busca de jurisprudência do site do STJ. Na ocasião, verificou-se uma alta demanda por ordens que concedessem a garantia da liberdade de locomoção em virtude de restrições de circulação impostas pelos governos locais como medidas de contenção à pandemia. Os achados empíricos finais revelaram, todavia, vários outros assuntos debatidos em tais classes processuais. É o que mostra a tabela abaixo.

Tabela 4 – Políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 questionadas no STJ por meio das classes HC e RHC:

Tema	Subtema	Quantidade de decisões
Saúde (94 decisões)	Passaporte vacinal	92
	Pedido de prioridade na vacinação	1
	Obrigatoriedade de vacinação	1
Lockdown (30 decisões)	Restrição de ingresso no país	10
	Toque de recolher noturno	8
	Restrição à circulação de pessoas	4
	Restrição de transporte interestadual ou intermunicipal e barreira sanitária	3
	Monitoramento Simi/SP	2
	Fechamento de estabelecimento comercial ou restrição de prestação de serviços	1
	Retorno às aulas	1
Rodízio de veículos	1	

Fonte: autoria própria.

Essa tabela, se comparada com a anterior, revela que quatro assuntos foram questionados exclusivamente por meio das classes HC e RHC, quais sejam: ‘obrigatoriedade de vacinação’, ‘passaporte vacinal’, ‘monitoramento Simi/SP’ e ‘rodízio de veículos’.

Revela, ainda, que o assunto mais questionado em sede de HC e RHC é o do passaporte vacinal. Sob essa categoria, agrupam-se processos em que os impetrantes questionam decretos estaduais que estabelecem restrições de ingresso e de permanência em locais públicos e privados àqueles que não comprovarem a vacinação contra a Covid-19.

O destino de todos é bastante assemelhado, não havendo decisões em sentidos opostos: nos 11 casos de cognição sumária, os ministros relatores entenderam pela inexistência dos pressupostos autorizativos para a concessão da medida liminar. Quanto às 81 decisões de cognição exauriente, nenhuma delas analisou o mérito dos atos questionados: em 1 decisão entendeu-se pela incompetência do STJ, já que a impetrante impugnava, em verdade, decreto oriundo do Poder Executivo municipal; em mais 1 registro, de RHC, a decisão foi pela ausência de esgotamento de instância e, portanto, de impossibilidade de conhecimento do recurso e, em 79 ocasiões, entendeu-se que o HC esbarrava no óbice da Súmula n. 266/STF, uma vez que o objetivo dos impetrantes era realizar o controle abstrato de validade de ato normativo, não restando demonstrada ameaça concreta, atual ou iminente, à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder.

Haveria, no particular, uma grande ofensiva de óbices sumulares a um tema que sequer tinha expressão no cenário político brasileiro e que se expandiu abruptamente após declarações institucionais do Presidente da República (CARDOSO, 2020) que desestimulavam a vacinação como política sanitária? Naturalmente, não será nesse espaço em que discussões a respeito serão aprofundadas, mas registre-se a provocação e o levantamento da hipótese que justificaria o massivo questionamento judicial da exigência de passaporte vacinal, notadamente em um país com antiga tradição de vacinação em massa, como o Brasil (SMAILI; ARANTES; PASSOS, 2022).

Ainda no tema ‘saúde’, 1 HC, interposto pela Defensoria Pública do Estado do Paraná, que pleiteava que as pessoas privadas de liberdade que integrassem os grupos de risco fossem vacinadas concomitantemente ao restante da população, esbarrou no óbice da Súmula n. 691/STF.

A propósito, vale um esclarecimento metodológico, sobre uma regra aplicada a esse e aos demais processos assemelhados. Embora o Tribunal de Justiça local, *in casu*, o do Estado

do Paraná, tenha sido indicado como impetrado e, no STJ, o óbice sumular indique se que tratava de HC contra indeferimento de liminar, o que se questiona, desde a origem, é ato do Poder Executivo estadual que materializou o plano de vacinação contra Covid-19 e não incluiu os pacientes no grupo prioritário. Por essa razão, tal decisão foi considerada como relacionada a questionamento de ato do Poder Executivo estadual.

A última decisão do tema ‘saúde’, refere-se ao subtema ‘obrigatoriedade de vacinação’. Na ocasião, os impetrantes pleiteiam salvo conduto para não serem compelidos a se vacinarem, alegando que o Governador do Estado de São Paulo, indicado como autoridade impetrada, “deu a entender pelo caráter obrigatório de eventual vacina para o combate da Covid-19”, em declarações realizadas à imprensa. À época (outubro de 2020), sequer havia vacinação nem, tampouco, especificação de eventuais sanções aplicáveis aos que não se vacinarem e esses foram os argumentos do ministro relator para a aplicação do óbice da Súmula n. 266/STF.

Ingredendo no tema ‘lockdown’, o assunto mais questionado judicialmente, com 10 ocorrências, foi a restrição de ingresso no Brasil, sendo 4 decisões de cognição sumária e, 6, de exauriente.

Tratam-se, em suma, de ações em que são questionadas Portarias Interministeriais dos Ministros de Estado Chefe da Casa Civil da Presidência da República, da Justiça e Segurança Pública, da Infraestrutura e da Saúde que (i) implementavam restrição excepcional e temporária de entrada de estrangeiros no país, a exemplo da Portaria n. 152/2020 das autoridades referidas, e (ii) exigiam de brasileiros ou estrangeiros, para a entrada no Brasil, apresentação de documento comprobatório de realização de teste para rastreio da infecção pelo coronavírus, com resultado negativo ou não detectável.

Em 3 decisões de cognição sumária, os relatores entenderam não estarem presentes os requisitos para a concessão da liminar. Em todas as ocasiões, os ministros se valeram de discursos de deferência, ressaltando a legalidade e a necessidade de implementação das medidas.

Apenas em 1 decisão, houve a concessão da liminar, excepcionando as regras da portaria questionada.

Trata-se do HC n. 583.462/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 3/6/2020, em que um casal de estrangeiros postulava o ingresso no Brasil argumentando que seu filho, que aqui residia, era casado com brasileira nata e que não possuíam nenhum outro núcleo familiar que lhes pudessem amparar durante a pandemia. Relatavam que o pedido de ingresso

no país havia sido negado administrativamente, motivo pelo qual estava sendo renovado judicialmente.

O ministro relator, ao deferir a liminar, construiu sua argumentação no sentido de que a situação dos pacientes deveria sim ser enquadrada em uma das exceções da Portaria questionada, qual seja, a que permitia o ingresso do estrangeiro que fosse pai de brasileiro. Isso porque, em virtude do vínculo do filho com brasileira nata, os pacientes deveriam ser considerados pais de brasileira por afinidade e, portanto, configurava constrangimento ilegal a restrição de entrada no país. Ressaltou-se que tal autorização não deveria prescindir da tomada das medidas sanitárias cabíveis, como por exemplo a apresentação de testes negativos de Covid-19 e a realização de quarentena.

As 6 decisões de cognição exauriente, por sua vez, tiveram três destinos distintos: (i) uma foi extinta sem resolução de mérito, em virtude de erro no apontamento de autoridade coatora, (ii) 4 esbarraram no óbice da Súmula n. 266/STF e (ii) apenas uma teve seu mérito analisado, realizando controle substancial da portaria questionada e confirmando seus termos.

As decisões sobre o ‘toque de recolher noturno’ impugnam decretos dos chefes do Poder Executivo municipal ou estadual que, em regra, restringiam a circulação de pessoas no período noturno, como medida de contenção da pandemia.

Em 1 decisão, a de cognição sumária, o ministro relator entendeu não estarem presentes os requisitos para a concessão da liminar e, as outras 7, de cognição exauriente, esbarraram em óbices processuais (incompetência do STJ, HC utilizado como sucedâneo recursal e Súmulas n. 266/STF, n. 283/284/STF e n. 691/STF) e não tiveram o mérito enfrentado.

Das 4 decisões sobre ‘restrição à circulação de pessoas’ – que se referiam a medidas de isolamento social, incluindo o bloqueio da circulação de veículos em vias públicas – todas de cognição exauriente, apenas 1 teve análise de mérito, negando o *writ* sob o argumento de que o decreto executivo que instituiu estado de calamidade pública não representa, por si só, ameaça ao direito de ir e vir do impetrante. Nos 3 outros julgados, foram aplicados óbices processuais.

Na categoria ‘restrição de transporte interestadual ou intermunicipal e barreira sanitária’, incluem-se 3 julgados, todos de cognição exauriente, em que são impugnados decretos que impedem o ingresso de visitantes ou turistas nos entes federativos e/ou vedam o transporte interestadual ou intermunicipal. Em 2 decisões o mérito não foi conhecido e, na terceira, não só houve conhecimento do mérito, como também, o controle substancial e a criação de exceção não prevista no ato administrativo controlado.

Trata-se do HC n. 570.079/BA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 7/4/2020 no qual, em suma, pleiteava-se a concessão da ordem para que os pacientes – trabalhadores da construção civil cujas obras foram suspensas em virtude de decretos municipais editados como medida de contenção à pandemia – pudessem retornar aos seus domicílios de origem, em municípios diversos dos que prestavam serviços.

O ministro relator, aduzindo que “vislumbra-se a prática de atos de efeitos concretos de vedação de transporte coletivo interestadual que levam à configuração do justo receio quanto ao exercício do direito previsto no art. 5º, XV, da Constituição Federal”, concedeu a ordem para autorizar que os pacientes tenham o trânsito e o desembarque assegurado, ressaltando a necessidade de cumprimento das demais normas sanitárias eventualmente impostas, como o uso de máscaras e a higienização dos veículos.

Prosseguindo, o Sistema de Monitoramento Inteligente (Simi/SP) foi objeto de duas decisões em HC. Trata-se em suma, de sistema implementado pelo Governo do Estado de São Paulo, em parceria com operadoras de telefonia celular, para verificação georreferencial da taxa de isolamento social no estado, com o objetivo de orientar as medidas de contenção da pandemia.

Em ambas as ocasiões as decisões foram relatadas pelo Min. Napoleão Nunes Maia Filho e houve decisão de mérito em cognição exauriente. O ato administrativo, apesar de confirmado ao final, foi minudentemente avaliado (controle substancial, na classificação de Jordão e Cabral Junior), nos seguintes termos:

(...) não se verifica na impetração qualquer elemento que induza à clara identificação do usuário pelo sistema SIMI, que não seja a aplicação quantitativa referente à circulação das pessoas, para fins de constatação do cumprimento, pela população, do distanciamento social anteriormente determinado

(...) vale reproduzir o que o Estado de São Paulo divulgou sobre o compartilhamento dos referidos dados em seu site oficial na internet:

(...)

As informações são aglutinadas sem desrespeitar a privacidade de cada usuário. Os dados de georreferenciamento servem para aprimorar as medidas de isolamento social para enfrentamento ao coronavírus."

Os 2 HC foram indeferidos liminarmente, ou seja, em decisões monocráticas do relator, sem que os processos fossem pautados nos respectivos órgãos colegiados competentes e, em situações como essas, de controle substancial, assume-se que não houve, *a priori*, deferência

para com o Poder que emitiu o ato, mas sim, concordância com a própria política pública implementada.

Interessante notar que a partir desses mesmos HC vislumbra-se como foi acertada a manutenção do vocábulo ‘prisão’, na primeira fase de exclusão das decisões que comporiam o banco de dados. Isso porque, em ambas as ocasiões os impetrantes narram que há “ampla divulgação na mídia de que o monitoramento implicará na prisão das pessoas que não respeitarem o isolamento social”. Esse argumento foi devidamente rechaçado nas razões de decidir, mas, caso houvesse a opção metodológica de exclusão de todos os julgados que contivessem a palavra ‘prisão’, tais decisões, relevantes para a análise da deferência do Judiciário para com as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19, teriam ficado de fora do banco de dados.

Por fim, as 3 últimas decisões em HC foram proferidas em cognição exauriente e não analisaram o mérito do ato questionado. Tratavam, em suma, de questionamentos sobre decretos que (i) determinavam o fechamento de estabelecimentos comerciais, (ii) autorizavam a retomada de aulas e atividades presenciais nas escolas públicas e privadas, estaduais e municipais, e (iii) instituíaam a adoção do sistema de rodízio de veículos como medida de mitigação da transmissão de Covid-19.

A seguir, conforme o roteiro, o modelo teórico de Jordão e Cabral Junior (2018) orientará a exposição dos resultados da pesquisa quanto à deferência do STJ para com as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19.

3.2.1 Deferência pelo discurso

Conforme detalhado no segundo capítulo, a presença ou a ausência do discurso de deferência será a primeira variável analisada.

Nas classes HC e RHC, em 21 decisões (16,93%) foi identificada a presença do discurso de deferência. Doutro norte, em 103 julgados (83,07%) os relatores não apontaram, nas razões de decidir, qualquer argumento relacionado à necessidade de autocontenção judicial.

Relevante notar que, das 21 decisões em que o discurso deferencial está presente, 6 não analisaram o mérito do ato questionado, contra 15 em que esse escrutínio foi realizado.

Nas ocasiões em que o discurso deferencial se fez presente, o argumento mais frequente foi o de necessidade de respeito às decisões do administrador público em virtude da razoabilidade e/ou da necessidade das políticas públicas adotadas, encontrado em 14 decisões.

Esse resultado revela que, para o Tribunal, a autocontenção, ao menos em sede de HC e de RHC, está geralmente atrelada a uma postura intrusiva no mérito do ato administrativo.

Isso porque, avaliar as minúcias da política pública e tecer considerações sobre sua razoabilidade e/ou necessidade, indica que uma eventual manutenção do ato administrativo questionado não está primordialmente embasada na lógica de autorrestrrição perante outro Poder, mas sim, de concordância com a própria política pública.

Os demais argumentos relacionados ao discurso deferencial somam as seguintes quantidades de ocorrências: legalidade do ato controlado (8 julgados), separação dos Poderes e presunção de legitimidade do ato administrativo (2 decisões cada) e capacidades institucionais (1 julgado).

Ressalte-se que a soma das ocorrências ultrapassa o número de decisões em que o discurso deferencial foi detectado, uma vez que em várias ocasiões os relatores se utilizam de mais de um argumento.

Ainda sobre o perfil discursivo nas decisões das classes comentadas, interessante problematizar os dois exemplos a seguir.

O primeiro, vem do HC n. 631.418/PR, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 7/12/2020.

Os impetrantes insurgiram-se contra decreto estadual que impôs restrição de circulação de pessoas no estado, das 23 horas às 5 horas, sob o fundamento de contenção da pandemia. O ministro relator indeferiu liminarmente o HC, com base no óbice da Súmula n. 266/STF e, após expor a solução do caso, assim considerou, em *obiter dictum*:

Além disso, o Decreto 6.284/20 encontra-se amparado no fundamento de que houve abrupto aumento da taxa de reprodução do vírus, refletindo nos altos índices de ocupação de leitos de UTI exclusivos para Covid19 e a consequente falta de recursos humanos, insumos e equipamentos para o enfrentamento da crise sanitária no Estado do Paraná. Em razão disso, fixou-se, pelo prazo de 15 dias, medida proibitiva de circulação e aglomeração em vias públicas no período das 23 horas às 5 horas, excepcionando-se os serviços e atividades essenciais.

Ora, a via estreita do habeas corpus não comporta dilação probatória para que seja possível revisar as justificativas técnicas que foram adotadas pela autoridade governamental para a edição do ato normativo impugnado. Desse modo, por mais essa razão, a impetração revela-se inadequada para confrontar-se os argumentos relativos à necessidade, utilidade e proporcionalidade em sentido estrito das medidas anunciadas pelo Governador do Estado do Paraná para o combate da pandemia do Covid19.

Inicialmente, no primeiro parágrafo, há uma espécie de ensaio de discurso deferencial, com lastro nas capacidades institucionais. Isso porque, o relator menciona os fundamentos de ordem técnica que ampararam o decreto questionado, tais como o “aumento da taxa de reprodução do vírus” e os “altos índices de ocupação de leitos de UTI exclusivos para Covid19”.

Diz-se ensaio, todavia, porque a decisão não esboça conclusão no sentido de que o desenho institucional do Poder Executivo e/ou seu corpo técnico especializado responsável pela definição das medidas de contenção à pandemia justifiquem uma eventual postura autocontida do Judiciário, o que representaria, de fato, um discurso deferencial baseado nas capacidades institucionais.

O segundo parágrafo, entretanto, dá pistas de uma tendência de amplo controle do mérito do ato administrativo, denotando uma possível postura não deferente, uma vez que, caso fosse permitido pela via processual, o relator indicou que o caminho decisório passaria pela revisão da “necessidade, utilidade e proporcionalidade em sentido estrito das medidas anunciadas pelo Governador do Estado do Paraná para o combate da pandemia do Covid19”.

Não se trataria, no ponto, de estabelecer limites para a cognição judicial, diante da aptidão executiva para a tomada definitiva de decisões sobre a contenção da pandemia como, em tese, indicaria o discurso de deferência. Pelo contrário, há claro delineamento no sentido de que, na ausência de amarras relacionadas ao rito da classe processual escolhida pelos demandantes, o órgão jurisdicional chancelaria sua própria aptidão técnica para avançar em uma atividade de ampla revisão das decisões do Poder Executivo.

O segundo exemplo, é proveniente do HC n. 671.118/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 7/6/2021, em que a Defensoria Pública do Estado do Paraná pleiteava que as pessoas privadas de liberdade, que integrassem os grupos de risco, fossem vacinadas concomitantemente ao restante da população.

Embora o HC tenha sido indeferido liminarmente por incidência da Súmula n. 691/STF, notou-se um indício de discurso de deferência, com fulcro na ‘aparente’ legalidade do ato controlado, a partir das seguintes considerações do ministro relator:

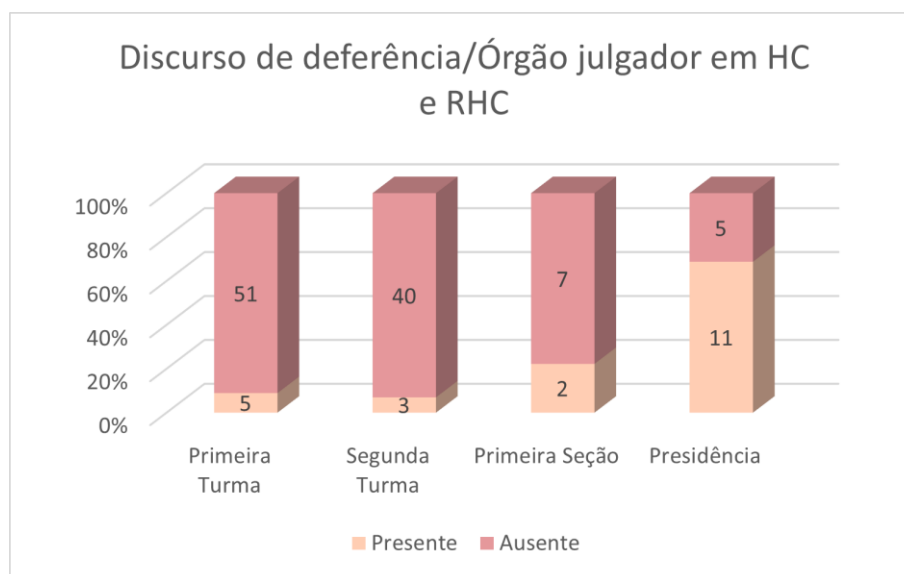
Na hipótese, *prima facie*, não se evidencia a apontada flagrante ilegalidade, principalmente tratando-se de situação relacionada à pandemia pela qual o país atravessa, com características distintas em suas diversas regiões, onde medidas estão sendo adotadas na tentativa de redução de todos os danos e evitando a propagação da doença, mas infelizmente sem que, no momento, todos os cidadãos possam ser vacinados, no que se faz necessário uma organização que precise seguir determinados parâmetros e regras.

As menções às “medidas [que] estão sendo adotadas na tentativa de redução de todos os danos e evitando a propagação da doença” e à “organização que precise seguir determinados parâmetros e regras” sem, contudo, indicar um possível avanço na análise meritória da política pública, indicam uma preocupação do agente controlador no sentido de reconhecer a existência de estratégias traçadas pela administração pública para o trato da pandemia e, ao mesmo tempo, respeitar as escolhas do Poder por elas originalmente responsável.

Por fim, eis os recortes da presença do discurso de deferência por órgão julgador e por esfera de Poder responsável pela edição do ato questionado.

Das 21 decisões em que o discurso deferencial está presente, 5 (8,93%) são da primeira turma; 3 (6,97%), da segunda; 2 (22,22%), da primeira seção e 11 (68,75%), da presidência do Tribunal. Os percentuais entre parênteses representam uma comparação entre as decisões em que há discurso de deferência e o total de decisões prolatadas, nas classes HC e RHC, por cada um dos órgãos julgadores.

Graficamente representados, os números podem assim serem expostos:



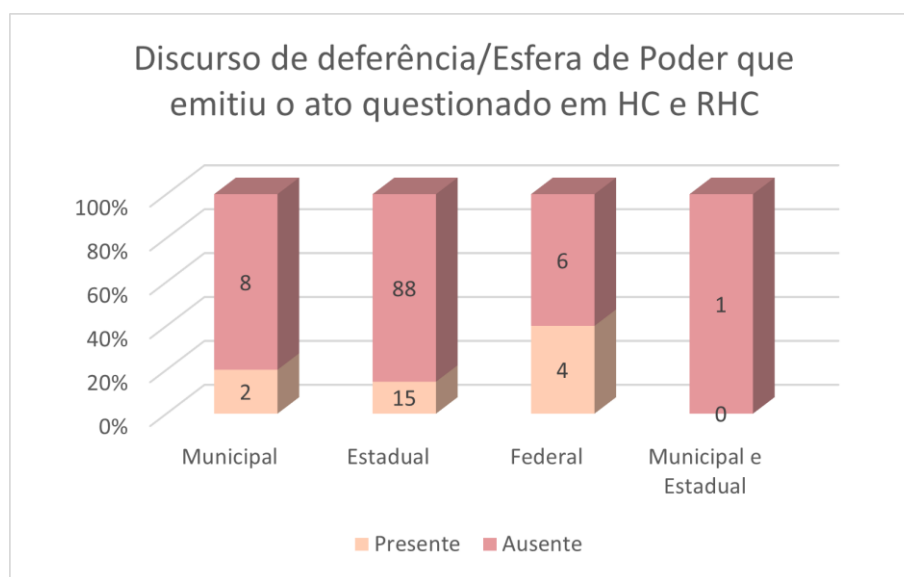
Embora 20, das 21 decisões, tenham sido proferidas de maneira monocrática, os percentuais indicam que há um aumento considerável da presença do discurso deferencial nos casos em que o processo é de competência de um órgão colegiado mais amplo (comparação dos resultados da primeira seção com os das turmas que a compõe).

O discurso de deferência é acentuado mais ainda nas decisões proferidas pela presidência do Tribunal. Isso pode ser explicado pela própria competência do órgão julgador

que, como visto no primeiro capítulo, inclui uma série de classes processuais majoritariamente utilizadas para designar processos judiciais, de competência originária ou recursal do STJ, que questionam atos dos demais Poderes da República. A responsabilidade, portanto, de lidar diuturnamente com as tensões que circundam o relacionamento institucional, pode justificar a preocupação, ao menos discursiva, de autocontenção judicial por parte da presidência do Tribunal.

Quanto à esfera de poder, das 21 decisões em que o discurso deferencial está presente, 2 (20%) impugnam, exclusivamente, atos oriundos do Poder Executivo municipal; 15 (14,56%), do estadual; e 4 (40%), do federal. Os percentuais entre parênteses, representam uma comparação entre as decisões em que há discurso de deferência e o total de decisões, nas classes HC e RHC, que analisam os atos emanados de cada uma das esferas do Poder Executivo.

Eis a representação gráfica:



A análise das respectivas decisões e de seus padrões discursivos não parece revelar nenhum motivo peculiar para a diferença nos percentuais, que continuarão a serem avaliados comparativamente nas próximas variáveis.

Parte-se, agora, à análise da deferência pelo resultado, no intuito de compreender com que frequência os atos administrativos de combate à pandemia, questionados em HC e RHC, são confirmados ou anulados pelo STJ.

3.2.2 Deferência pelo resultado

Nem sempre o discurso de deferência resulta em uma atuação não intrusiva do Poder Judiciário e, por esse motivo, é importante analisar a variável ‘deferência pelo resultado’, para um panorama completo sobre a postura deferencial do STJ.

Nas classes HC e RHC apenas condutas comissivas do poder público foram escrutinadas pelo STJ, ou seja, não foi realizado nenhum questionamento de eventuais omissões estatais perante o Tribunal. Duas posturas foram detectadas, no particular: ou o STJ confirmava o ato administrativo questionado, em atuação deferente; ou excepcionava o ato, em atuação não deferente.

Como dito acima, nas classes HC e RHC houve análise de mérito em 20 decisões. O quantitativo de decisões analisadas sob o signo de deferência pelo resultado foi de 21, entretanto. A diferença vem de uma decisão de cognição sumária, que se limitou a concluir pela inexistência de “flagrante ilegalidade que justifique o deferimento do pleito liminar em regime de plantão”. Ao indeferir a liminar, a análise do ato administrativo questionado, ainda que superficial, acaba por confirmá-lo, motivo pelo qual tal decisão foi incluída na presente categorização.

Pois bem. Das 21 decisões, 19 confirmaram o ato administrativo (90,47%) e 2 o excepcionaram (9,53%).

Esses dois julgados foram proferidos no HC n. 570.079/BA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 7/4/2020, de competência da Segunda Turma e que questiona ato do Poder Executivo estadual e no HC n. 583.462/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 3/6/2020, de competência da Primeira Seção e que questiona ato do Poder Executivo federal, ambos já comentados anteriormente.

Nesse momento, entretanto, resta ainda uma consideração a fazer, especificamente sobre o HC n. 583.462/DF.

Como visto, o *writ* questionava portaria que restringia a entrada de estrangeiros no país e, em sua redação, excepcionava àqueles que fossem pais de brasileiros. Provocado, o STJ fez interpretação ampliativa da norma, concluindo que os sogros, ora pacientes, eram pais por afinidade de brasileira, motivo pelo qual autorizou o ingresso de ambos no país.

Para além de realizar a interpretação da portaria questionada “de maneira conjunta ao art. 1.595 do CC” – que prevê o parentesco por afinidade, o ministro relator também teceu considerações sobre o caráter “humanitário” de sua decisão, especialmente considerando “que aos sogros idosos, de brasileira nata, que estão a necessitar de amparo e cuidados especiais,

nessa época de pandemia mundial, não se pode vedar o ingresso no Brasil, onde possuem parentes de 1º grau, dispostos a recebê-los e deles cuidar”.

No particular, pondera-se: não há, no julgado analisado, menção aos argumentos utilizados pelo Ministério da Justiça e da Segurança Pública para negar administrativamente o pedido de ingresso no país. A partir deles e da análise do processo administrativo que precedeu a produção normativa, talvez fosse possível concluir pela irrazoabilidade da conduta do Poder Executivo federal e, considerando que “decisões irrazoáveis podem vir a ser anuladas sem que isso resulte em uma postura intrusiva dos tribunais” (JORDÃO; CABRAL JUNIOR, 2018, p. 558), o julgado do STJ não deveria, em tese, ser rotulado como não deferente.

Por outro lado, questiona-se: há indeterminação normativa suficiente na portaria que justifique interpretação das exceções para abarcar não apenas familiares consanguíneos, mas também aqueles que o são a partir de vínculos civis?

De todo modo, a conclusão possível, a partir dos elementos analisados, é que esse exemplo ilustra, mais uma vez, uma postura intrusiva do Tribunal, que não se contém nem resguarda uma margem de liberdade para interpretações por parte do Poder Executivo. No ponto, sequer foram realizadas considerações a respeito da validade da opção política do Executivo de, em um momento excepcional na perspectiva de saúde pública, ter deliberadamente excluído os parentes por afinidade, no intuito de restringir, ao máximo, o ingresso de estrangeiros no país. Ainda que essa não fosse a escolha interpretativa que o julgador faria caso autoridade executiva fosse, tal escolha se encontrava dentro da gama de arranjos possíveis à disposição do Poder Executivo, responsável pela elaboração da política pública.

Seriam precisamente tais considerações, sobre o processo de tomada da decisão administrativa que, a partir da perspectiva adotada no presente trabalho, denotariam uma atuação autocontida por parte do relator e afastariam a suposição de que o controlador se limitou a substituir as escolhas executivas pelas suas.

A seguir, serão realizados mais detalhamentos sobre o controle substancial das políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 feito pelos julgados em HC e RHC.

3.2.3 Deferência pela amplitude de controle

Das 20 decisões categorizadas sob essa insígnia, em 90% (18 julgados) realizou-se o controle substantivo do ato administrativo questionado e, em apenas 10% (2 julgados), o controle foi qualificado como formal.

Começemos por esses julgados.

No primeiro, o HC n. 590.220/, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 29/6/2020, questionava-se portaria que restringiu o ingresso de estrangeiros no país. Os pacientes pretendiam prestar serviços a uma escuderia estrangeira que estava no Brasil para participar de competição automotiva.

As breves razões de decidir da decisão de cognição exauriente focaram na legalidade do ato questionado, diante da previsão da Lei n. 13.979/2020, cujo art. 3º, VI, *a*, dispõe que as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, medidas de restrição de entrada no país, para enfrentamento da pandemia. Trata-se, no ponto, da realização de um controle formal estritamente ligado à análise da esfera de competências atribuídas pelo legislador ao administrador público, sem que tenham sido tecidas quaisquer considerações sobre a validade das escolhas públicas realizadas.

No segundo caso, o HC n. 714.679/PI, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 23/12/2021, impugnava-se a exigência de comprovante de vacinação como requisito para o ingresso em academias de ginástica no Estado do Piauí.

A decisão, de cognição sumária, ao indeferir o pedido de liminar, o faz notadamente com base em duas linhas de argumentação: a primeira, de que decisões do STF já chancelaram a “possibilidade de utilização de instrumentos indiretos para compelir a população a aderir ao programa nacional de vacinação” e, a segunda, de que “pelo princípio da precaução”, havendo “dúvidas sobre eventuais efeitos danosos de uma providência, deve-se adotar a medida mais conservadora necessária a evitar a ocorrência do dano” à vida e à saúde, ressaltando a necessidade de aguardar as informações a serem apresentadas pela autoridade impetrada.

Não houve, *in casu*, a realização de quaisquer controles da substância da ação administrativa questionada e, mais uma vez, utilizou-se do recurso de averiguação da delegação de competências à autoridade administrativa para as escolhas públicas, o que fica ressaltado na decisão notadamente ao mencionar a “possibilidade de utilização de instrumentos indiretos para compelir a população a aderir ao programa nacional de vacinação”.

Já nos demais 18 casos, em que foi realizado o controle substancial do ato questionado, revela-se uma postura mais intrusiva do Poder Judiciário. Não por acaso, em 12 dessas decisões

o discurso de deferência orbitou ao redor da análise, feita pelo ministro relator, sobre a razoabilidade e/ou necessidade das medidas adotadas pelos gestores públicos.

A propósito e exemplificativamente, cite-se o HC n. 638.879/SC, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 12/1/2021.

As razões de decidir, inicialmente, valorizam o processo decisório administrativo, ressaltando que o ato controlado – portaria que restringe o ingresso no país – “tem por base recomendação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, bem como os diversos protocolos sanitários e de saúde pública em decorrência da infecção humana pelo coronavírus SARS-CoV-2 (covid-19)”.

Em momento posterior, contudo, avançam ao cerne da escolha pública, ocasião em que, apropriando-se de qualificações, em tese, atinentes ao Poder Executivo, e relegando quaisquer considerações sobre as capacidades institucionais, considera-se a adequação técnica das medidas adotadas, nos seguintes termos: “as medidas adotadas não desbordam – em uma primeira análise – dos critérios técnicos necessários para manutenção da saúde e segurança públicas”.

Trata-se, no particular, da forma extrema de interveniência: avaliar, sob a perspectiva técnica, leia-se, com base nos conhecimentos típicos da saúde e da segurança públicas, a necessidade das medidas adotadas pelo Poder Executivo, realizando verdadeiro juízo de qualidade da opção política governamental.

3.2.4 Conjugação das variáveis

Seguindo o modelo teórico que orienta esse trabalho, a seguir serão conjugadas as três variáveis expostas anteriormente, de modo perquirir prováveis posturas do STJ na análise de políticas públicas de enfrentamento à Covid-19.

Objetiva-se, em suma, buscar respostas para as seguintes perguntas: qual o impacto da adoção do discurso de deferência no resultado e na amplitude do controle? Qual a relação entre a amplitude do controle e o resultado da solução judicial quanto à decisão administrativa controlada? Há um maior índice de deferência nas decisões de cognição sumária ou exauriente? (JORDÃO; CABRAL JUNIOR, 2018, p. 560)

3.2.4.1 O impacto da adoção do discurso de deferência no resultado e na amplitude do controle

Nessa primeira conjugação, objetiva-se compreender em que medida a presença do discurso de deferência influencia tanto no resultado deferente, confirmando o ato estatal ou chancelando sua omissão, quanto em um controle pouco amplo da escolha realizada pelos Poderes Executivos nacionais.

Considerando as peculiaridades do banco de dados do presente trabalho, já expostas anteriormente, a harmonização das variáveis somente poderá levar em conta as decisões que foram classificadas em todas elas. Por essa razão, também como visto acima, quando houver qualquer análise relacionada à deferência pelo resultado nas classes HC e RHC, o universo será de 21 decisões e, caso a avaliação seja relacionada à deferência pela amplitude de controle, o total de julgados analisado será de 20, já que uma das decisões, a despeito de indeferir a liminar e, por consequência, confirmar o ato administrativo, não se manifesta a respeito do mérito da política pública questionada processualmente, restando inviável sua análise quanto à amplitude do controle.

Primeiramente, serão analisadas as correlações entre a presença do discurso de deferência com o resultado e com a amplitude de controle. Após, para possibilitar uma avaliação sobre o real impacto da adoção desse padrão discursivo, serão avaliadas as correlações entre as decisões em que não há discurso de deferência com o resultado e com a amplitude de controle.

Em todos os casos que adotam um discurso deferencial (15, do universo de 21), houve a confirmação do ato estatal questionado, indicando uma correlação direta entre a adoção do discurso de deferência e um resultado favorável ao ente público (índice de deferência pelo resultado de 100%⁸⁰).

A relação entre o discurso de deferência e a deferência pela amplitude de controle, todavia, é diferente.

Isso porque, nos 15 casos (do universo de 20) em que há discurso de deferência, em apenas 1 deles o Tribunal realizou um controle formal do ato (índice de deferência pela

⁸⁰ Esse índice de deferência pelo resultado foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões em HC e RHC que foram classificadas quanto ao resultado, totalizando 21. Dessas, havia discurso de deferência em 15 (denominador). E, em todas as 15 (numerador), a política pública foi confirmada. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

amplitude de controle de 6,67%⁸¹). Isso significa que, a despeito da presença do discurso de deferência, 14 decisões acabaram por avaliar substancialmente o ato questionado. Esses resultados vão ao encontro dos achados por Jordão e Cabral Junior, que acentuaram que “nem sempre a consciência do magistrado quanto à necessidade de uma postura autocontida o leva a realizar um controle meramente formal da decisão da agência” (JORDÃO; CABRAL JUNIOR, 2018, p. 561) – na presente pesquisa, leia-se “decisão do Poder Executivo”.

Comparativamente, nos casos em que não há discurso de deferência (6 decisões, do universo de 21), em apenas 2 julgados a norma questionada foi excepcionada pelo STJ, sendo confirmada nas outras 4 decisões (índice de deferência pelo resultado de 66,67%⁸²).

Já com relação à amplitude de controle, nas 5 decisões (do universo de 20) em que não há discurso deferencial, apenas uma delas realiza o controle formal da política pública questionada (índice de deferência pela amplitude de controle de 20%)⁸³. Isso significa que em 80% das ocasiões, o STJ se imiscui no ato estatal, tecendo considerações meritórias sobre as escolhas do Poder Executivo.

Conclui-se, assim, que enquanto a adoção de um discurso de deferência leva a um percentual maior de manutenção de decisões do Poder Executivo (100%) do que nos casos em que o discurso é ausente (66,67%), o cenário inverte-se na amplitude de controle. Ainda que presente o discurso de deferência há maior controle substancial do ato questionado do que nas ocasiões em que o discurso está ausente (6,67% *versus* 20%).

Em outras palavras, quando presente o discurso de deferência, há uma maior propensão do Tribunal a confirmar o ato, mas isso não significa que essa confirmação advenha de uma postura autorrestritiva por si só, mas sim de uma concordância com o próprio mérito do ato questionado, já que é elevado o percentual de controle substancial das decisões administrativas.

⁸¹ Esse índice de deferência pela amplitude de controle foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões em HC e RHC que foram classificadas quanto à amplitude de controle, totalizando 20. Dessas, havia discurso de deferência em 15 (denominador). E, em apenas 1 (numerador), houve controle formal da política pública. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

⁸² Esse índice de deferência pelo resultado foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões em HC e RHC que foram classificadas quanto ao resultado, totalizando 21. Dessas, não havia discurso de deferência em 6 (denominador). Das 6, 4 (numerador) confirmavam a política pública. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

⁸³ Esse índice de deferência pela amplitude de controle foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões em HC e RHC que foram classificadas quanto à amplitude de controle, totalizando 20. Dessas, não havia discurso de deferência em 5 (denominador). Das 5, em apenas 1 (numerador), houve controle formal da política pública. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

3.2.4.2. A relação entre a amplitude do controle e o resultado da solução judicial quanto à decisão administrativa controlada

Seguindo na lógica do modelo de Jordão e Cabral Junior (2018), no presente subtítulo será enfrentada a relação entre a aplicação de um controle substantivo da decisão administrativa (deferência pela amplitude) e o maior índice de revisão judicial (deferência pelo resultado).

De início, considerando os 18 julgados em que ocorreu um controle substantivo, em apenas 2 deles ocorreu a excepcionalização da norma administrativa. Ou seja, 16 deles (88,88%) resultaram na manutenção da política pública questionada judicialmente.

Já nos 2 casos classificados como de controle pouco amplo ou formal, houve a confirmação da decisão administrativa.

Mais uma vez, os achados empíricos da presente pesquisa são assemelhados aos de Jordão e Cabral Junior: há, por um lado, uma inclinação do STJ em concordar com aspectos substantivos das decisões tomadas pelos Poderes Executivos nacionais no enfrentamento da pandemia e, por outro, uma tendência de maior revisão judicial quando a amplitude de controle é superior (isto é, substantiva).

3.2.4.3. A relação entre o tipo de cognição e os índices de deferência

Como visto acima, do universo de 124 decisões nas classes HC e RHC, 16 são de cognição sumária e, 108, de exauriente.

Analisemos, então, a relação entre o tipo de cognição e cada uma das variáveis de deferência avaliadas neste trabalho.

Decompondo os resultados quanto ao discurso de deferência, nota-se que, dos 16 casos de cognição sumária, 12 (75%⁸⁴) deles possuem a presença de discurso deferencial. A situação é diversa nos casos de cognição exauriente: dos 108 registros, apenas 9 (8,33%⁸⁵) adotam um discurso de deferência.

⁸⁴ Esse índice de deferência foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões de cognição sumária em HC e RHC, totalizando 16 (denominador). Dessas, havia discurso de deferência em 12 (numerador). Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

⁸⁵ Esse índice de deferência foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões de cognição exauriente em HC e RHC, totalizando 108 (denominador). Dessas, havia discurso de deferência em 9 (numerador). Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

No tocante à deferência pelo resultado, 15 das 16 decisões de cognição sumária confirmam o ato administrativo (93,75%⁸⁶). Já das decisões de cognição exauriente que analisam o mérito do ato questionado, 5 no total, 4 delas confirmam a decisão administrativa (80%⁸⁷) e 1 a excepciona.

A análise relacional da última variável, de deferência pela amplitude do controle, revela que das 15 decisões de cognição sumária que analisaram o ato administrativo, apenas 1 (6,67%⁸⁸) o fez sob uma perspectiva de controle formal, enquanto as outras 14 (93,33%) analisaram questões substanciais das políticas públicas de enfrentamento à Covid-19. Nas decisões de cognição exauriente, por sua vez, 4 (80%) realizaram controle substantivo e, 1, formal (20%⁸⁹).

Comparando esses dados, nota-se que há um maior índice de deferência nas decisões de cognição sumária em relação ao discurso (75% *versus* 8,33%) e ao resultado (93,75% *versus* 80%). Já quanto à deferência pela amplitude de controle, a lógica se inverte, uma vez que o Tribunal tende a realizar um controle mais amplo nos casos de cognição exauriente do que nos de cognição sumária (20% *versus* 6,67%).

Conclui-se, assim, que o STJ se inclina ao discurso de deferência e à manutenção da política pública nos casos de cognição sumária de HC e RHC e, em se tratando de cognição exauriente, há maior tendência de avaliação substantiva da decisão administrativa controlada.

Esses achados empíricos confirmam a hipótese de que, diante da presunção de legitimidade do ato administrativo, há mais decisões judiciais favoráveis à Administração Pública em sede de cognição sumária, ocasião em que, muitas vezes, o poder público sequer teve a oportunidade de trazer suas razões aos autos.

⁸⁶ Esse índice de deferência foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões de cognição sumária em HC e RHC que foram classificadas quanto ao resultado, totalizando 16 (denominador). Dessas, 15 (numerador) confirmavam a política pública. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

⁸⁷ Esse índice de deferência foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões de cognição exauriente em HC e RHC que foram classificadas quanto ao resultado, totalizando 5 (denominador). Dessas, 4 (numerador) confirmavam a política pública. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

⁸⁸ Esse índice de deferência foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões de cognição sumária em HC e RHC que foram classificadas quanto à amplitude de controle, totalizando 15 (denominador). Dessas, em apenas 1 (numerador), houve controle formal da política pública. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

⁸⁹ Esse índice de deferência foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões de cognição exauriente em HC e RHC que foram classificadas quanto à amplitude de controle, totalizando 5 (denominador). Dessas, em apenas 1 (numerador), houve controle formal da política pública. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

Objetivando esquematizar didaticamente a análise feita nas classes HC e RHC, insere-se abaixo um quadro-resumo que identifica a classificação das decisões segundo as variáveis de deferência:

Tabela 5 – Quadro-resumo das variáveis de deferência nas classes HC e RHC:

Variáveis		Quantidade de decisões	Total	
Deferência pelo discurso (Há discurso de autorrestrrição?)	Sim	21	124	
	Não	103		
Deferência pelo resultado (Qual a postura do Judiciário com relação à decisão administrativa?)	Controle de atos administrativos	Excepciona	2	124
		Anula	0	
		Confirma	19	
	Controle de omissões administrativas	Chancela omissão	0	
		Supre omissão	0	
Não há manifestação		103		
Deferência pela amplitude de controle	Controle formal	2	124	
	Controle substantivo	18		
	Não há manifestação	104		

Fonte: autoria própria.

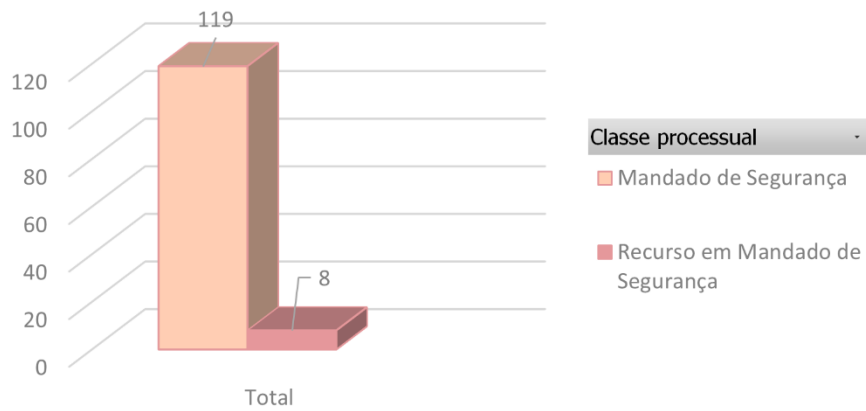
Finalizada a avaliação qualitativa das decisões proferidas em HC e RHC, inicia-se a das próximas classes processuais, quais sejam, MS e RMS.

3.3 Mandado de Segurança e Recurso em Mandado de Segurança: exemplos férteis de intrusão judicial na política pública.

Como feito quando da análise de HC e RHC, seguem as representações gráficas dos principais recortes das classes MS e RMS:

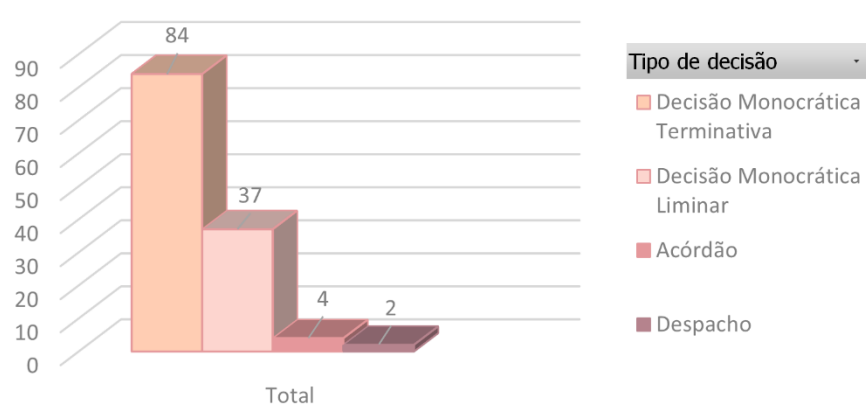
Quantidade de decisões

Quantidade de decisões em MS e RMS



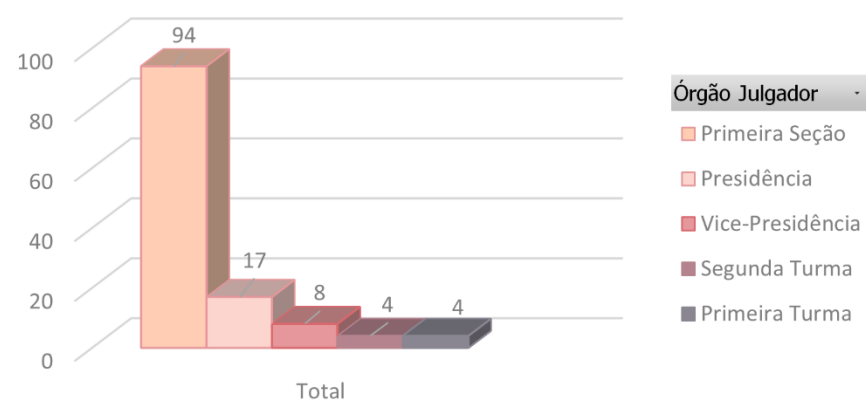
Quantidade de decisões

Tipos de decisão em MS e RMS



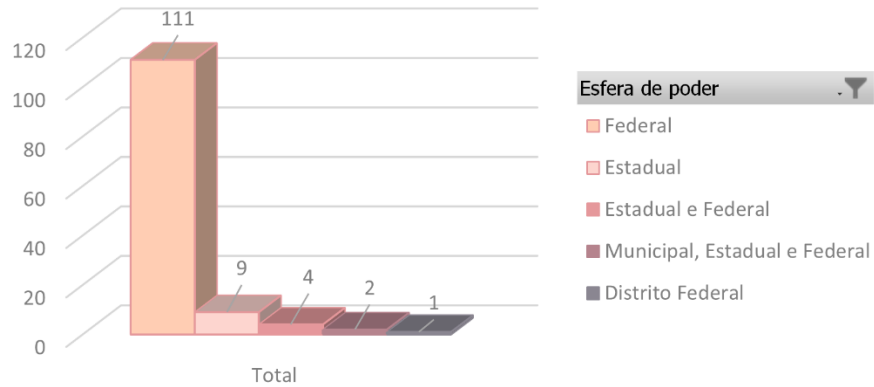
Quantidade de decisões

Decisões em MS e RMS por Órgão Julgador



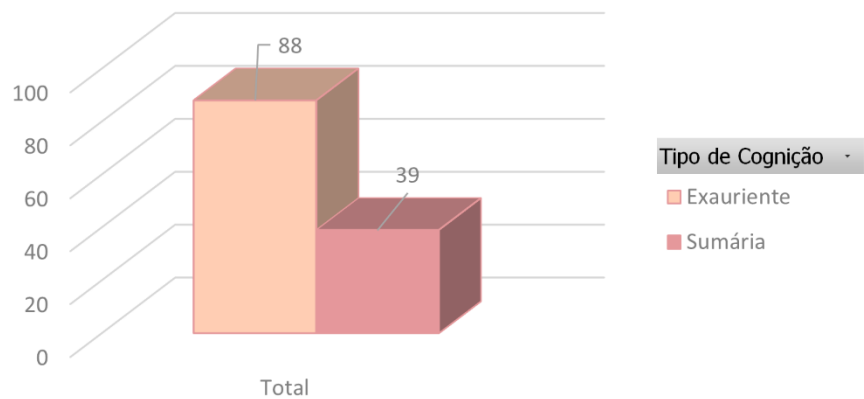
Quantidade de decisões

Atos questionados em MS e RMS por Esfera do Poder Executivo



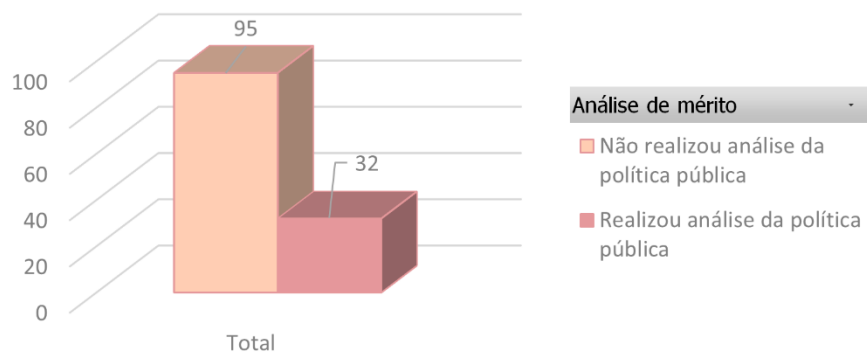
Soma de Quantidade de decisões

Tipo de cognição em MS e RMS



Soma de Quantidade de decisões

Análise das políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 em MS e RMS



No banco de dados da presente pesquisa existem 119 decisões da classe Mandado de Segurança e 8 decisões da classe Recurso em Mandado de Segurança, totalizando 127 julgados em ambas as classes, que serão a seguir analisadas conjuntamente em virtude da semelhança dos temas discutidos e do padrão deferencial nas respectivas decisões judiciais.

Seguindo o roteiro que dá conta dos filtros iniciais realizados em cada classe, quanto ao órgão julgador, 4 julgados foram proferidos em processos distribuídos à Primeira e 4 à Segunda Turma; 94 decisões foram provenientes de processos distribuídos à Primeira Seção; 17 à Presidência do Tribunal e 8, à Vice-Presidência.

Ao todo, 39 julgados são de cognição sumária e, 88, de exauriente, sendo 123 decisões monocráticas e 4 acórdãos. Conforme opção metodológica descrita anteriormente, nas decisões de cognição sumária incluem-se 3 julgados cujo conteúdo se limita a postergar a análise da medida liminar para após a prestação de informações por parte do demandado (2 deles foram classificados pelo gabinete do ministro relator como despacho e, 1, como decisão monocrática liminar).

Do universo de MS e RMS, 9 decisões avaliam, exclusivamente, atos oriundos do Poder Executivo estadual; 1, do Distrito Federal; 111, do federal; 2 questionam, simultaneamente, ato dos Poderes Executivos municipal, estadual e federal e, 4, dos Poderes Executivos estadual e federal.

No tocante à análise do mérito processual, 32 julgados (25,20%) o avaliaram e 95 (74,80%) não o fizeram, percentuais ligeiramente mais altos que os das classes HC e RHC (16,13%, e 83,87%, respectivamente).

Os assuntos questionados por meio de MS e RMS foram os seguintes:

Tabela 6 – Políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 questionadas no STJ por meio das classes MS e RMS:

Tema	Subtema	Quantidade de decisões
Saúde (28 decisões)	Pedido de prioridade na vacinação	11
	Aplicativo Conecte SUS	6
	Redução do intervalo de vacinação	4
	Cadastramento e capacitação dos profissionais da saúde	2
	Reajuste do valor de medicamentos	2
	Tratamento precoce	2
	Destinação de vacinas para entes federativos	1

Lockdown (21 decisões)	Restrição de ingresso no país	14
	Fechamento de estabelecimento comercial ou restrição de prestação de serviços	3
	Retorno às aulas	3
	Restrição à circulação de pessoas	1
Auxílio financeiro (63 decisões)	Concessão de auxílio emergencial	63
Outros (15 decisões)	Postergação do prazo de pagamento de tributos	5
	Visitas no sistema penitenciário	4
	Requisições administrativas	4
	Adiamento do Enem	1
	Suspensão de prazo do Cebas	1

Fonte: autoria própria.

Comparando essa tabela com a que revela todos os temas presentes nos julgados analisados na presente pesquisa (tabela 3), nota-se que dez assuntos foram questionados exclusivamente por meio das classes MS e RMS, quais sejam: cadastramento e capacitação dos profissionais da saúde, reajuste do valor de medicamentos, tratamento precoce, aplicativo Conecte SUS, destinação de vacinas para entes federativos, redução do intervalo de vacinação, concessão de auxílio emergencial, visitas no sistema penitenciário, adiamento do Enem e suspensão de prazo do Cebas.

Outros cinco subtemas (pedido de prioridade na vacinação, restrição de ingresso no país, fechamento de estabelecimento comercial ou restrição de prestação de serviços, retorno às aulas e restrição à circulação de pessoas) também estiveram presentes nos processos das classes HC e RHC e, para evitar repetição, não serão detalhados abaixo. Nesses casos, para além da semelhança da argumentação utilizada pelos demandantes, os desfechos dados aos processos foram assemelhados, considerando os índices de aplicação de óbices e de conhecimento meritório nesses subtemas, quer nas classes HC/RHC, quer nas classes MS/RMS.

Iniciando os comentários sobre os subtemas tratados em sede de MS e RMS, sob a insígnia ‘aplicativo Conecte SUS’ encontram-se 6 decisões, pertencentes a 5 processos, que questionam, em suma, a impossibilidade de emissão do certificado de vacinação contra a Covid-19 pela ausência de registro de alguma dose alegadamente recebida pelos impetrantes. Em todas as ocasiões, os processos foram extintos sem resolução de mérito em virtude da ilegitimidade da autoridade impetrada – ministro da Saúde, o que implicou na incompetência do STJ para o conhecimento da ação.

A propósito, os ministros relatores entenderam que o gerenciamento dos sistemas de informação da Rede Nacional de Dados em Saúde – Rnds trata-se de atribuição do Departamento de Informática do SUS e, portanto, não seria o ministro da pasta a eventual autoridade coatora.

Note-se, no processo em que há duas decisões sobre o assunto, qual seja, o MS n. 28.046/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, que embora o julgado de cognição exauriente extinga o processo sem resolução de mérito diante da ilegitimidade passiva *ad causam*, a decisão de cognição sumária adentra ao mérito do ato questionado, analisando as justificativas do Ministério da Saúde, que dão conta de que não houve registro da segunda dose do esquema vacinal no Conecte SUS porque o estabelecimento que administrou a vacina ainda não havia encaminhado os respectivos dados ao Ministério. Diante da inexistência de probabilidade do direito, a liminar foi indeferida e, em sede de cognição exauriente, foi aplicado o óbice acima mencionado.

Prosseguindo, 4 decisões, relativas a 3 processos, julgam pedidos de redução do intervalo entre as doses da vacina de Covi-19, sob o argumento de que os fabricantes dos imunizantes preveem prazos menores que os implementados pelo Ministério da Saúde brasileiro. Assim como no subtema acima, todas as ações foram extintas sem resolução de mérito, em virtude da ilegitimidade da autoridade impetrada – ministro da Saúde, o que implicou na incompetência do STJ para o conhecimento da ação.

No processo em que há duas decisões, qual seja, o MS n. 27.798/DF, Rel. Min. Og Fernandes, a decisão de cognição sumária afastou a presença de probabilidade do direito, para indeferir a liminar, utilizando-se dos argumentos prestados pelo órgão demandado e ressaltando sua capacidade institucional de orientação da política pública com base em estudos técnicos que justificam “ganhos significativos do ponto de vista de saúde pública” diante do aumento do intervalo entre as duas doses da vacina. Em cognição exauriente, contudo, decidiu-se pela incompetência do STJ, uma vez que o ato apontado como coator era proveniente de autoridades vinculadas ao Ministério da Saúde, mas não do próprio ministro.

Assim como no subtema analisado acima, verifica-se que há discurso de deferência e deferência pelo resultado nas decisões de cognição sumária, ainda que, em sede de cognição exauriente, sejam aplicados óbices que impedem a análise de mérito. Se, no primeiro caso, essa a deferência está ligada à própria análise substantiva do ato questionado; no segundo, as capacidades institucionais do Poder Executivo para a tomada de decisões tecnicamente complexas justificam a autorrestrrição judicial.

No tocante ao subtema ‘cadastramento e capacitação dos profissionais da saúde’, ambas as decisões se referem ao mesmo processo, qual seja, o MS n. 26.048/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, sendo uma de cognição sumária e, outra, de exauriente.

Na ocasião, a impetrante se insurge contra a Portaria n. 639/2020, do Ministério da Saúde, que institui a ação intitulada "O Brasil conta comigo - profissionais da saúde", com objetivo de proporcionar capacitação aos profissionais da área de saúde nos protocolos clínicos do Ministério da Saúde para o enfrentamento da Covid-19 e postula, em suma, a concessão da segurança para que não seja compelida a cumprir eventual convocação para trabalhar compulsoriamente no combate à pandemia.

O desfecho, novamente, se assemelha aos dos casos comentados acima: a decisão de cognição sumária ingressa no mérito do ato questionado e avalia que não há a probabilidade do direito alegada. Na decisão de cognição exauriente, contudo, aplica-se o óbice da Súmula n. 266/STF, entendendo que se tratou de impetração contra lei em tese, sem efeitos concretos na esfera jurídica da demandante.

O próximo subtema a ser esclarecido é o intitulado ‘reajuste do valor de medicamentos’, composto por decisões proferidas no MS n. 26.278/DF, Rel. Min. Herman Benjamin. Trata-se de mandado de segurança coletivo impetrado contra ato do Conselho de Ministros da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – Cmed, que estabeleceu o reajuste anual máximo dos medicamentos para o ano de 2020. A impetrante defende a impossibilidade de reajuste em virtude da crise econômica causada pela pandemia, argumentando que o aumento dos preços “pode significar o verdadeiro não acesso da população mais carente às medicações” e pleiteia a suspensão do reajuste “ao menos enquanto perdurarem os efeitos da calamidade pública oriundos da crise sanitária relacionada ao coronavírus, ou, subsidiariamente, até a deliberação final do Congresso Nacional sobre a Medida Provisória nº 933, de 31 de março de 2020”, que trata da referida suspensão.

De início, nota-se que há, aqui, problemática quanto à classificação do tipo de manifestação judicial. A primeira, com data de publicação no DJe de 9/6/2020, classificada pelo gabinete do ministro relator como decisão monocrática, posterga o exame da medida liminar para após a apresentação das informações pela autoridade impetrada e pela União, uma vez que considera

prematureo conceder a medida pleiteada sem informações prévias da autoridade impetrada acerca das suas razões para o reajuste de medicamentos, do impacto dessa medida para a população em pleno pico da propagação do

vírus Sars-Cov-2, sem apresentação das tabelas de preços praticados antes e depois do ato impetrado, entre outras informações relevantes para esclarecimento do caso.

Como se nota, não estão presentes no ato judicial os clássicos conteúdos decisórios que qualificam a manifestação judicial como ‘decisão’. Trata-se de impulso procedimental que determina a notificação da autoridade impetrada para prestar as informações no MS. Há, no ponto, a mesma situação do MS n. 27.945/DF, comentado no primeiro capítulo.

A diferença é que, no MS n. 27.945/DF, a manifestação judicial que posterga a análise da medida liminar está classificada como despacho e, portanto, não havia ingressado originalmente na base de dados (composta por decisões monocráticas e por acórdãos), tendo sido “encontrada” em virtude da leitura das notícias publicadas no site do STJ sobre a pandemia. Percebe-se, no particular, que a pesquisa dos casos emblemáticos noticiados pelo STJ representou uma espécie de controle de qualidade da base de dados, permitindo a inclusão de julgados relevantes para a pesquisa, mas que, por divergências classificatórias, não ingressariam a partir dos filtros iniciais.

Pois bem. Para além de tais divergências que, em certa medida, podem prejudicar a coleta de dados – tanto em pesquisas como esta, quanto em aferições do CNJ – ambas as situações revelam forte carga deferencial e assim foram classificadas quanto ao seu resultado que, ao menos provisoriamente, confirma o ato impugnado.

Isso porque, não há na lei do Mandado de Segurança, nenhuma disposição que, nessas situações, determine a oitiva da autoridade impetrada antes da decisão liminar. Os ministros relatores decidiram, em ambas as ocasiões, postergar a decisão liminar que já poderia, ao menos em tese, ser proferida desde logo optando, inclusive, por dividirem o custo da decisão com o Poder Executivo.

A classificação como decisões deferentes do ponto de vista do resultado justifica-se, sobretudo, a partir da análise dos argumentos utilizados pelos ministros relatores para postergar a decisão liminar. No MS n. 27.945/DF, o “contexto de implementação do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19” sustentou a decisão de notificação da autoridade coatora. Já no MS n. 26.278/DF, como visto acima, o ministro relator fez questão de detalhar as principais informações de cunho técnico que deveriam constar dos autos para subsidiar a decisão liminar, prestando deferência às capacidades institucionais da autoridade impetrada e concedendo-lhe prazo para munir o juízo de argumentação técnica a respeito do caso a ser julgado.

Ainda no MS n. 26.278/DF, prestadas as informações, o ministro relator indeferiu a medida liminar, argumentando que o reajuste dos preços dos medicamentos ocorreu a partir de previsão legal autorizativa e que há iniciativas no Poder Legislativo com o mesmo objeto do MS, entendendo ser a via legislativa “a forma adequada, no momento, de a questão ser tratada”. Há, no particular, discurso deferencial calcado, respectivamente, no princípio da legalidade e na separação de poderes, clarificando uma deferência pragmática e um estímulo para que os demais poderes da República atuem conjuntamente na solução da questão.

A decisão final, por sua vez, proferida mais de 2 anos após o indeferimento da liminar, constatou a perda de objeto diante do encerramento dos “dois pressupostos ensejadores do pedido do *mandamus*”, quais sejam, a emergência em saúde pública de importância nacional e o encerramento do prazo de vigência da MP n. 933/2020, possibilitando reflexões sobre o quanto a postergação da decisão final não se tratou de uma estratégia decisória utilizada no atual contexto de adversidade sanitária, revelando um aspecto da jurisprudência da crise.

No subtema ‘tratamento precoce’ estão agrupadas duas decisões de cognição exauriente, ambas de relatoria da ministra Assusete Magalhães, cujos pleitos refletem os embates em torno da política sanitária nacional de enfrentamento da pandemia.

A primeira, no MS n. 26.024/DF, DJe 14/4/2020, aponta como ato coator decisão do Ministério da Saúde que “cerceia o medicamento Hidroxicloroquina somente para pacientes que apresentam sintomas graves ou moderados”. Pleiteia, ao final, a utilização do fármaco, que lhe foi negada pela médica assistente.

A segunda, no MS n. 26.413/DF, DJe 1/7/2020, questiona ato do Ministério da Saúde que estabelece novo protocolo de manejo medicamentoso de pacientes pediátricos e de gestantes com Covid-19, a partir do uso da cloroquina e da hidroxicloroquina.

Menos de três meses separam as decisões cujos pleitos, extremos opostos, expõe a oscilante política inicial de combate à pandemia que, sob a gestão dos ministros Luiz Henrique Mandetta e Nelson Teich, defendia inexistirem evidências científicas que atestassem as vantagens de utilização dos fármacos e, na gestão do ministro Eduardo Pazuello, ampliou orientações de dispensação dos medicamentos (ASSIM COMO..., 2020; MINISTÉRIO DA SAÚDE..., 2020).

No STJ, contudo, o destino de ambas as ações foi o mesmo: extinção sem julgamento de mérito diante da inexistência de ato de efeitos concretos da autoridade impetrada (ministro da Saúde) apto a violar direito líquido e certo.

Encerrando os subtemas relacionados à ‘Saúde’, a única decisão classificada em ‘destinação de vacinas para entes federativos’ é a do já comentado MS n. 27.945/DF, que deferencialmente postergou a análise da medida liminar para após a oitiva da autoridade impetrada. Também como mencionado anteriormente, nesse ínterim houve acordo administrativo entre as partes resultando em perda de objeto da ação judicial.

Prosseguindo, quanto ao tema ‘Lockdown’, todos os seus subtemas foram também questionados em sede de HC e RHC e, por tal razão, detalhados no subtítulo anterior. Apesar de as classes processuais serem distintas, notou-se semelhanças nos discursos das partes e dos julgadores e nos desfechos processuais, motivos pelos quais evita-se a repetição das considerações.

O tema ‘auxílio financeiro’ engloba a maior quantidade de decisões nas classes MS e RMS. Ao todo, são 63 julgados que questionam a concessão de auxílio emergencial pelo Poder Executivo federal, 9 de cognição sumária e, 54, de exauriente.

Os processos englobam pedidos referentes ao auxílio emergencial previsto na Lei n. 13.982/2020 e regulamentado pelo Decreto n. 10.316/2020 destinado, em suma, aos trabalhadores sem emprego formal ativo e ao benefício emergencial de preservação do emprego e da renda, previsto na Lei n. 14.020/2020 e pago nas hipóteses de redução proporcional de jornada de trabalho e de salário e de suspensão temporária do contrato de trabalho.

Em ambas as situações, a alegação comum dos impetrantes é a de que não foram incluídos como beneficiários da política pública, apesar de preencherem os requisitos legais exigidos para tanto.

A solução judicial foi quase unânime: todas as 54 decisões de cognição exauriente extinguiram o *mandamus* sem julgamento de mérito (sendo que 51 delas o fizeram em virtude da incompetência do STJ diante da ilegitimidade da autoridade impetrada) e 7, de um total de 9 julgados de cognição sumária, entenderam pela ausência do preenchimento dos requisitos para a concessão da medida liminar pleiteada.

A exceção fica por conta das decisões nos MS n. 26.108/DF e 26.109/DF, ambas publicadas no DJe em 3/6/2020 e de relatoria do ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Nessas ocasiões, o ministro relator não realizou nenhuma consideração sobre a eventual incompetência do STJ – o que se mostrou como a maior preocupação na análise de situações assemelhadas pelos demais relatores –, nem sobre os argumentos utilizados pelo Poder Executivo para a negativa administrativa dos benefícios. Pelo contrário, ingressou no mérito da política pública e, considerando o caráter alimentar da verba pleiteada, bem como a análise dos

documentos juntados com a petição inicial, entendeu estarem devidamente demonstrados os requisitos necessários à fruição do auxílio, concedendo a liminar para garantir o recebimento do benefício.

Note-se que, em ambas as situações, após a decisão liminar ainda não houve outro pronunciamento judicial, o que levanta a possibilidade de os beneficiários estarem, até o presente momento, recebendo os auxílios concedidos liminarmente.

Há, no particular, um desvio da jurisprudência majoritária do STJ sobre o assunto que, como visto, levou à extinção sem julgamento de mérito de todas as ações assemelhadas.

E é exatamente essa divergência que suscita avaliações baseadas na tipologia dos precedentes produzidos durante as crises, conforme a doutrina de Didier Jr, Zaneti Jr e Peixoto (2022) citada no capítulo precedente e de acordo com a qual existem duas possíveis classificações para as decisões acima comentadas.

Por um lado, essas duas decisões desviantes poderiam denotar uma particular racionalidade de crise, opondo-se à instrumentalização dos óbices de admissibilidade para obstaculizar uma decisão meritória ocorrida nas decisões em sentido oposto. Nessa perspectiva, a concessão liminar do auxílio emergencial vai de encontro à deferência pragmática típica dos momentos de crise, substituindo sumariamente o juízo executivo de inadequação do beneficiário à política pública. Por outro, poderia se tratar do que os autores qualificaram como precedentes que “devem ser bem compreendidos em seu contexto e podem ser simplesmente decisões equivocadas, tomadas pela urgência do caso sem a reflexão devida” (DIDIER JR; ZANETI JR; PEIXOTO, 2022, p. 220), uma vez não foram considerados como razões de decidir quaisquer aspectos do processo de tomada de decisão pelo Poder Executivo federal, sequer utilizados como reforço argumentativo da incorreção da decisão administrativa.

Finalizando a problematização das políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 questionadas em sede de MS e de RMS, há 5 subtemas que, por não se enquadrarem nas classificações de ‘saúde’, ‘lockdown’ e ‘auxílio financeiro’ foram agrupados sob a insígnia ‘outros’.

Em ‘postergação do prazo de pagamento de tributos’ encontram-se 5 julgados (1 decisão liminar, 3 decisões monocráticas exaurientes e 1 acórdão) referentes a 4 processos em que pessoas jurídicas pleiteiam, em face de Estados ou da União a suspensão temporária da exigibilidade de tributos em virtude da crise econômica decorrente da pandemia de coronavírus.

Em todos os casos questionava-se omissão estatal, uma vez que sob a perspectiva dos impetrados, os entes federados deveriam ter elaborado políticas públicas de auxílio financeiro

que incluíssem a postergação do prazo de pagamento de tributos para determinados setores da economia, cujas finanças restaram abaladas em decorrência da pandemia.

À exceção de um julgado que entendeu pela ausência de prova pré-constituída e de outro que decidiu pelo erro no apontamento da autoridade coatora, os demais cancelaram a suposta omissão estatal, argumentando, notadamente, pela autonomia dos entes federados e pela impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário à mingua de legislação que conceda as benesses pleiteadas.

Prosseguindo, sob subtema ‘visitas no sistema penitenciário’ estão agrupadas 4 decisões, referentes a dois mandados de segurança, que questionam a Portaria n. 5/2020, do Departamento Penitenciário Nacional, que determinou a suspensão das visitas sociais aos encarcerados como forma de controle e prevenção dos riscos causados pelo coronavírus.

Ambos os MS tiveram o mesmo destino: as decisões de cognição sumária entenderam pela ausência de requisitos para a concessão da liminar e, em cognição exauriente, pela incompetência do STJ, já que o ato impugnado é proveniente de autoridade não sujeita à jurisdição do Tribunal – Diretor do Sistema Penitenciário Federal.

Em ‘requisições administrativas’, encontram-se 4 decisões referentes a 3 processos em que os impetrantes, de modo geral, objetivam esquivar-se de possíveis futuras requisições feitas pelo governo federal, quer de aparelhos respiratórios ou de equipamentos de proteção individual, quer de vacinas negociadas diretamente por ente municipal com outro país. Não houve julgamento de mérito em nenhuma ocasião.

O penúltimo subtema contém 1 decisão referente a pleito de adiamento do Exame Nacional do Ensino Médio – Enem do ano de 2020 sob o argumento da impossibilidade de estudantes se prepararem para as provas em razão do isolamento social advindo da pandemia do COVID-19. O *mandamus* foi extinto sem julgamento de mérito em virtude do reconhecimento da incompetência do STJ para julgar a ação.

Por fim, em ‘suspensão de prazo do Cebas’, encontra-se um julgado no MS n. 26.038/DF, DJe 4/5/2020, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, em que é questionado ato do Ministério da Educação que negou administrativamente pedido de suspensão dos prazos de todos os procedimentos administrativos em curso no Ministério relativos à certificação das entidades beneficentes de assistência social – Cebas.

Na ocasião, a impetrante (uma associação nacional de entidades educacionais) alegava que o distanciamento social impedia que as entidades tivessem acesso a todos os documentos necessários para realizar postulações referentes ao Cebas no Ministério da Educação. Em

contraposição, a União postulou o ingresso no feito e defendeu a desnecessidade de suspensão de todos os prazos, apontando que já havia suspenso eventuais indeferimentos administrativos.

A decisão liminar, em clara postura não deferencial, ingressa no mérito do ato questionado e determina o sobrestamento pleiteado sob o argumento de que a mera suspensão do indeferimento administrativo

não parece, em um primeiro momento, suficiente para impedir reflexos na esfera jurídica das Instituições de Ensino que pretendam, por exemplo, manter a regularidade de documentos com vencimento próximo, cujo não cumprimento, embora não conduza a um indeferimento, pode suspender a parceria com o Poder Público.

Finalizada a problematização e a realização de comentários sobre os casos mais emblemáticos das classes MS e RMS e seguindo o roteiro utilizado quando da análise dos HC e RHC, no próximo subtítulo o modelo teórico de Jordão e Cabral Junior (2018) orientará a exposição dos resultados da pesquisa no tocante aos aspectos deferenciais das decisões estudadas.

3.3.1 Deferência pelo discurso

Nas classes MS e RMS, em 26 decisões (20,47%) foi identificada a presença do discurso de deferência. Doutro norte, em 101 julgados (79,53%) os relatores não apontaram, nas razões de decidir, qualquer argumento relacionado à necessidade de autocontenção judicial. Note-se que o percentual de presença de deferência pelo discurso em MS e RMS é ligeiramente maior que o das classes HC e RHC, que foi de 16,93%.

Nas 26 decisões em que o discurso deferencial está presente, apenas 2 não analisaram o mérito do ato questionado, contra 24 em que esse escrutínio foi realizado. Como visto anteriormente, nas classes HC e RHC esses valores foram de 6 e 15, respectivamente.

Nas ocasiões em que o discurso deferencial se fez presente, o argumento mais frequente foi o de presunção de legitimidade do ato administrativo, presente em 13 decisões, das quais 12 são de cognição sumária. Esse resultado vai ao encontro dos achados nas classes HC e RHC, de acordo com os quais há maior tendência a decisões judiciais favoráveis à Administração

Pública em sede de cognição sumária, diante de tal presunção de legitimidade do ato administrativo.

O discurso deferencial também foi encontrado sob as seguintes argumentações: legalidade do ato controlado e separação dos Poderes (10 julgados, cada) e capacidades institucionais e razoabilidade e/ou necessidade das políticas públicas adotadas (11 julgados, cada).

Assim como nas classes anteriormente analisadas, a soma das ocorrências ultrapassa o número de decisões em que o discurso deferencial foi detectado, uma vez que em várias ocasiões os relatores se utilizam de mais de um argumento.

As classes MS e RMS possuem exemplos interessantes de discursos deferenciais e, abaixo, serão comentados os julgados mais emblemáticos.

De início, o que se nota é que a presença e a minudência do discurso deferencial depende muito mais das perspectivas do ministro relator sobre a autocontenção judicial do que da matéria analisada nos autos.

Um exemplo é o MS n. 27.233/DF, em que se discutem portarias interministeriais que restringiram o ingresso no país como forma de contenção do coronavírus.

Na decisão liminar de relatoria do ministro Vice-Presidente do STJ, DJe 20/1/2021, há discurso deferencial que mantém o ato impugnado com base em sua presunção de legitimidade, legalidade e razoabilidade. Por outro lado, na decisão de cognição exauriente, de relatoria do ministro Og Fernandes, não há qualquer discurso deferencial, nem em *obter dictum*, limitando-se o pronunciamento à aplicação da Súmula n. 266/STF.

Corroborando com os achados empíricos nas classes HC e RHC, aqui nas classes MS e RMS nota-se que o discurso deferencial é bastante presente nas decisões relatadas pelo ministro Presidente do STJ, tanto em termos de quantidade de decisões que o adotam, como de minudência argumentativa. A propósito, seguem dois exemplos:

No MS n. 28.312/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 30/12/2021, um genitor pleiteia a vacinação contra Covid-19 de seu filho de 7 anos, argumentando que, a despeito da aprovação da Anvisa, o governo federal teria postergado propositalmente a imunização.

O ministro relator se vale de 4 dos 5 argumentos catalogados como discurso deferencial na presente pesquisa (presunção de legitimidade do ato administrativo, capacidades institucionais, separação dos poderes e legalidade do ato controlado), nos seguintes termos:

(...)

De toda sorte, urge salientar que até prova cabal em contrário, prevalece a presunção de legitimidade do ato administrativo, não tendo sido narrada a possibilidade de ocorrência de dano irreparável enquanto se aguarda o trâmite regular da demanda judicial.

(...)

Importa asseverar a expertise do Poder Executivo na seara da construção da política pública da saúde, o qual possui um plano nacional de vacinação, que é resultado de um diálogo técnico-científico interno que passa por diversas instâncias administrativas competentes até ser colocado em prática com segurança e eficiência em prol de toda a comunidade.

Destaque-se que não pode haver interferência indevida do Poder Judiciário na esfera de competência do Poder Executivo, na definição do mérito administrativo, sem a caracterização de flagrante desvio de finalidade, que poderia justificar, excepcionalmente, uma tomada de decisão substitutiva, infringindo, portanto, o princípio da separação dos Poderes, imprescindível para assegurar concretamente o Estado Democrático de Direito, bem como desconsiderando a presunção de legalidade do ato administrativo sem a demonstração inequívoca de ilegalidade na atuação técnico-administrativa da Administração Pública.

E se permitirmos que os atos administrativos do Poder Executivo não possuam mais a presunção da legitimidade ou veracidade, tal conclusão jurídica configuraria uma forma de desordenar toda a lógica de funcionamento regular do Estado com exercício de prerrogativas que lhe são essenciais. O Judiciário não pode, dessa forma, atuar sob a premissa de que os atos administrativos são realizados em desconformidade com a legislação, sendo presumivelmente ilegítimos. Tal concluir configuraria uma subversão do regime jurídico do direito administrativo, das competências concedidas ao Poder Executivo e do papel do Judiciário.

Outrossim, importa salientar que o tema referente à imunização infantil está posto para debate e julgamento perante a nossa Corte Constitucional, por meio da ADPF. n. 754, cujo relator é o Ministro Ricardo Lewandowski.

De toda sorte, impende destacar que o mandado de segurança tem como premissa inafastável a formulação de pedido certo e determinado, comprovável de plano, sem necessidade de nenhuma dilação probatória, isto é, o ato coator precisa estar plenamente demonstrado e delimitado, não podendo ser concedido, sem estar consubstanciado em prova pré-constituída robusta, com objetivo de substituir o mérito administrativo desenhado com base em sua expertise estatal sobre política pública de saúde.

Na mesma lógica discursiva, no MS n. 27.888/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 6/7/2021, em que se pleiteia priorização na imunização de adolescentes, o relator verbaliza a impossibilidade de alteração de políticas públicas a partir de suposições, que não suplantam as capacidades institucionais do Poder Executivo:

A parte impetrante apenas faz sugestão da mudança da política pública, adotada pela administração pública federal de combate à pandemia da covid-19, com o pleito de que adolescentes tomem vacinas antes de pessoas mais idosas e com comorbidades porque, segundo defende, tem havido consequências maléficas aos adolescentes com as sequelas após o adoecimento.

Contudo, sabe-se que o mandado de segurança não pode ser concedido com base em meras suposições, sobretudo com objetivo de substituir o mérito administrativo desenhado com base em sua expertise acerca de doenças e sua forma de prevenção e combate.

Dessa forma, não está comprovado nenhum ato coator concreto corrigível pela via do mandado de segurança, não foi apontado nenhum ato a ser atribuído à autoridade coatora, mas tão somente, repita-se, pretende-se, via mandado de segurança, realizar a substituição da autonomia administrativa estatal na condução da ordem cronológica da vacinação, objetivando passar na frente dos grupos prioritários.

(...)

Meras conjecturas factuais no sentido de que adolescentes deveriam se vacinar antes de todas as outras faixas etárias porque podem ter sequelas agressivas não embasam a caracterização de um direito líquido e certo apto à concessão do mandado de segurança, sobretudo porque, não obstante a narrativa fática realizada, a parte impetrante não logrou êxito em comprovar a prática de ato coator por parte do Ministro da Saúde.

Ambos os casos acima comentados terminaram em desistência, diante do avanço do plano de vacinação contemplando os impetrantes, com a consequente perda do objeto dos mandados de segurança. De todo modo, as duas situações reforçam que as decisões oriundas da Presidência do Tribunal, se comparadas com as dos demais órgãos julgadores, se preocupam em esmiuçar o discurso de deferência, marcando posição autocontida – ao menos no padrão discursivo.

Ainda sobre a contingência dos discursos deferenciais e suas variações a depender dos relatores, no MS n. 27.375/DF, DJe 30/3/2021 e no MS n. 26.348/DF, DJe 26/6/2020, ambos de relatoria do Min. Francisco Falcão, nota-se um indício de discurso deferencial, que inicia uma argumentação em prol do respeito às decisões tomadas pelo Poder Executivo, mas não avança na fundamentação tanto como seria possível.

No primeiro caso, enfermeira de clínica privada postula priorização na fila de vacinação contra a Covid-19, argumentando que está cotidianamente submetida ao risco de infecção pelo coronavírus.

Ao decidir, o ministro relator dá indícios de que seria autocontido em virtude das capacidades institucionais do Poder Executivo na implementação da política pública de vacinação, mas, como não tece maiores comentários, o discurso deferencial acaba por ser apenas indiciário:

A vacinação, aparentemente, tem sido programada e estipulada no âmbito administrativo de cada Governo, de acordo com as doses recebidas e a respectiva população.

(...)

Ainda que se possa argumentar sobre a eventual presença do *periculum in mora*, na medida em que a impetrante, por suas características, não vislumbre ser vacinada em curto prazo, o fato é que não se evidencia a presença do *fumus boni iuris* nesse momento, exatamente porque a regulação da matéria tem nuances bem específicos.

No segundo caso, cidadão brasileiro se insurge contra a restrição de ingresso no país. O ministro relator se limita a considerar necessidade de implementação de medidas pelo Poder Executivo federal para a contenção da pandemia, deixando subentendida sua autocontenção em virtude das capacidades institucionais dos gestores públicos na elaboração das políticas públicas:

Ademais, a situação relacionada às medidas que vem (*sic*) sendo adotadas pelos respectivos Governos e administradores no tocante à necessidade de contenção do COVID-19, diante da singularidade do momento em que vivemos, vem afetando a sociedade mundial como um todo, trazendo uma verdadeira necessidade de adaptação constante, bem como implementação de medidas que, algumas vezes, podem não nos parecer "justas ou simpáticas", mas o número crescente de doentes e infectados tem levado à adoção de novas políticas públicas.

Em postura oposta, no MS n. 27.817/DF, Rel. Min. Manoel Erhardt (desembargador convocado do TRF-5ª Região), DJe 17/6/2021 nota-se exemplo de maior exploração do argumento das capacidades institucionais, ocasião em que o ministro relator explicita que a estratégia desenhada pelos gestores públicos para o trato da matéria é dotada de maior complexidade do que faz parecer o impetrante sendo, portanto, merecedora de deferência:

12. Além disso, a idealização e definição dos grupos prioritários para o recebimento do imunizante contra a COVID-19 reveste-se não apenas de caráter técnico-administrativo, mas também destina-se a acolher outros critérios, a saber, recomendação do fabricante, estudos científicos, etc., bastando, para corroborar tal fundamento, verificar que, desde o início, os imunizantes, em todos os países, foram destinados inicialmente aos maiores de 18 anos de idade, sendo certo que, apenas recentemente, tal situação mudou nos países em que o percentual de vacinados é bem superior ao constatado no Brasil, onde apenas 11% da população já foi imunizada com todas as doses necessárias, até o presente momento.

13. Ressalte-se que a concessão da liminar pleiteada caracteriza, a princípio, invasão à discricionariedade administrativa, o que seria vedado ao Judiciário

Outro aspecto interessante, notado em decisões de MS e RMS é que, em diversas ocasiões, o discurso deferencial se manifesta por meio de motivação *per relationem*. Não é

incomum que os ministros relatores se utilizem de fundamentação adotada em casos semelhantes para justificar as razões pelas quais as políticas públicas implementadas pelo executivo merecem deferência.

A propósito, no RMS n. 67.443/ES, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 18/3/2022, em que empresa privada postulava a postergação de prazo para pagamento de tributos estaduais, a ministra relatora citou o conteúdo de dois julgados do STF, forjados durante a pandemia, para defender que

Conquanto se reconheça os efeitos negativos da pandemia na atividade econômica, o STF já decidiu, enfrentando pretensão análoga à presente, que a “intervenção do Poder Judiciário na esfera de discricionariedade de uma escolha política deve cingir-se ao exame de legalidade e constitucionalidade, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos Poderes, tendo em vista que não cabe ao juiz agir como legislador positivo” e que o Supremo Tribunal Federal já afastou a possibilidade de concessão de moratória pela via judicial (STF, ARE 1.307.729 AgR/SP, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 07/05/2021).

Recentemente, o plenário do STF assentou que, "em tempos de pandemia, os inevitáveis conflitos entre particulares e o Estado, decorrentes da adoção de providências tendentes a combatê-la, devem ser equacionados pela tomada de medidas coordenadas e voltadas ao bem comum, sempre tendo por norte que não cabe ao Poder Judiciário decidir quem deve ou não pagar impostos, ou mesmo quais políticas públicas devem ser adotadas, substituindo-se aos gestores responsáveis pela condução dos destinos do Estado. A suspensão da exigibilidade de tributos, ainda que parcial, e a dilação dos prazos para seu pagamento impostos por decisões judiciais implicam a desarticulação da gestão da política tributária estatal e acarretam sério risco de lesão à ordem e à economia públicas", em acórdão que recebeu a seguinte ementa (...)

Já no RMS n. 65.812/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 19/4/2021, em que se discutia a política de divisão do Estado de São Paulo em fases mais ou menos restritivas para as medidas de contenção à disseminação da Covid-19, o ministro relator utilizou-se de fundamentação em caso assemelhado que toca o cerne da doutrina da autorrestricção judicial, qual seja, a preservação, por parte do Judiciário, da margem de escolhas possíveis pelo gestor público. Senão, vejamos:

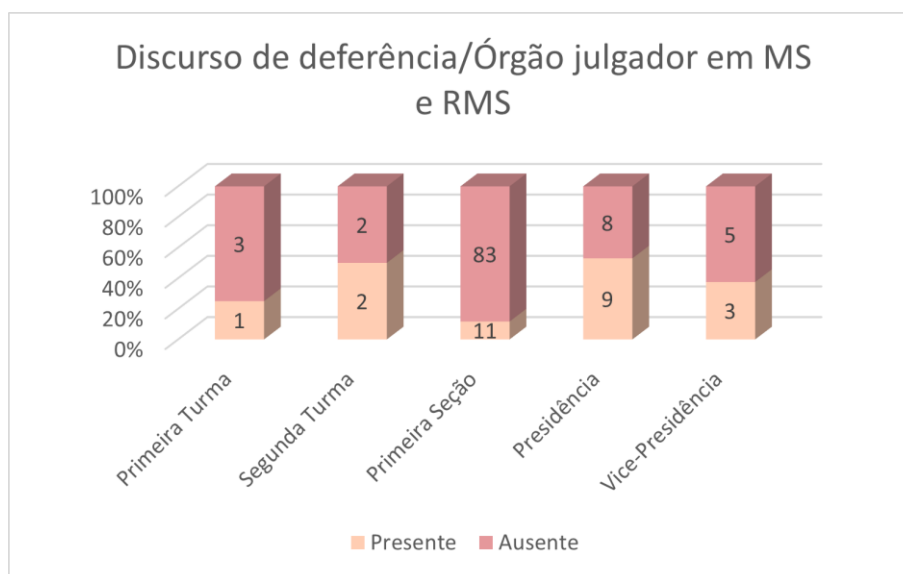
No mesmo sentido decidiu o TJ/SP no precedente invocado no acórdão recorrido (MS 2078290-97.2020.8.26.0000, impetrado pelo Município de Bastos), da relatoria do Desembargador Ferreira Rodrigues, cuja fundamentação aqui se adota:
(...)

‘Em situações dessa natureza, se for possível à Administração adotar duas ou mais medidas igualmente razoáveis, então ao Poder Judiciário é vedado dizer qual delas mais atenderia ao interesse público.’

Para encerrar a análise da variável ‘deferência pelo discurso’, apresenta-se o recorte órgão julgador e por esfera de Poder responsável pela edição do ato questionado.

Das 26 decisões em que o discurso deferencial está presente, 1 (25%) é da Primeira Turma; 2 (50%) são da Segunda; 11 (11,70%) são da Primeira Seção; 9 (52,94%) são da Presidência do Tribunal e 3 (37,50%) são da Vice-Presidência. Os percentuais entre parênteses representam uma comparação entre as decisões em que há discurso de deferência e o total de decisões prolatadas, nas classes MS e RMS, por cada um dos órgãos julgadores.

Eis a representação gráfica:

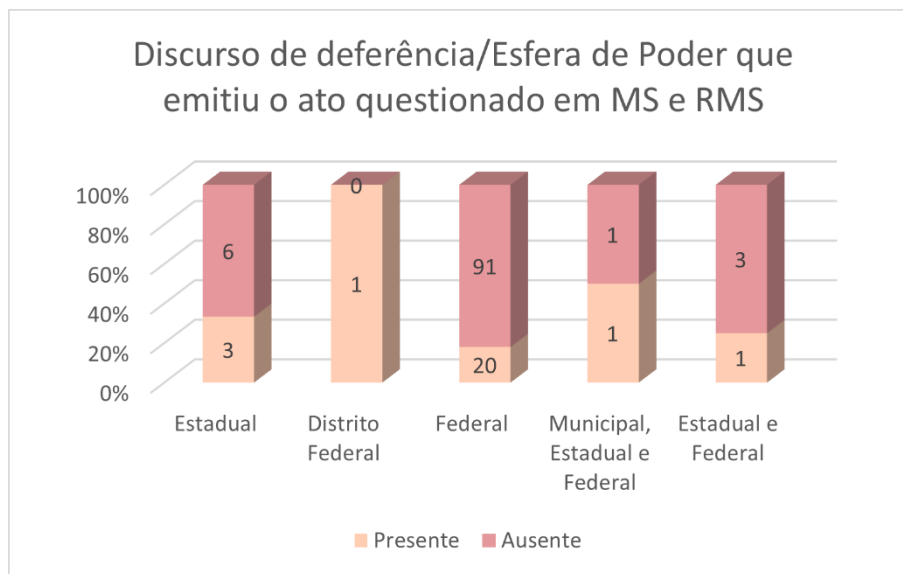


Assim como ocorreu nas classes HC e RHC, a análise dos MS e RMS demonstra uma presença acentuada do discurso deferencial nas decisões proferidas pela Presidência do Tribunal, valendo a mesma hipótese outrora elencada, de preocupação com o padrão discursivo oriunda desse órgão julgador, notadamente em virtude de suas atribuições jurisdicionais e não jurisdicionais relacionadas ao relacionamento institucional entre os Poderes da República.

Por fim, no tocante à esfera de poder, das 26 decisões em que o discurso deferencial está presente, 3 (33,33%) impugnam, exclusivamente, atos oriundos do Poder Executivo estadual; 1 (100%), do distrital; 20 (18,01%), do federal; 1 (50%) impugna ato simultaneamente atribuído aos Poderes Executivos municipal, estadual e federal; e 1 (25%) aos Poderes Executivos

estadual e federal. Os percentuais entre parênteses representam uma comparação entre as decisões em que há discurso de deferência e o total de decisões, nas classes MS e RMS, que analisam os atos emanados de cada uma das esferas do Poder Executivo.

Eis a representação gráfica:



Assim como nas classes HC e RHC, a avaliação dos padrões discursos das decisões não indica nenhum motivo específico ao qual se possa atribuir a diferença percentual do discurso de deferência com relação à esfera de poder cujo ato é impugnado.

A seguir serão apresentadas as conclusões da análise da variável ‘deferência pelo resultado’, visando avaliar a postura do STJ quanto à confirmação ou à anulação das políticas públicas de enfrentamento à Covid-9 questionadas por meio das classes MS e RMS.

3.3.2 Deferência pelo resultado

Nessa segunda variável, as decisões serão classificadas a partir do comportamento do STJ ao analisar a (in)existência de políticas públicas de enfrentamento à Covid-19. Havendo política estatal sobre o tema discutido, será averiguado se o Tribunal a anula ou a excepciona – em atuação não deferente, ou a confirma – em atuação deferente. Nos casos de omissão do Poder Executivo, verificar-se-á se o STJ supre ou chancela a omissão, em atuações, respectivamente, não deferente e deferente.

Nas classes MS e RMS o mérito da ação foi analisado em 32 decisões. Contudo, 43 julgados foram classificados sob a variável ‘deferência pelo resultado’. Os 11 excedentes são compostos por (i) 3 julgados que postergaram a análise da medida liminar para após a oitiva da autoridade impetrada e, conforme opção metodológica acima exposta, indicam um comportamento deferencial do STJ; e (ii) 8 decisões de cognição sumária que, a despeito de não analisarem o mérito dos atos questionados, indeferem a liminar e, portanto, acabam por confirmar a política estatal, em atuação deferente.

Sobre a classificação deferencial dos pronunciamentos que postergam a análise da medida liminar para após a oitiva da autoridade impetrada, comente-se o único julgado ainda não mencionado expressamente, o MS n. 27.443/DF, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 6/4/2021.

Tratava-se de mandado de segurança preventivo por meio do qual o Município de Betim visava evitar que a União e o Estado de Minas Gerais requisitassem administrativamente as doses que a municipalidade havia comprado da vacina russa Sputnik.

No momento em que o ministro relator decidiu pela oitiva dos impetrados, a controvérsia era latente (PIMENTEL, 2020). Contudo, a decisão sobre o assunto só foi proferida quase de um ano depois, em fevereiro de 2022, denegando a ordem e dando conta que, nesse período, a Anvisa negou a importação pretendida e que à época da impetração não havia ato concreto que justificasse o mandado de segurança.

Nota-se, assim, que a um só tempo, a postergação da análise do pedido liminar e o lapso decorrido entre a oitiva dos impetrados e a decisão do relator, representaram tanto uma deferência para com as autoridades requeridas, como uma estratégia decisória que dividiu o custo da decisão com essas mesmas autoridades – ou com órgão a ela ligados, advindo a manifestação judicial após a inviabilização administrativa do pleito.

Prosseguindo, das 43 decisões, 40 avaliam atos comissivos do Poder Executivo e 3, omissivos. Todas essas tratam de pedidos de postergação do prazo para o pagamento de tributos e, conforme comentado anteriormente, chancelam a suposta omissão estatal diante da autonomia dos entes federados e da impossibilidade de intervenção do Judiciário à mingua de legislação que especificamente conceda as benesses pleiteadas.

Quanto às decisões que avaliam políticas públicas existentes, 37 confirmam os atos questionados e 3 os excepcionam.

Unindo ambas as categorias, tem-se que dos 43 julgados, 40 confirmam a postura estatal (93,02%) e 3 não o fazem (6,98%), indicando um resultado mais deferencial do que o

encontrado nas classes HC e RHC, em que os percentuais foram de 90,47% e 9,53%, respectivamente.

As 3 decisões que excepcionam as políticas públicas já foram comentadas acima. Uma delas suspende os prazos dos processos administrativos de interesse das associadas da impetrante relacionados ao Cebas no Ministério da Educação (MS n. 26.038/DF, DJe 4/5/2020) e, as outras duas, determinam o pagamento do auxílio emergencial aos beneficiários impetrantes (MS n. 26.108/DF e n. 26.109/DF, DJe 3/6/2020). Todas são de relatoria do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, de competência da Primeira Seção, questionam atos do Poder Executivo federal, foram proferidas em cognição sumária e permanecem produzindo efeitos, já que ainda não há decisão de cognição exauriente em nenhuma das ações.

3.3.3 Deferência pela amplitude de controle

Nessa variável foram classificadas as 32 decisões das classes MS e RMS que avaliam o mérito das políticas públicas de enfrentamento à Covid-19. 24 julgados (75%) realizam o controle substantivo do ato administrativo questionado e, apenas 8 (25%), o controle formal. Em comparação com os resultados obtidos nas classes HC e RHC, nota-se que há maior deferência pela amplitude de controle em MS e RMS, já que naquelas classes 90% das decisões avaliaram substantivamente o ato administrativo, contra 10% que limitaram seu escrutínio a aspectos formais.

Sob a perspectiva de controle formal, cite-se o MS n. 27.744/DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 27/5/2021, por meio do qual o impetrante insurge-se contra nota técnica do Ministério da Saúde que determina que apenas as pessoas com deficiência que recebam o benefício de prestação continuada – BPC tenham acesso ao imunizante contra a Covid-19.

Em sede de decisão liminar, o ministro relator não se imiscui no cerne da política pública questionada, limitando-se a asseverar que “a definição dos grupos prioritários vincula-se à discricionariedade da Administração”.

Em uma perspectiva de controle substantivo, mencione-se o MS n. 26.010/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 23/4/2020. Na ocasião, uma associação postulava a suspensão da exigibilidade dos créditos tributários federais em virtude das dificuldades financeiras experimentadas pelos contribuintes diante dos danos econômicos provocados pela pandemia.

A princípio, o ministro relator inicia a decisão partindo de um discurso autocontido, avaliando que a “prorrogação de prazo para pagamento de tributo, além de se submeter ao

princípio da legalidade estrita, é ato de competência exclusiva do Poder Executivo e não há notícia de que tal assunto lhe tenha sido submetido e nem de que haja decisão negativa da pretensão aqui exposta”.

Em seguida, contudo, ingressa em uma avaliação substancial e assevera a inviabilidade meritória do pleito, indicando o que talvez representasse sua provável postura caso administrador público fosse, afirmando que “o contexto desta pandemia impõe, pelo contrário, a instituição de fontes adicionais para o custeio das vultosíssimas despesas a cargo da União Federal, exponencialmente aumentadas na atual conjuntura adversa de saúde pública.”

3.3.4 Conjugação das variáveis

Dando conta do roteiro já executado quando da análise das classes HC e RHC, os próximos subtítulos problematizarão a conjugação das variáveis do modelo teórico de Jordão e Cabral Junior (2018), no intuito de avaliar globalmente a postura de deferência do STJ na análise das políticas públicas de enfrentamento à Covid-19, questionadas em sede de MS e RMS.

3.3.4.1 O impacto da adoção do discurso de deferência no resultado e na amplitude do controle

Com a análise comparativa tendo como ponto de partida o discurso deferencial, intenta-se concluir a respeito da influência do discurso de deferência no resultado e do espectro de controle da política pública.

Relembrando o critério já exposto quando da análise das classes HC e RHC, a harmonização das variáveis exige que sejam computados apenas os julgados que foram classificados em todas as variáveis conjugadas. Assim sendo, como visto nos subtítulos acima, havendo análise relacionada à deferência pelo resultado nas classes MS e RMS, o universo será de 43 decisões e, caso a avaliação seja relacionada à deferência pela amplitude de controle, o total de julgados analisado será de 32.

De início, estarão sob avaliação as decisões em que há presença de discurso deferencial. Após, visando proporcionar uma comparação a respeito do impacto da adoção desse padrão discursivo, serão analisadas as correlações entre os julgados em que não há discurso de deferência e como essa ausência impacta no resultado e na amplitude de controle.

Assim como ocorreu nas classes HC e RHC, em todos os casos de MS e RMS em que é adotado um discurso deferencial (24, do universo de 43), houve a confirmação do ato estatal questionado ou a chancela da suposta omissão do Poder Executivo, indicando uma correlação direta entre a adoção do discurso de deferência e um resultado favorável ao ente público (índice de deferência pelo resultado de 100%⁹⁰).

Avançando, a relação entre o discurso de deferência e a deferência pela amplitude de controle indica que das 24 decisões (do universo de 32) em que há discurso de deferência, houve controle formal do ato em 8 (índice de deferência pela amplitude de controle de 33,33%⁹¹). Nota-se, portanto, que 16 decisões acabaram por avaliar substancialmente a postura comissiva ou omissiva estatal, ainda que houvesse, no julgado, a presença do discurso de deferência.

Embora os achados em MS e RMS representem um índice de deferência pela amplitude de controle quase 5 vezes maior do que o encontrado nas classes HC e RHC, também valem aqui as mesmas conclusões a que chegaram Jordão e Cabral Junior, de acordo com as quais ainda que o magistrado racionalize a necessidade autorrestrição judicial, essa consciência nem sempre reflete na realização de um controle formal do ato questionado.

Comparando com os julgados em que o discurso de deferencial está ausente (19 decisões, do universo de 43), em 3 julgados a norma questionada foi excepcionada pelo STJ, sendo que nas outras 16 decisões houve confirmação do ato estatal ou chancela de sua suposta omissão (índice de deferência pelo resultado de 84,21%⁹², maior que o encontrado nas classes HC e RHC, que foi de 66,67%).

⁹⁰ Esse índice de deferência pelo resultado foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões em MS e RMS que foram classificadas quanto ao resultado, totalizando 43. Dessas, havia discurso de deferência em 24 (denominador). E, em todas as 24 (numerador), a política pública foi confirmada ou, a suposta omissão, chancelada. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

⁹¹ Esse índice de deferência pela amplitude de controle foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões em MS e RMS que foram classificadas quanto à amplitude de controle, totalizando 32. Dessas, havia discurso de deferência em 24 (denominador). Das 24, em 8 (numerador) houve controle formal da política pública. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

⁹² Esse índice de deferência pelo resultado foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões em MS e RMS que foram classificadas quanto ao resultado, totalizando 43. Dessas, não havia discurso de deferência em 19 (denominador). Das 19, 16 (numerador) confirmavam a política pública ou chancelavam a suposta omissão. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

No tocante à amplitude de controle, todas as 8 decisões (do universo de 32) em que não há discurso deferencial, realizam o controle substantivo do ato administrativo (índice de deferência pela amplitude de controle de 0%⁹³).

Esses achados empíricos são interessantes e, notadamente quanto à relação entre discurso de deferência e deferência pela amplitude de controle, divergem do encontrado nas classes HC e RHC.

Em se tratando de MS e RMS, conclui-se a adoção de um discurso de deferência leva a um percentual maior de manutenção de decisões do Poder Executivo (100%) do que nos casos em que o discurso é ausente (84,21%). Quanto à amplitude de controle, se a presença do discurso de deferência não garante o controle meramente formal do ato questionado, a ausência do discurso implica na certeza de que haverá escrutínio substancial da política pública (índices de deferência pela amplitude de controle de 33,33% e 0%, respectivamente).

3.3.4.2. A relação entre a amplitude do controle e o resultado da solução judicial quanto à decisão administrativa controlada

Seguindo o roteiro, nos parágrafos seguintes será analisada a conjugação entre a aplicação de um controle substantivo da decisão administrativa (deferência pela amplitude) e o maior índice de revisão judicial (deferência pelo resultado).

Em 3, das 24 decisões que realizaram controle substantivo da política pública, foram criadas exceções não previstas inicialmente pelo Poder responsável por sua implementação. Isso significa que 21 julgados (87,50%) mantiveram política pública questionada judicialmente.

Por outro lado, em todas as 8 decisões em que se realizou controle formal, ocorreu a confirmação do ato administrativo.

Esses resultados são assemelhados aos achados empíricos nas classes HC e RHC e permite concluir que, também em MS e RMS, o STJ só altera a decisão administrativa ao realizar seu controle substantivo e, em regra, o Tribunal tende a concordar substantivamente com as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19.

⁹³ Esse índice de deferência pela amplitude de controle foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões em MS e RMS que foram classificadas quanto à amplitude de controle, totalizando 32. Dessas, não havia discurso de deferência em 8 (denominador). Das 8, nenhuma (numerador 0) realizou controle formal da política pública. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

3.3.4.3. A relação entre o tipo de cognição e os índices de deferência

Para avaliar a relação entre o tipo de cognição e cada uma das variáveis de deferência, é preciso recordar que, das 127 decisões em MS e RMS, 39 são de cognição sumária e, 88, de exauriente.

Destrinchando os achados quanto ao discurso de deferência, nota-se que, dos 39 casos de cognição sumária, 20 deles (51,28%⁹⁴) possuem a presença de discurso deferencial, percentual que diminuiu muito nos casos de cognição exauriente: apenas 6 (6,81%⁹⁵), das 88 decisões adotam um discurso de deferência.

Quanto à deferência pelo resultado, 36 das 39 decisões de cognição sumária confirmam o ato administrativo (92,30%⁹⁶). Por outro lado, todas as 4 decisões de cognição exauriente (100%⁹⁷) que analisam o mérito do ato questionado confirmam a atuação administrativa ou chancelam a suposta omissão estatal.

No tocante à deferência pela amplitude do controle, das 28 decisões de cognição sumária que analisaram o ato administrativo, 7 (25%⁹⁸) o fizeram sob uma perspectiva de controle formal e, 21 (75%), realizaram controle substancial das políticas públicas de enfrentamento à Covid-19. Esses percentuais são idênticos aos das decisões de cognição exauriente, em que 3 delas (75%) realizaram controle substantivo e, 1, formal (25%⁹⁹).

⁹⁴ Esse índice de deferência foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões de cognição sumária em MS e RMS, totalizando 39 (denominador). Dessas, havia discurso de deferência em 20 (numerador). Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

⁹⁵ Esse índice de deferência foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões de cognição exauriente em MS e RMS, totalizando 88 (denominador). Dessas, havia discurso de deferência em 6 (numerador). Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

⁹⁶ Esse índice de deferência foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões de cognição sumária em MS e RMS que foram classificadas quanto ao resultado, totalizando 39 (denominador). Dessas, 36 (numerador) confirmavam a política pública ou chancelavam a suposta omissão. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

⁹⁷ Esse índice de deferência foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões de cognição exauriente em MS e RMS que foram classificadas quanto ao resultado, totalizando 4 (denominador). Todas elas (numerador) confirmavam a política pública ou chancelavam a suposta omissão. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

⁹⁸ Esse índice de deferência foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões de cognição sumária em MS e RMS que foram classificadas quanto à amplitude de controle, totalizando 28 (denominador). Dessas, em 7 (numerador), houve controle formal da política pública. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

⁹⁹ Esse índice de deferência foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões de cognição exauriente em MS e RMS que foram classificadas quanto à amplitude de controle, totalizando 4 (denominador). Dessas, em apenas 1 (numerador), houve controle formal da política pública. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

Os dados acima revelam que enquanto há maior índice de deferência nas decisões de cognição sumária em relação ao discurso (51,28% *versus* 6,81%), a lógica se inverte no tocante à deferência pelo resultado, uma vez que todas as decisões de cognição exauriente chancelaram a postura estatal, contra 92,30% das decisões de cognição sumária. Quanto à deferência pela amplitude de controle, os índices são idênticos: 25% das decisões de cognição sumária e das de exauriente realizam controle formal.

É possível concluir que, assim como nas classes HC e RHC, em MS e RMS o STJ também tende ao discurso de deferência nos casos de cognição sumária. A situação é oposta quando avaliada a deferência pelo resultado, já que em HC e RHC o Tribunal se inclinava, em maior medida, a chancelar o ato estatal nos casos de cognição sumária, se comparado com os casos de cognição exauriente. Como se acaba de indicar, em MS e RMS, houve deferência pelo resultado em todos os casos de cognição exauriente. Curioso notar, por fim, que diante dos índices idênticos, não é possível afirmar, em MS e RMS a existência de uma tendência do STJ de incrementar a avaliação substantiva da decisão administrativa controlada a partir do tipo de cognição realizada.

Assim como feito nas classes HC e RHC, segue quadro-resumo que didaticamente identifica a classificação das decisões em MS e RMS segundo as variáveis de deferência:

Tabela 7 – Quadro-resumo das variáveis de deferência nas classes MS e RMS:

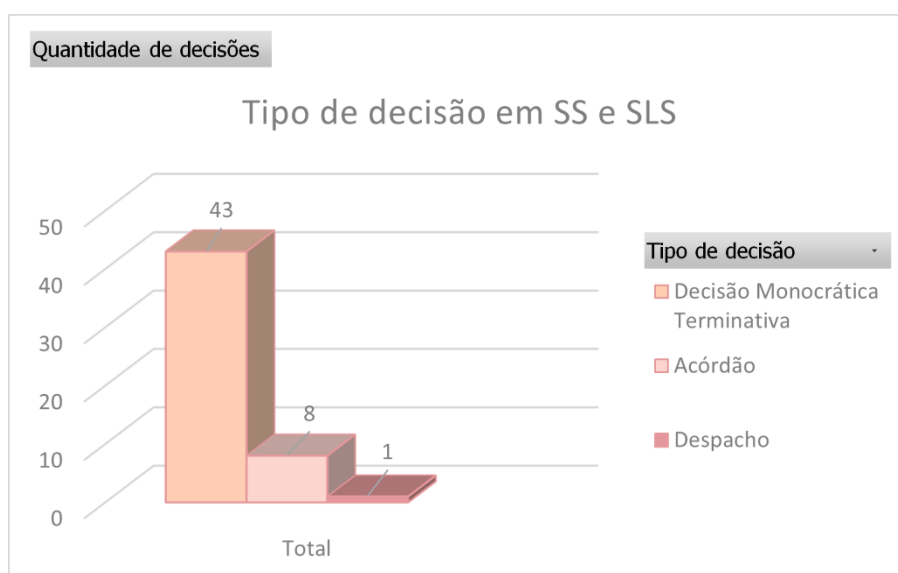
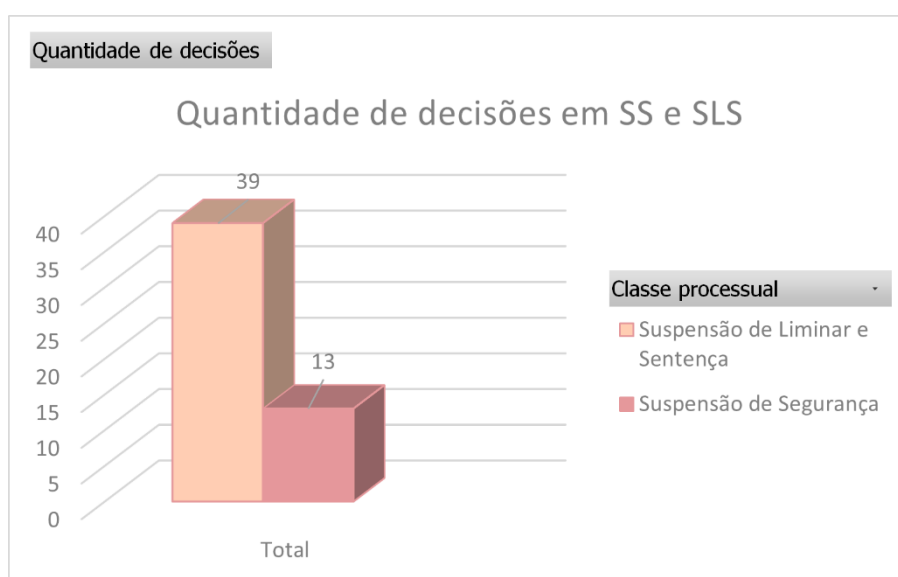
Variáveis		Quantidade de decisões	Total	
Deferência pelo discurso (Há discurso de autorrestrrição?)	Sim	26	127	
	Não	101		
Deferência pelo resultado (Qual a postura do Judiciário com relação à decisão administrativa?)	Controle de atos administrativos	Excepciona	3	127
		Anula	0	
		Confirma	37	
	Controle de omissões administrativas	Chancela omissão	3	
		Supre omissão	0	
Não há manifestação	84			
Deferência pela amplitude de controle	Controle formal	8	127	
	Controle substantivo	24		
	Não há manifestação	95		

Fonte: autoria própria.

3.4 Suspensão de Segurança e Suspensão de Liminar e Sentença: incidentes políticos-jurídicos emblemáticos quanto à análise das políticas públicas de enfrentamento à Covid-19

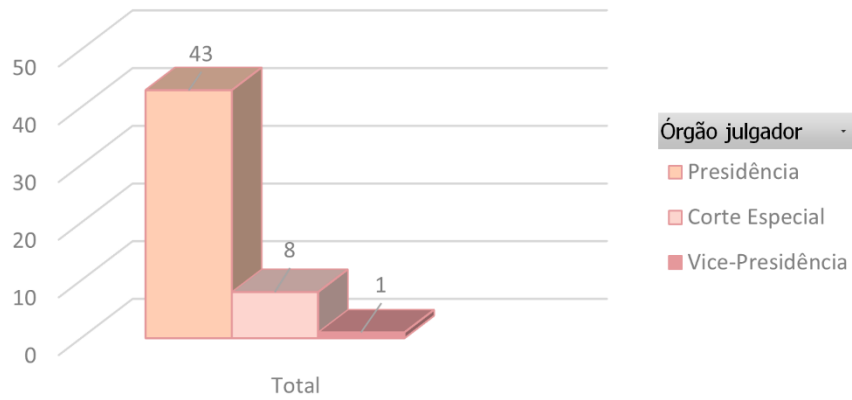
Finalizando a análise dos julgados componentes da base de dados da presente pesquisa, inicia-se a problematização das decisões proferidas nas classes processuais SS e SLS.

Antes, porém, serão expostos os gráficos com os principais recortes quantitativos, como foi feito na análise das demais classes processuais:



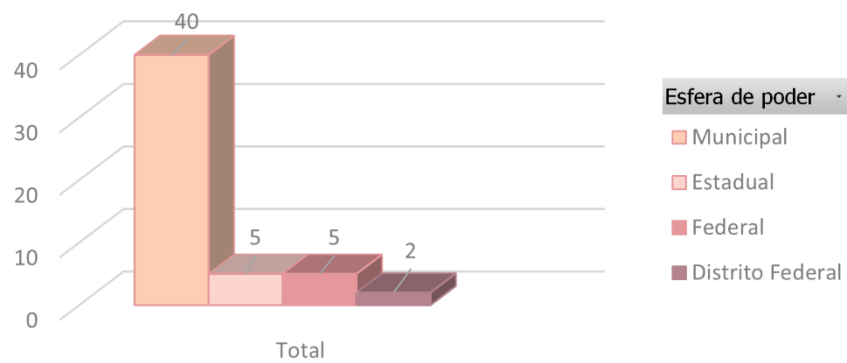
Quantidade de decisões

Decisões em SS e SLS por Órgão Julgador



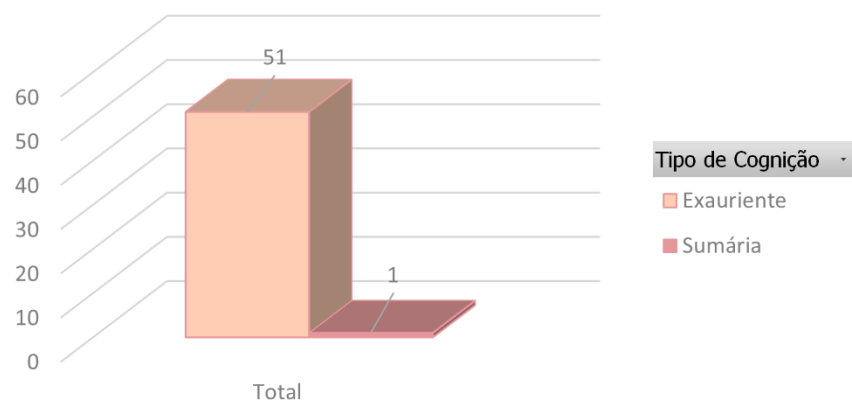
Quantidade de decisões

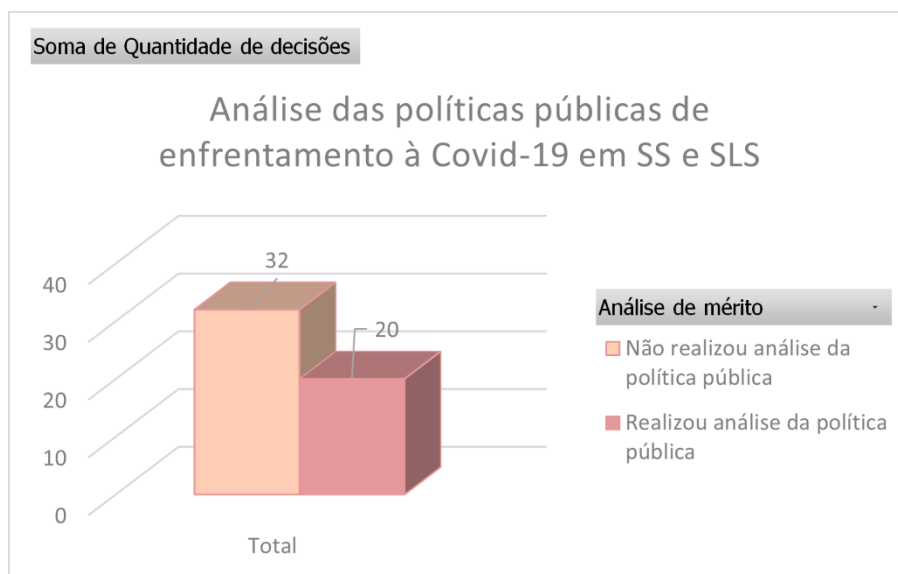
Atos questionados em SS e SLS por Esfera do Poder Executivo



Soma de Quantidade de decisões

Tipo de cognição em SS e SLS





As decisões em Suspensão de Segurança são 13 e, em Suspensão de Liminar e Sentença, 39, totalizando 52 registros em ambas as classes. Embora possuam o menor número de decisões, se comparadas com as demais classes analisadas no presente trabalho, as classes SS e SLS fornecem exemplos fecundos a respeito da postura do STJ na análise das políticas públicas de enfrentamento à Covid-19, como se verá a seguir.

Quanto ao órgão julgador, 43 julgados foram proferidos pela Presidência do Tribunal; 1, pela Vice-Presidência e 8, pela Corte Especial.

São 51 decisões de cognição exauriente e, apenas 1, foi catalogada como de cognição sumária. Trata-se do já comentado Despacho na SLS n. 2.977/AM. Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 2/8/2021, em que o Vice-Presidente determinou a intimação do ente público para apresentar o detalhamento de informações julgadas relevantes pelo ministro, postergando a avaliação meritória e concedendo mais prazo, ao próprio requerente da SLS, para a instrução processual.

Ao todo, 44 decisões são monocráticas e 8 são acórdãos. Por seu turno, 40 julgados impugnam, exclusivamente, atos oriundos do Poder Executivo municipal; 5, do estadual; 2, do distrital; e 5, do federal.

Do universo de 52, 20 ingressaram na análise do mérito processual (38,46%), e 32 (61,54%) não o fizeram.

Nesse ponto, é importante tecer algumas considerações.

É possível dizer que as suspensões de segurança e as suspensões de liminar e sentença são o objeto dessa pesquisa por excelência. Foi por meio da análise de casos emblemáticos, levados ao STJ por essas classes processuais, que surgiu a ideia inicial da pesquisa.

A propósito, a maioria das notícias no site do STJ que davam conta da análise, pelo Tribunal, de políticas públicas de enfrentamento à Covid-19, referia-se a processos dessas classes processuais. A hipótese é que, em SS e SLS, são sempre discutidas questões latentes e de imediato interesse dos entes públicos, de modo que o rito célere desses procedimentos permite o rápido conhecimento, por parte dos tribunais, de questões que podem impactar sobremaneira a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas.

Os institutos da suspensão de segurança e da suspensão de liminar e sentença, contudo, possuem peculiaridades que não podem ser negligenciadas.

A primeira delas é sobre a natureza jurídica desses institutos que preveem a suspensão de decisões prolatadas contra o poder público. Há um certo consenso de que a SS e a SLS não possuem natureza recursal e que podem ser qualificadas como incidentes processuais de natureza político-administrativa.

Não se trata de recurso, pois lhe faltam os requisitos específicos, tais como a tempestividade, o preparo, a tipicidade, a unicidade e, especialmente, a devolutividade da matéria em litígio. Por outro lado, fala-se em incidente de natureza político-administrativa diante de sua principal característica: a possibilidade de o presidente do tribunal competente pelo conhecimento do pedido exercer contracautela a partir de uma análise “política” da lesividade da decisão contestada aos bens jurídicos tutelados pela lei de regência – ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas¹⁰⁰.

O adjetivo política pretende, *in casu*, contrapor-se a uma análise “meramente” jurídica da questão e, nesse ponto, ingressa-se na segunda peculiaridade da SS e da SLS a ser comentada a seguir.

As previsões normativas das Leis n. 8.437/1992 e n. 12.016/2009 determinam que, para que seja viável pleitear a suspensão da decisão contra o poder público, é necessário haver perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. E é exatamente sobre esses requisitos que o presidente do tribunal competente deve se debruçar, e não sobre as questões jurídicas relativas ao mérito da causa principal.

Se, de um lado, o ingresso indistinto no mérito da causa subjacente transforma a SS e a SLS em recursos anômalos (ou sucedâneos recursais), usurpando a competência do julgador

¹⁰⁰ Para um aprofundamento sobre as peculiaridades das classes processuais por meio das quais são realizados os pedidos de suspensão de decisões contra o Poder Público, vide ROCHA, 2012.

natural; por outro, é inviável analisar o pleito de suspensão ignorando completamente a matéria em discussão na lide principal (ROCHA, 2012, p. 187-188).

Para Caio Cesar Rocha, “ao apreciar o pedido de suspensão, o Presidente do Tribunal não colocará seu ponto de vista sobre o *meritum causae*, relevando-o a segundo plano, ainda que seja indispensável o exercício de um mínimo juízo de delibação” (ROCHA, 2012, p. 150), que “deve ser, o máximo possível, livre de subjetivismos, adstrito não ao convencimento individual e particular, mas deve ser, sim, pragmático” (ROCHA, 2012, p. 194).

A análise das decisões em que o STJ avaliou as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 revela o quão complexa é a calibragem desses fatores e a realização do “mínimo juízo de delibação” que se consubstancia em uma análise, ainda que superficial, do mérito da ação originária.

O que se notou foi, frequentemente, decisões que realizavam previamente considerações sobre a impossibilidade de análise do mérito da causa principal e, na sequência, discriminavam a visão do julgador sobre a lide originária, decidindo o pedido de suspensão com base em argumentos relacionados à demanda em que foi proferida a decisão que se pretende suspender. É precisamente esse o motivo pelo qual, apesar das considerações teóricas de que não há análise do mérito da causa principal em sede de SS e SLS, optou-se por manter as respectivas decisões no banco de dados.

Ainda sobre esse assunto, mesmo que nas SS e SLS o requerido seja sempre o tribunal de origem que concedeu a liminar questionada, considerou-se, para fins de classificação, que o ato questionado não é a decisão da origem impugnada, mas sim a política pública de enfrentamento à Covid-19 discutida na demanda originária.

De fato, nas ocasiões em que os relatores não realizaram quaisquer considerações sobre o mérito da causa principal, entendeu-se que não havia manifestação sobre a política pública de enfrentamento à Covid-19 e, por essa razão, as decisões não foram classificadas nas variáveis ‘deferência pelo resultado’ e ‘deferência pela amplitude de controle’.

Um exemplo é a SLS n. 2.706/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 26/5/2020. Trata-se de pedido de suspensão de liminar proposto por ente municipal contra decisão que, em segunda instância, deferiu a antecipação de tutela para, em suma, determinar que a municipalidade (i) se abstenha de “instaurar processo administrativo em desfavor das empresas concessionárias para apuração de eventual descumprimento do contrato de concessão”, e (ii) elabore plano de auxílio financeiro para empresas do setor de transporte coletivo urbano, que

tiveram diminuição das receitas em virtude das medidas de isolamento social impostas por conta da pandemia de Covid-19.

O ministro relator, ao deferir o pedido de suspensão, baseou suas razões de decidir apenas na abusividade da intervenção proposta pela decisão judicial impugnada, é dizer, na presença de lesão à ordem pública na liminar concedida, não ingressando, em nenhum momento, na análise do mérito da demanda originária.

Quanto à apuração de eventual descumprimento do contrato de concessão, afirmou que a decisão recorrida “obsta o exercício do poder de polícia da administração pública municipal”, configurando “interferência indevida em outro Poder” e, no tocante à elaboração de plano de auxílio financeiro às empresas¹⁰¹, ponderou que a decisão de origem converteu o Judiciário em administrador positivo, ressaltando o caráter técnico-administrativo das medidas postuladas: “é excessivo o Judiciário determinar, em fase de tutela de urgência antecedente, que a administração municipal apresente, em 48 horas, plano emergencial, como se fosse algo banal e ordinário, ordenando com minúcia o conteúdo”.

No modelo de Jordão e Cabral Junior (2018), referida decisão foi classificada apenas quanto à deferência pelo discurso, uma vez que presentes os argumentos ‘capacidades institucionais’ e ‘separação dos Poderes’. Todavia, inexistindo qualquer manifestação meritória sobre a política pública, não foi o julgado categorizado quanto à ‘deferência pelo resultado’ e à ‘deferência pela amplitude de controle’.

Por outro lado, as decisões em que se notou que a análise da política pública questionada integrava as razões de decidir da suspensão, foram classificadas sob todas as variáveis do modelo teórico. Ressalte-se que esses julgados são, inclusive, os mais frutíferos do ponto de vista do padrão discursivo. A minudência dos argumentos a favor da autocontenção judicial impressiona e se difere bastante dos discursos singelos e incipientes verificados na maior parte dos processos pertencentes às classes processuais anteriormente analisadas (HC, RHC, MS e RMS).

Seguindo o roteiro que estruturou a exposição dos resultados da pesquisa nos últimos subtítulos, a seguir serão apresentados os temas e subtemas relacionados às políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 questionados no STJ por meio das classes SS e SLS:

¹⁰¹ Esse é precisamente o motivo pelo qual a decisão consta do banco de dados da presente pesquisa. Não se trata, apenas, de averiguação de questões a respeito de contratações públicas, mas também de pedido de formulação de política pública de auxílio financeiro para empresas, em virtude da situação pandêmica enfrentada.

Tabela 8 – Políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 questionadas no STJ por meio das classes SS e SLS:

Tema	Subtema	Quantidade de decisões
Saúde (8 decisões)	Pedido de prioridade na vacinação	3
	Internação em leitos de UTI Covid-19	2
	Criação de locais de vacinação	1
	Acesso à informação sobre vacinação	1
	Pedido de escolha do imunizante	1
Lockdown (21 decisões)	Fechamento de estabelecimento comercial ou restrição de prestação de serviços	14
	Restrição à circulação de pessoas	2
	Retorno às aulas	2
	Restrição de transporte interestadual ou intermunicipal e barreira sanitária	1
	Restrição de transporte municipal	1
	Toque de recolher noturno	1
Auxílio financeiro (16 decisões)	Concessão de auxílio financeiro para setores empresariais	12
	Critérios técnicos da política de auxílio emergencial	4
Outros (7 decisões)	Requisições administrativas	2
	Corte de energia	1
	Postergação do prazo de pagamento de tributos	1
	Fornecimento de alimentação a alunos da rede pública de ensino	1
	Utilização de recursos destinados ao combate da pandemia	1
	Autorização para produção de insumos emergenciais	1

Fonte: autoria própria.

Dos 19 temas questionados, 8 deles já foram detalhados nos subtítulos acima, uma vez que também foram levados à apreciação do STJ em sede de HC, RHC, MS e RMS.

Os demais, debatidos exclusivamente nas classes SS e SLS, serão abaixo esmiuçados. São eles: ‘internação em leitos de UTI Covid-19’, ‘criação de locais de vacinação’, ‘acesso à informação sobre vacinação’, ‘pedido de escolha do imunizante’, ‘restrição de transporte municipal’, ‘concessão de auxílio financeiro para setores empresariais’, ‘critérios técnicos da política de auxílio emergencial’, ‘corte de energia’, ‘fornecimento de alimentação a alunos da rede pública de ensino’, ‘utilização de recursos destinados ao combate da pandemia’ e ‘autorização para produção de insumos emergenciais’.

Em ‘internação em leitos de UTI Covid-19’ encontram-se duas decisões oriundas do mesmo contexto fático, qual seja, a existência de mais de duzentas liminares que determinavam a internação de pacientes com Covid-19 em leitos de UTI no Estado do Mato Grosso. O que diferencia as suspensões é o requerente: enquanto na SLS n. 2.918/MT, DJe 19/4/2021, quem pleiteia a suspensão das liminares é o Município de Cuiabá, na SLS n. 2.922/MT, DJe 22/4/2021, quem o faz é o Estado do Mato Grosso.

Ambos os julgados possuem fundamentação idêntica, além do mesmo desfecho: a suspensão das liminares, com a extensão dos “efeitos da decisão para casos similares que determinam a imediata internação em leito de UTI para tratamento de covid-19 no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso.”

Classificada no subtema ‘criação de locais de vacinação’, encontra-se um litígio (SLS n. 2.925/MT, Min. Rel. Humberto Martins, DJe 29/4/2021) que, assim como os anteriores, reflete a judicialização das medidas de combate à pandemia no Município de Cuiabá.

Aqui, a demanda originária teve medida liminar concedida para determinar ao ente municipal a criação de novos postos de vacinação contra Covid-19 “no prazo de 3 dias úteis, indicando os bairros a serem atendidos, bem como determinando a forma como a vacinação em tais locais deve ocorrer”. Do mesmo modo que nas SLS acima comentadas, o ministro presidente do STJ determinou a suspensão da decisão liminar, utilizando-se de argumentos meritórios, relacionados à demanda de origem, cuja minudência será mais explorada na análise da variável ‘deferência pelo discurso’.

No subtema ‘acesso à informação sobre vacinação’ há uma suspensão de segurança por meio da qual o Município de São José dos Campos impugna sentença que determinou ao ente fornecer impetrante “a lista de vacinados contra a COVID-19, bem como indicar em qual categoria de prioridade cada indivíduo vacinado se enquadrava”. No STJ, o pedido de suspensão não foi conhecido diante da incompetência do Tribunal, uma vez que, para o ministro relator, “a petição inicial da ação originária marca o caráter constitucional da matéria quando diz que ‘lê-se na Constituição Federal e na L.A.I., que as únicas justificativas aceitáveis para se negar a informação seriam esta ser sigilosa ou de caráter pessoal’”, motivo pelo qual entendeu-se que a competência para conhecer da SS seria do STF.

Ainda no tema ‘saúde’, a demanda referente a ‘pedido de escolha do imunizante’ trata da concessão de suspensão de decisões que, em primeira e segunda instâncias, determinaram ao ente estatal a imunização da impetrante com os imunizantes por ela indicados como compatíveis com sua condição de portadora de neoplasia maligna.

Quanto ao tema ‘lockdown’, o único assunto ainda não detalhado no presente trabalho é ‘restrição de transporte municipal’, questionado em uma única demanda, da classe SLS. Buscava determinado ente municipal a suspensão de liminar que havia vedado a prestação de serviço de transporte coletivo urbano e rural, público ou privado, que excedesse a metade da capacidade de usuários sentados. Na SLS, o ministro relator reconheceu a incompetência do STJ diante da “natureza constitucional da causa de pedir da demanda”, corroborada pela decisão do STF que entendeu pela constitucionalidade da distribuição dos “poderes de polícia sanitária entre os entes federativos”.

Ingressando no tema ‘auxílio financeiro’, em ‘concessão de auxílio financeiro para setores empresariais’ encontram-se catalogadas 12 decisões, que imputam omissões aos entes federados, sob o argumento de que deveriam ter elaborado políticas públicas de auxílio financeiro para determinados setores econômicos prejudicados pelas restrições impostas pela pandemia de Covid-19.

Em 8 dessas decisões, os ministros relatores se limitam a considerar a inexistência de lesões à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, não avaliando substancialmente a alegação de inexistência de política pública. Nas demais, o STJ ingressa na análise meritória da demanda de origem, ora chancelando a omissão estatal, ora suprimindo-a e confirmando as decisões judiciais das instâncias inferiores que determinam a concessão dos auxílios pleiteados.

Sob a insígnia “critérios técnicos da política de auxílio emergencial” estão 4 julgados, referentes a dois processos, nos quais desde a origem são questionadas decisões da União a respeito da operacionalização do pagamento do auxílio-emergencial, tais como a exigência de regularização do CPF dos pretensos beneficiários e a prorrogação do prazo de saque do benefício. Uma das decisões entendeu pela competência do STF, dada a natureza constitucional da demanda e, as outras três, referentes à mesma ação, deferiram a suspensão pleiteada, confirmando a política pública impugnada.

Os 4 últimos subtemas a serem comentados possuem 1 julgado catalogado em cada um.

Em ‘corte de energia’ encontra-se pedido de suspensão formulado por concessionária de energia elétrica diante de decisão que havia determinado o reestabelecimento do fornecimento de energia elétrica para os consumidores residenciais que tiveram o serviço interrompido por inadimplência, antes da vigência de resolução da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel que vedou a suspensão de fornecimento para determinados públicos, durante a pandemia de Covid-19. Argumentando que a discussão dos autos se refere a “questões com expresse fundamento na Constituição Federal”, como a “ponderação entre a aplicação do

princípio da dignidade da pessoa humana à luz da garantia do direito à vida e à saúde”, o ministro relator entendeu pela incompetência do STJ para a análise do pedido de suspensão.

Na categoria ‘fornecimento de alimentação a alunos da rede pública de ensino’ também entendeu-se pelo caráter constitucional de demanda que pleiteava a suspensão de medida liminar que, na origem, determinou ao ente municipal o fornecimento de alimentação aos alunos da rede pública municipal “durante o período de suspensão das aulas [em virtude da pandemia], *in natura* ou através de transferência de renda, independente de as famílias serem beneficiárias de programas de transferência de renda e estarem em determinados cadastros.”

Classificada no subtema ‘utilização de recursos destinados ao combate da pandemia’ está um julgado que indefere pedido de suspensão diante da ausência de demonstração da “grave lesão à ordem e à economia públicas”. Na ocasião, foram mantidas decisões das instâncias ordinárias determinaram que “os valores percebidos pelo ente municipal, oriundos da Lei Federal nº 173/2020, sejam aplicados exclusivamente em ações voltadas ao enfrentamento à Covid-19”.

Por fim, em ‘autorização para produção de insumos emergenciais’ encontra-se a SLS n. 2.802/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 14/10/2020, que indeferiu o pedido de suspensão uma vez “que não ficou demonstrada a grave lesão à saúde pública”.

Na origem, empresa privada questionava ato de ente municipal que lhe impediu de fabricar, comercializar e doar álcool gel diante de ausência de alvarás sanitários estaduais e municipais para tanto. As instâncias ordinárias cassaram o ato municipal questionado sob a argumentação de que “nada impede que a Anvisa, dentro dos limites de sua competência, acompanhe a produção do álcool em gel por parte da empresa autora e, caso verifique alguma irregularidade ou ameaça à saúde pública, suspenda tais atividades”. No STJ, as decisões judiciais foram mantidas sob considerações a respeito da “essencialidade do combate à disseminação do coronavírus, de forma que o interesse público é na continuidade da comercialização de álcool em gel, assegurando-se os direitos fundamentais à vida e à saúde”.

Finalizados os comentários a respeito das demandas contidas nos subtemas tratados de modo inédito em SS e SLS e, antes de ingressar à análise da variável ‘deferência pelo discurso’, mais uma questão é digna de problematização.

De início, mencionem-se as 18 decisões que não conhecem o pedido de suspensão em virtude da incompetência do STJ. Dessas, 17 foram proferidas nos primeiros seis meses de pandemia (de abril a outubro de 2020), indicando que no início da crise o Tribunal tinha uma maior tendência de aplicação desse óbice processual.

Essa conclusão é reforçada pelo fato de que demandas assemelhadas a essas em que a incompetência foi reconhecida, quando propostas posteriormente, superaram o óbice do não conhecimento, tendo sido avaliadas no mérito.

Um exemplo são as 14 demandas do subtema ‘fechamento de estabelecimento comercial ou restrição de prestação de serviços’, sendo que as 3 que tiveram análise meritória datam de abril a agosto de 2021.

Cite-se, a propósito, a SS n. 3.219/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 15/4/2020 e a SS n. 3.316/PR, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 1/6/2021.

Na primeira demanda, ente municipal pleiteava a suspensão de liminar que permitiu o funcionamento de estabelecimento comercial varejista de bebidas e produtos alimentícios, mesmo diante de decreto local que determinou o fechamento como medida de contenção à pandemia. A decisão do STJ foi no sentido de entender pela competência do STF, diante da natureza constitucional da questão jurídica debatida, qual seja, a “competência dos entes federativos para a tomada de providências normativas e administrativas no gerenciamento da pandemia”, corroborada pela “recente decisão cautelar na ADI n. 6.341/DF, [que] examinou a constitucionalidade de decreto presidencial que redistribuía os poderes de polícia sanitária entre os entes federativos”.

Já na segunda, ente municipal objetivava a suspensão de decisão que permitiu o funcionamento de supermercados, mercearias e padarias em afronta a decreto que determinava seu fechamento, também como ação de combate à Covid-19. Note-se que, ao contrário da decisão anterior, em que a ADI n. 6.341/DF justificou o não conhecimento da suspensão, aqui, a mesma decisão do STF fundamentou o início da argumentação que chancela a tomada de providências de enfrentamento à pandemia por todos os entes federados. Frise-se que na SS n. 3.316/PR, o pedido de suspensão não só foi conhecido, como indeferido, anulando o normativo questionado, após considerações sobre o mérito da demanda originária no sentido de que a manutenção do fechamento dos estabelecimentos “causa impacto negativo imediato na saúde e sobrevivência da população”, afirmando que solução judicial diversa “teria o mesmo resultado danoso à sociedade caso fossem fechados outros serviços públicos e atividades essenciais, (...) como é o caso do funcionamento de hospitais, corpo de bombeiros e delegacia”.

Prosseguindo, passa-se à exposição dos resultados da pesquisa quanto à deferência do STJ para com as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 questionadas em SS e SLS, conforme o modelo teórico de Jordão e Cabral Junior (2018).

3.4.1 Deferência pelo discurso

Dos 52 julgados em SS e SLS, identificou-se discurso de deferência em 21 decisões (40,39%), o que representa quase o dobro das ocasiões, se comparado com as classes MS e RMS (20,47%) e quase duas vezes e meia no comparativo com as classes HC e RHC (16,93%).

Tendo em mente que a competência originária para a análise de SS e de SLS é da Presidência do STJ, esse resultado vai ao encontro da hipótese já levantada anteriormente, de acentuada preocupação de autocontenção judicial, ao menos discursiva, por parte da Presidência do Tribunal, em virtude de suas atribuições jurisdicionais e não jurisdicionais ligadas ao relacionamento institucional entre os Poderes da República.

Nas 21 decisões em SS e SLS que o discurso deferencial está presente, 14 analisaram o mérito da política pública de enfrentamento à Covid e, 7, não o fizeram.

São as seguintes as ocorrências dos argumentos utilizados nos discursos de deferência: capacidades institucionais e separação dos Poderes (20 julgados, cada); razoabilidade e/ou necessidade das políticas públicas adotadas (11 julgados); presunção de legitimidade do ato administrativo (9 julgados); e legalidade do ato controlado (8 julgados).

Como dito nos últimos subtítulos, a soma das ocorrências ultrapassa o número de decisões em que o discurso deferencial foi detectado, considerando que os ministros relatores, frequentemente, se valem de mais de um argumento na mesma decisão.

Já se adiantou que os padrões discursivos pró-deferência saltam aos olhos nas classes SS e SLS. Estão presentes em um percentual maior de decisões, se comparados às classes HC, RHC, MS e RMS, e desempenham papel central na argumentação dos ministros relatores, articulando fundamentações que, a despeito de dialogarem intrinsecamente com a análise de políticas públicas pelo Poder Judiciário, não haviam sido utilizados nos demais processos analisados na presente pesquisa.

É o caso da SLS n. 2.918/MT, DJe 19/4/2021, da SLS n. 2.922/MT, DJe 22/4/2021, da SLS n. 2.925/MT, DJe 29/4/2021, da SLS n. 2.969/MG, DJe 16/7/2021 e da SS n. 3.341/MG, DJe 20/10/2021, todas de relatoria do Min. Humberto Martins.

Do universo de 303 julgados analisados na presente pesquisa, apenas esses 5 utilizam como fundamentos expressos as alterações recentes na Lindb, que balizam as decisões judiciais na análise das políticas públicas, e as recomendações do CNJ a respeito da tomada de decisões sobre políticas públicas no contexto pandêmico.

Nessas decisões, a fundamentação em prol da deferência faz considerações específicas sobre a necessidade de uma postura judicial autocontida na análise das decisões do Poder Executivo relacionadas ao enfrentamento da pandemia, revelando uma argumentação forjada para o momento de crise.

Cite-se, a propósito, a SLS n. 2.925/MT, em que o Município de Cuiabá buscava a suspensão de liminar que havia lhe determinado a criação de novos postos de vacinação contra Covid-19 “no prazo de 3 dias úteis, indicando os bairros a serem atendidos, bem como determinando a forma como a vacinação em tais locais deve ocorrer”.

De início, o ministro relator afirmou a especificidade do momento enfrentado, assim considerando:

no que diz respeito à pandemia de covid-19, entendo que não se pode permitir que seja retirada dos atos administrativos do Poder Executivo a presunção da legitimidade ou veracidade, sob pena de se desordenar a lógica de funcionamento regular do Estado na prestação do serviço de saúde.

Seguiu invocando a existência da Recomendação n. 92/CNJ, editada

com o objetivo de orientar os magistrados, à luz da independência funcional, a atuar na pandemia de covid-19, de forma a fortalecer o sistema brasileiro de saúde e do art. 22 da Lindb, de acordo com o qual compete ao julgador considerar as “circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente administrativo.”

Em seguida, dando continuidade à postura deferencial, fez referências à existência de política pública municipal e à necessidade de respeito às escolhas dos agentes responsáveis pela formulação da ação pública, ressaltando que “a escolha e a forma de realização do plano de imunização adotado pelo Município requerente se deu de acordo com planejamento realizado pelo corpo técnico da secretaria municipal de saúde” e que “há que se respeitar a legítima discricionariedade da administração pública para a política pública de imunização em andamento”.

O desfecho, de suspensão da liminar concedida na origem se deu, portanto, a partir de uma postura autocontida por excelência, de acordo com as variáveis da presente pesquisa: houve discurso de deferência, com a confirmação do ato administrativo questionado e em controle meramente formal da política pública, sem que o julgador realizasse considerações substanciais sobre as escolhas do Poder Executivo municipal.

Ainda sobre o padrão discursivo nas decisões das classes processuais ora analisadas, citem-se o AgInt na SLS n. 2.917/DF e o AgInt na SLS n. 2.919/CE, ambos julgados pela Corte Especial, publicados no DJe de 13/8/2021 e de relatoria do ministro Humberto Martins.

No primeiro caso, discutia-se julgado que, na origem, determinou o fortalecimento das políticas de isolamento social, contrariando decreto do Distrito Federal que havia autorizado a retomada de atividades econômicas. No segundo, questionava-se decisão liminar que, na origem, determinou a suspensão da vacinação de profissionais de saúde que não estavam “em efetivo serviço de enfrentamento da Covid-19”, em oposição à decisão do Município de Fortaleza de priorização, na primeira fase da vacinação, de todos os trabalhadores da área da saúde.

Em ambas as decisões, o discurso a favor da deferência judicial se vale dos cinco argumentos catalogados nos julgados do banco de dados da presente pesquisa, quais sejam, a necessidade de autocontenção em virtude (i) do princípio da separação dos poderes, (ii) das capacidades institucionais do Poder Executivo para a tomada de decisões técnicas relacionadas às medidas de enfrentamento à pandemia de Covid-19, (iii) da presunção de legitimidade dos atos administrativos, (iv) da razoabilidade e/ou da necessidade das medidas administrativas, e (v) da legalidade do ato administrativo controlado.

A utilização massiva de argumentos de pró-deferência já havia sido identificada em outros casos, mas não com a minudência dos julgados ora comentados.

Em ambas as ocasiões, as decisões da Corte Especial detalham o iter procedimental que culminou na tomada de decisão dos administradores públicos, em cada uma das situações. Há, no particular, a constatação não apenas da existência de uma estratégia executiva para fazer frente aos desafios pandêmicos, mas também a averiguação do exato cumprimento dos termos traçados pela administração, ressaltando que as decisões relativas às políticas públicas questionadas “não foram tomadas de forma aleatória, mas sim estruturadas em bases científicas sólidas, que dão o suporte necessário para que os interesses em conflito sejam atendidos na melhor medida possível”.

Considerou-se, ainda, que não ficou caracterizado “vácuo na atuação técnico-administrativa” dos entes responsáveis pela política pública, o que poderia “justificar uma atuação judiciária substitutiva para suprir eventual omissão administrativa, como também não se verificou a prática de ação administrativa ilegal por parte do ente público que pudesse embasar uma intervenção corretiva do Poder Judiciário”.

Na SLS n. 2.917/DF há, inclusive, um reconhecimento do

esforço administrativo do Distrito Federal para desenhar uma política pública de combate à pandemia que concilia os bens jurídicos em conflito, sem priorizar um em detrimento do outro, e, enfatize-se, que essa postura de equalização propicia o atendimento aos bens jurídicos em tela na melhor medida possível, até porque excluir um deles totalmente não trará mais benefícios para o interesse público do que conciliá-los.

Ambas as decisões, ao concluir pela necessidade de suspensão das liminares questionadas, o fazem com uma afirmação severa de autorrestrrição, de acordo com a qual “está caracterizada a grave lesão à ordem pública [como visto, um dos requisitos para a concessão da decisão suspensiva], na sua acepção administrativa, em decorrência dos entraves à execução normal e eficiente da política pública desenhada e estrategicamente escolhida pelo gestor público”.

O que ocorreu, precisamente, foi o respeito, por parte do Judiciário, do espaço político a partir do qual o Poder Executivo encarregado da política pode selecionar sua interpretação preferida, balizada por critérios técnicos devidamente justificados.

Rememorando o desenho conceitual realizado no primeiro capítulo, a respeito de uma idealização do equilíbrio institucional na judicialização das políticas públicas, compreende-se que a avaliação efetuada nas duas decisões acima destacadas se mostra como um padrão a ser perseguido ao tratar-se da análise, pelo Poder Judiciário, das escolhas públicas realizadas pelos demais Poderes.

Foram expressamente reconhecidas a complexidade técnica, a legitimidade democrática do Poder Executivo e a dimensão política das escolhas públicas, ponderados os impactos resultantes de decisões judiciais que alterassem o rumo das políticas públicas, e avaliada a existência de ação estatal estratégica direcionada à solução do problema existente.

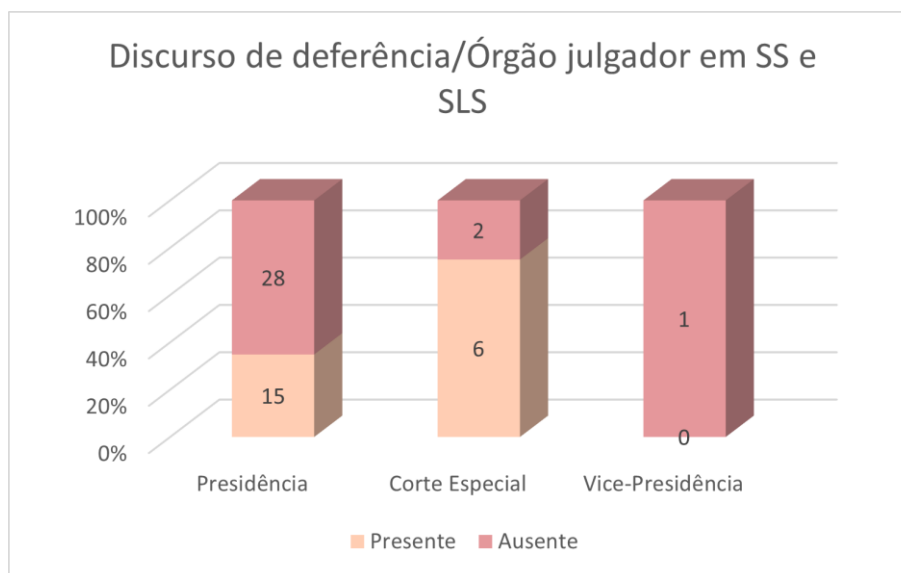
Por todas essas considerações, que tocam no cerne epistêmico da *deference doctrine*, é possível concluir que tais diretrizes traçadas judicialmente se enquadram na tipologia de Didier Jr, Zaneti Jr e Peixoto (2022), configurando “precedentes com características duradouras”, em uma “dimensão que transcende a crise” no que diz respeito à análise de políticas públicas pelo Judiciário.

Para encerrar, seguem os recortes a respeito do discurso deferência segmentado por órgão julgador e por esfera de Poder responsável pela edição do ato questionado.

Das 21 decisões em que o discurso deferencial está presente, 15 foram proferidas pela Presidência (34,88%) e, 6, pela Corte Especial (75%). Como realizado nas demais classes

processuais, os percentuais entre parênteses representam uma comparação entre as decisões em que há discurso de deferência e o total de decisões prolatadas, nas classes SS e SLS, por cada um dos órgãos julgadores.

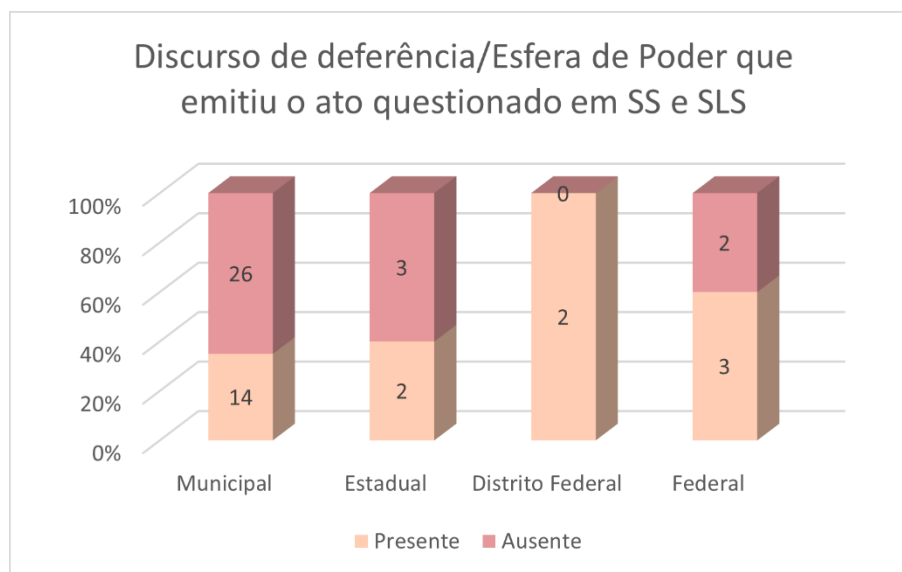
Eis a representação gráfica:



Se comparado com as demais classes processuais, o percentual de presença do discurso deferencial nas decisões proferidas pela Presidência em SS e SLS é menor. Aqui, todavia, à exceção de uma decisão da Vice-Presidência, todas as demais foram prolatadas pelo próprio ministro presidente (ora em processos de competência originária da Presidência, ora em processos de competência da Corte Especial) informação que deve ser considerada na avaliação. Note-se, também, que a análise das classes SS e SLS indica um aumento considerável da presença do discurso deferencial nos casos em que o processo é julgado por órgão colegiado (comparação dos resultados da Presidência com os da Corte Especial).

Quanto à esfera de poder, das 21 decisões em que o discurso deferencial está presente, 14 (35%) impugnam, exclusivamente, atos oriundos do Poder Executivo municipal; 2 (40%), do estadual; 2 (100%) do distrital e 3 (60%), do federal. Os percentuais entre parênteses, representam uma comparação entre as decisões em que há discurso de deferência e o total de decisões, nas classes SS e SLS, que analisam os atos emanados de cada uma das esferas do Poder Executivo.

Eis a representação gráfica:



Novamente, não há, a partir da análise dos julgados, quaisquer motivos peculiares que justifiquem essa diferenciação nos percentuais.

Finalizada a problematização da variável ‘deferência pelo discurso’, segue-se para a ‘deferência pelo resultado’.

3.4.2 Deferência pelo resultado

A análise dessa variável permite a avaliação do resultado da atuação judicial quanto à política pública questionada: foram classificadas como deferentes as decisões que confirmavam a política pública existente ou que cancelavam a omissão estatal e, como não deferentes, os julgados que anulavam o ato questionado ou supriam a omissão alegada.

Como visto anteriormente, nas classes SS e SLS, o mérito da ação foi analisado em 20 decisões. Há 21, entretanto, que foram classificadas com relação à ‘deferência pelo resultado’. A diferença vem do Despacho na SLS n. 2.977/AM que, conforme já exposto, foi metodologicamente categorizado como deferente, ao confirmar, ao menos temporariamente, a política pública questionada, por meio de postergação da análise da demanda para após a oitiva da parte requerente da suspensão de liminar.

Seguindo o roteiro da exposição dos resultados, das 21 decisões, 14 confirmam a política pública questionada e 1 cancela a omissão estatal, totalizando 15 decisões classificadas como deferentes (71,43%). No espectro não deferente, correspondente a 6 julgados (28,57%), 3 decisões anulam o ato administrativo e 3 suprem a omissão apontada.

Trata-se do menor índice de deferência pelo resultado, se comparado com as demais classes analisadas no presente trabalho. Em MS e RMS, 93,02% das decisões foram classificadas como deferentes e, em HC e RHC, 90,47%.

Destaquem-se, a propósito, duas decisões emblemáticas do espectro não deferente.

A primeira é a proferida na SLS n. 2.794/MT, DJe 23/10/2020, Rel. Min. Humberto Martins. Na origem, decisões judiciais determinaram que os valores percebidos pelo Município de Rondonópolis oriundos do “Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19)”, fossem “aplicados exclusivamente em ações voltadas ao enfrentamento à Covid-19, na saúde e na assistência social, bem como para mitigar os efeitos financeiros em razão da baixa arrecadação no período”.

Em contraposição, o Município postulava a suspensão sob os argumentos de que os recursos “são de livre utilização pela gestão pública municipal e de finalidade desvinculada”. No particular, houve a aprovação e sanção de Lei Municipal que permitiu sua utilização “para amortização de dívidas da Secretaria Municipal de Finanças, bem como para custeio de folha de pagamento de servidores, serviços de terceiros/pessoas jurídicas prestados às Secretarias de Educação, de Administração e de Infraestrutura”.

A decisão que, no STJ, indeferiu o pedido de suspensão, entendeu pela inexistência de grave lesão à ordem e à economia públicas, sustentando, em síntese, que a Lei Municipal “configura desvio de finalidade da verba” e que “verifica-se um maior potencial lesivo no próprio desvio de finalidade da verba que deveria estar sendo empregada no controle do vírus, uma vez que este causa grave lesão à saúde pública.”

Essas considerações são suficientes para problematizar a classificação da decisão do STJ no espectro ‘não deferente’. Se, por um lado, há a anulação do ato estatal, por outro, não parece intrusiva a postura judicial que se resumiu a determinar a aplicação de legislação federal que orientou o repasse de recursos. Jordão e Cabral Junior (2018, p. 558), no particular, são precisos ao considerar que ser deferente não significa, necessariamente, manter a decisão executiva, já que não é possível qualificar como intrusiva a anulação de decisões irrazoáveis.

In casu, o desrespeito à legislação federal que instituiu os repasses financeiros foi tido como caracterizador da abusividade da conduta estatal, sendo que o Município não conseguiu se desfazer do ônus argumentativo que lhe impunha a justificação racional da sua conduta.

O segundo caso a ser considerado é a SLS n. 2.943/SP, Rel. Min. Humberto Martins.

Na origem, concessionária de transporte coletivo urbano pleiteou o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo celebrado com o Município de Mauá, em

virtude da queda de receitas ocasionada pela pandemia de Covid-19. Foi deferida liminar, mantida em segunda instância, que determinou à municipalidade a apresentação de proposta para a mitigação do desequilíbrio contratual e o depósito mensal de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), sob pena de bloqueio de verbas públicas. Contra essa decisão, se insurgiu o Município.

Inicialmente, em decisão monocrática, DJe 26/5/2021, o ministro relator considerou presente a grave lesão à ordem pública e, utilizando-se de discurso deferencial, ressaltou que a

decisão liminar mantida pelo Tribunal de origem assume caráter legislativo, isto é, de maneira geral e abstrata, sem a demonstração concreta e específica do alegado desequilíbrio econômico-financeiro, determina a apresentação, em prazo urgente, de plano destinado à mitigação dos efeitos da redução do número de passageiros em todo o Município de Mauá, bem como o depósito de valores pelo Poder Público à empresa concessionária.

Ao final, a suspensão foi deferida, a partir, também, de uma análise consequencialista, de acordo com a qual “a determinação liminar de depósito do valor mensal de R\$ 1 milhão pelo município cria efeitos financeiros não previstos originalmente no orçamento público e pode prejudicar, em tese, a atuação do Poder Público em outras áreas prioritárias, mormente em tempos de pandemia.”

A decisão monocrática foi objeto de agravo interno, oposto pela concessionária de transporte público e, em ocorrido inédito nas decisões componentes do banco de dados, houve a alteração do julgado perante o órgão colegiado – *in casu*, a Corte Especial.

O acórdão, publicado no DJe 7/2/2022, sustentou o provimento do agravo interno sob os argumentos de que (i) o Município “não comprovou, de forma inequívoca, em que sentido a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas estão sendo afetadas em razão da decisão que determinou o depósito de subsídios emergenciais no valor mensal de R\$ 1.000.000,00” e que (ii) a “não realização dos depósitos emergenciais, pode trazer prejuízos irreversíveis à eficiência da prestação do serviço público de transporte coletivo.”

Note-se que, na decisão de agravo interno, não há argumentação que exponha os motivos que levaram à alteração de compreensão de existência de grave lesão à ordem pública, nem ponderações sobre as consequências oriundas do dispêndio mensal de um milhão de reais, outrora consideradas, fazendo com que o inicial discurso de autocontenção dê lugar a uma avaliação substancial das supostas omissões estatais, suprindo-as judicialmente.

Realizadas essas considerações, a seguir, analisa-se a última variável do modelo teórico, qual seja, a ‘deferência pela amplitude de controle’.

3.4.3 Deferência pela amplitude de controle

Controlar apenas os aspectos formais da decisão administrativa questionada ou ingressar em sua análise substancial revelam posturas diametralmente opostas no espectro deferencial.

Partindo da opção de classificar, na presente variável, apenas as decisões que superaram o juízo mínimo de deliberação típico das SS e SLS e ingressaram efetivamente no mérito da política pública questionada judicialmente, 20 julgados foram analisados sob essa insígnia. Destes, 17 realizaram controle substancial (85%) e 3, formal (15%).

Esses percentuais foram intermediários, se comparados com os das classes HC e RHC (respectivamente 90% e 10%) e MS e RMS (respectivamente 75% e 25%).

Interessante ressaltar que, em SS e SLS, a postura deferente quanto à amplitude de controle e seu extremo oposto, a intrusão na política pública, foram identificadas com clareza.

De início, mencione-se o controle formal por excelência realizado na SS n. 3.341/MG, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 20/10/2021. Na origem, a impetrante alegava ser portadora de neoplasia maligna, o que justificaria a impossibilidade de sua vacinação contra Covid-19 com o imunizante que estava sendo a ela disponibilizado pelo município de Belo Horizonte. No primeiro e no segundo grau de jurisdição, as decisões foram no sentido de determinar ao ente estatal a imunização da impetrante com os imunizantes por ela indicados como compatíveis com sua condição.

No STJ, o ministro relator deferiu a suspensão de segurança após longas considerações sobre a impossibilidade de o Poder Judiciário interferir na política pública de imunização em curso.

Os passos seguintes verificaram a existência de política pública elaborada pelo órgão estatal, bem como o cumprimento da estratégia traçada pelo próprio ente, abstenendo-se de adentrar no mérito e de avaliar as escolhas realizadas pelos gestores públicos. Não houve, em nenhum momento, a preocupação do julgador em responder perguntas dotadas de algum grau de tecnicidade, como se o ente estatal deveria ou não considerar a opção de aplicação de outro imunizante à impetrante, tão somente considerando que a valoração sobre os fatos tem como *locus* legítimo o ente federado responsável pela política pública questionada.

No extremo oposto, encontra-se a SLS n. 2.918/MT, DJe 19/4/2021, em que se pleiteava a suspensão de liminares que determinavam a internação de pacientes com Covid-19 em leitos de UTI no Estado do Mato Grosso.

Apesar do padrão discursivo da decisão ter realizado uma série de referências à autorrestrrição judicial, o desfecho deferente da decisão que suspendeu as liminares ocorreu a partir de um controle substancial e, portanto, foi oriundo da concordância do julgador com as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 implementadas pelo ente estatal.

Isso fica claro quanto o ministro relator tece expressas considerações sobre a “medição do desempenho do administrador público” (MIRANDA, 2021), avaliando que a falta de leitos de UTI “não se deu por má gestão da administração pública”, em típica postura intrusiva de valoração da qualidade das escolhas públicas.

3.4.4 Conjugação das variáveis

A partir das considerações acima, que analisaram quanti e qualitativamente as três variáveis do modelo teórico adotado, passa-se à conjugação de todas elas, com o intuito de compreender seus impactos na postura judicante do STJ, quando da análise das políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 em sede de SS e SLS.

3.4.4.1 O impacto da adoção do discurso de deferência no resultado e na amplitude do controle

Para avaliar os impactos do discurso deferencial no resultado e na amplitude de controle do ato estatal, seguindo o roteiro já executado nas demais classes processuais, a conjugação das variáveis considerará apenas as decisões que foram classificadas em todas elas.

Conforme anteriormente comentado, nas classes SS e SLS, havendo análise relacionada à ‘deferência pelo resultado’, serão considerados 21 julgados. Caso a avaliação contemple a variável ‘deferência pela amplitude de controle’, o universo de julgados será de 20 decisões.

Todas as decisões que adotam um discurso de deferência (14, do universo de 21), confirmaram ato estatal questionado (13 julgados) ou cancelaram a suposta omissão (1 julgado), indicando uma correlação direta entre a adoção do discurso de deferência e um

resultado favorável ao ente público (índice de deferência pelo resultado de 100%¹⁰²). O mesmo ocorreu nas classes HC, RHC, MS e RMS.

O impacto da adoção do discurso de deferência na amplitude do controle, todavia, não segue o mesmo destino, já que nos 14 casos em que há discurso de deferência, o STJ realizou um controle formal da política públicas em apenas 3 (índice de deferência pela amplitude de controle de 21,43%¹⁰³).

Avaliando os julgados nos quais não foi adotado discurso de deferência, a conjugação com a variável ‘deferência pelo resultado’ (7 decisões, do universo de 21), revela que em apenas 1 ocasião o ato foi confirmado pelo STJ, sendo anulado ou suprida a omissão em 6 decisões (índice de deferência pelo resultado de 14,28%¹⁰⁴).

Já com relação à amplitude de controle, todas as 6 decisões (do universo de 20) nas quais não há discurso deferencial realizam o controle substantivo do ato administrativo (índice de deferência pela amplitude de controle de 0%¹⁰⁵).

Os resultados de tais conjugações são bastante assemelhados aos encontrados nas demais classes processuais.

Em todas elas, os julgados que confirmam as políticas públicas adotam discurso deferencial. No tocante à amplitude de controle, embora a presença do discurso deferencial não garanta o controle meramente formal do ato questionado, sua ausência implica em uma maior probabilidade de escrutínio substancial da política pública.

¹⁰² Esse índice de deferência pelo resultado foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões em SS e SLS que foram classificadas quanto ao resultado, totalizando 21. Dessas, havia discurso de deferência em 14 (denominador). E, em todas as 14 (numerador), a política pública foi confirmada ou foi chancelada a suposta omissão estatal. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

¹⁰³ Esse índice de deferência pela amplitude de controle foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões em SS e SLS que foram classificadas quanto à amplitude de controle, totalizando 20. Dessas, havia discurso de deferência em 14 (denominador). E, em apenas 3 (numerador), houve controle formal da política pública. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

¹⁰⁴ Esse índice de deferência pelo resultado foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões em SS e SLS que foram classificadas quanto ao resultado, totalizando 21. Dessas, não havia discurso de deferência em 7 (denominador). Das 7, 1 (numerador) confirmava a política pública. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

¹⁰⁵ Esse índice de deferência pela amplitude de controle foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões em SS e SLS que foram classificadas quanto à amplitude de controle, totalizando 20. Dessas, não havia discurso de deferência em 6 (denominador). Em nenhuma delas (numerador 0), houve controle formal da política pública. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

3.4.4.2. A relação entre a amplitude do controle e o resultado da solução judicial quanto à decisão administrativa controlada

No tocante à relação entre o controle substantivo da decisão administrativa (deferência pela amplitude) e o índice de revisão judicial (deferência pelo resultado), em SS e SLS os resultados são ligeiramente distintos dos das demais classes processuais analisadas no presente trabalho.

Das 17 decisões que realizaram controle substantivo da política pública, 11 confirmaram a ação ou cancelaram a omissão estatal (índice de deferência de 64,70%) e 6 anularam o ato ou suprimiram a omissão. O índice foi de 88,88% em HC e RHC e de 87,50% em MS e RMS, indicando que nas controvérsias que chegam ao STJ em SS e SLS há uma tendência menor de o STJ concordar com o mérito das políticas públicas de enfrentamento à Covid-19.

Já nas decisões em que o controle foi formal (3 julgados), assim como nas demais classes processuais, houve a confirmação do ato administrativo, o que significa que, em todos os casos, o STJ só altera a decisão administrativa ao realizar seu controle substantivo.

3.4.4.3. A relação entre o tipo de cognição e os índices de deferência

Diferentemente do que ocorreu nas demais classes processuais, a conjugação dessas variáveis em SS e SLS não permite conclusões sobre o impacto do tipo de cognição nos índices de deferência. Isso porque, das 52 decisões em sede de SS e SLS, 51 foram de cognição exauriente e, a única classificada como se cognição sumária, refere-se ao multicommentado Despacho na SLS n. 2.977/AM, que ao postergar a análise do pedido de suspensão, foi classificado como deferente quanto ao resultado e não recebeu classificação quanto à amplitude de controle.

Por fim, assim como realizado nas demais classes processuais, apresenta-se o quadro-resumo que identifica a classificação das decisões em SS e SLS segundo as variáveis de deferência:

Tabela 9 – Quadro-resumo das variáveis de deferência nas classes SS e SLS:

Variáveis		Quantidade de decisões	Total	
Deferência pelo discurso (Há discurso de autorrestrrição?)	Sim	21	52	
	Não	31		
Deferência pelo resultado (Qual a postura do Judiciário com relação à decisão administrativa?)	Controle de atos administrativos	Excepciona	0	52
		Anula	3	
		Confirma	14	
	Controle de omissões administrativas	Chancela omissão	1	
		Supre omissão	3	
Não há manifestação		31		
Deferência pela amplitude de controle	Controle formal	3	52	
	Controle substantivo	17		
	Não há manifestação	32		

Fonte: autoria própria.

Expostos os resultados da pesquisa divididos por classe processual, é chegado o momento de consolidá-los e vislumbrar a possibilidade de realização de inferências sobre a postura do STJ na análise das políticas públicas de enfrentamento à Covid-19.

3.5 STJ, deferência e políticas públicas de enfrentamento à Covid-19: impressões gerais sobre as decisões e possíveis tendências decisórias

O STJ, ao analisar as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19, é deferente à atuação do gestor público ou interveniente nas escolhas administrativas?

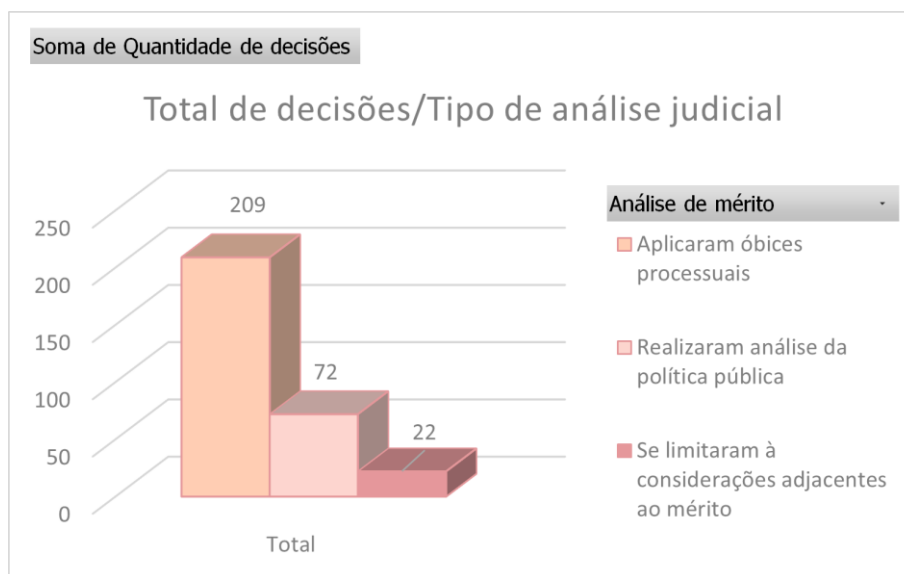
A dúvida inicial que moveu a presente pesquisa foi sendo respondida paulatinamente a partir da apresentação dos resultados dos achados empíricos e, a seguir, será definitivamente solvida, lançando bases, inclusive, para uma avaliação prospectiva.

De início, serão expostos por meio de tabelas e de gráficos os principais resultados, cujo detalhamento será realizado nos subtítulos que se seguem:

Tabela 10 – Classificação quantitativa das decisões sob as variáveis de deferência

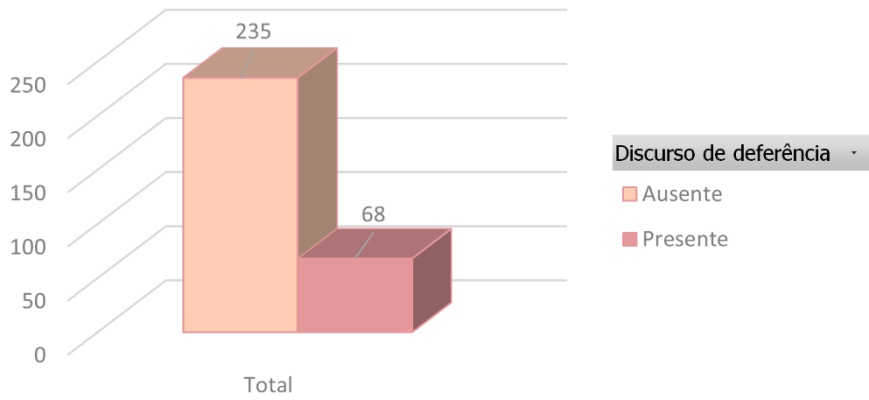
Variáveis		Quantidade de decisões	Total	
Deferência pelo discurso (Há discurso de autorrestrrição?)	Sim	68	303	
	Não	235		
Deferência pelo resultado (Qual a postura do Judiciário com relação à decisão administrativa?)	Controle de atos administrativos	Excepciona	5	303
		Anula	3	
		Confirma	70	
	Controle de omissões administrativas	Chancela omissão	4	
		Supre omissão	3	
Não há manifestação		218		
Deferência pela amplitude de controle	Controle formal	13	303	
	Controle substantivo	59		
	Não há manifestação	231		

Fonte: autoria própria.



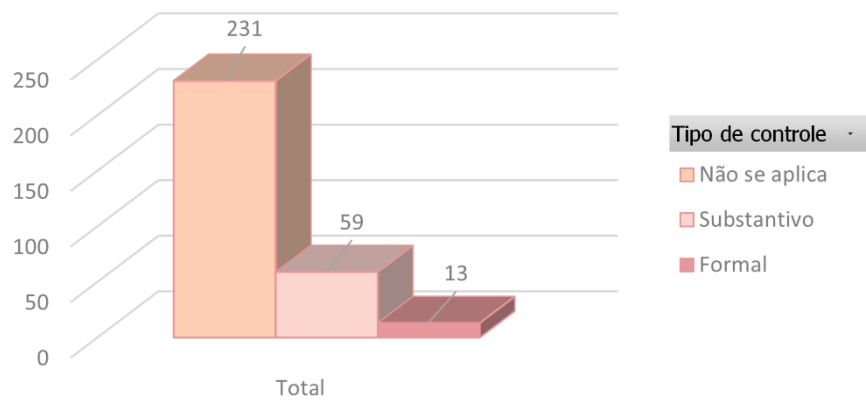
Soma de Quantidade de decisões

Total de decisões/Discurso de deferência



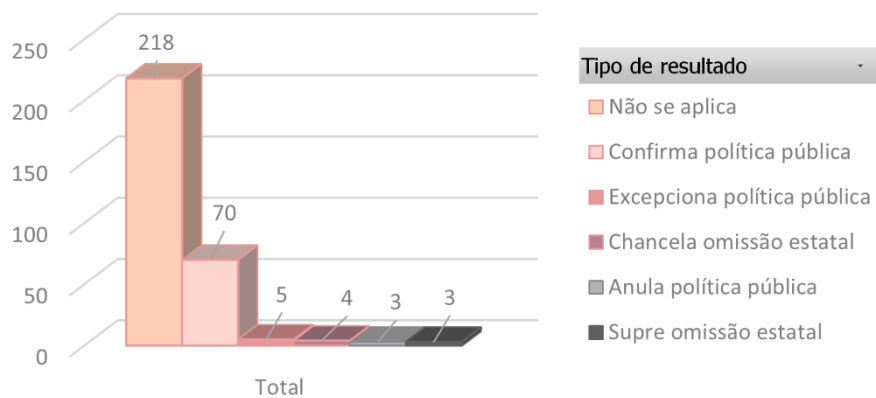
Soma de Quantidade de decisões

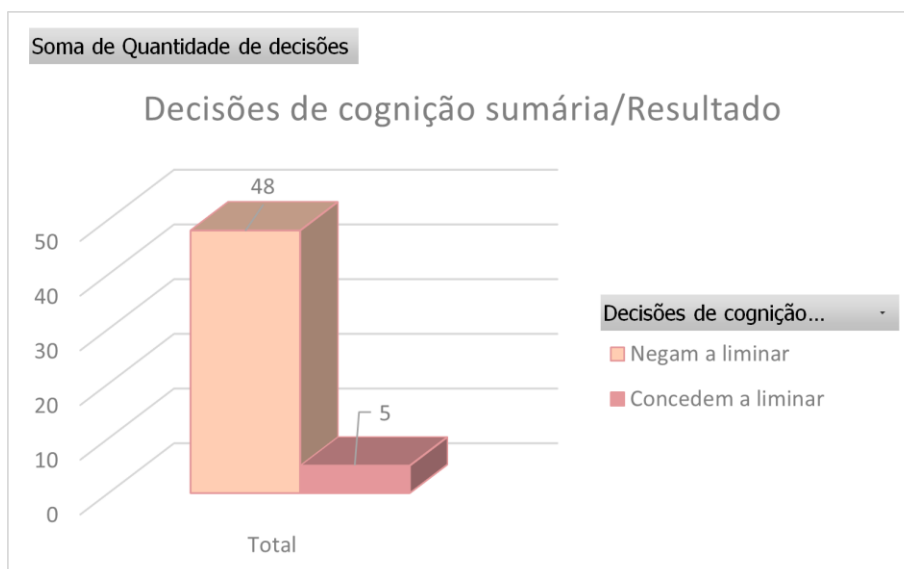
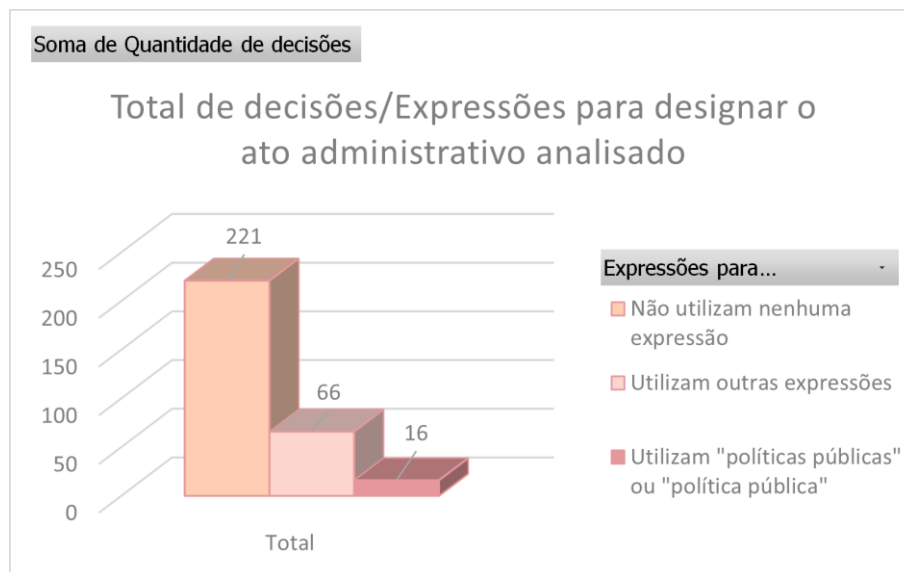
Total de decisões/Tipo de controle



Soma de Quantidade de decisões

Total de decisões/Tipo de resultado





3.5.1 O conteúdo decisório e a classificação das decisões: questões de empiria

Como visto acima, a base de decisões foi, também, composta por acréscimos realizados manualmente. Foram encontrados 12 julgados que se referiam ao tema da pesquisa, mas que não constavam inicialmente dos resultados obtidos a partir das filtragens por palavras-chave, órgão julgador, data e tipo de pronunciamento judicial.

Tais adições foram de duas ordens.

A primeira, decorrente de decisões que, a despeito de tratarem de políticas públicas de enfrentamento à Covid-19, não utilizavam nenhum vocábulo relacionado à pandemia. Por esse

motivo, ficaram de fora do filtro inicial realizado pelas palavras-chave ‘sars\$’, ‘covid\$’, ‘corona adj virus’, ‘coronavirus’, ‘pandemia’ e ‘corona virus disease 2019’.

A segunda, oriunda de pronunciamentos judiciais que foram classificados pelos gabinetes dos ministros relatores como ‘despachos’ e, portanto, também não estavam abarcados inicialmente nos filtros de pesquisa, que buscavam por manifestações com típico conteúdo decisório – decisões monocráticas e acórdãos.

Ambas as situações já foram detalhadas acima e, nesse momento, o que se propõe é a problematização do impacto desses casos em pesquisas empíricas.

A composição do banco de dados será sempre um desafio em quaisquer pesquisas que se proponham a analisar decisões judiciais. Ao longo do caminho, são tomadas inúmeras decisões a respeito das unidades de análise, das variáveis, das categorias, das tipologias e das inclusões e exclusões, que precisam estar teoricamente embasadas e metodologicamente justificadas para conferir fidedignidade aos resultados.

Ainda assim, a inevitável dependência de classificações humanas – como a utilização ou não de vocábulos relacionados ao objeto de pesquisa e a categorização dos pronunciamentos judiciais, abre brechas para eventuais imprecisões na estruturação da base de dados.

Se na produção de milhares de decisões por ano algumas questões de redação e de classificação podem ser tidas como de menor importância, no levantamento de dados para as pesquisas – acadêmicas e judiciais – elas podem inviabilizar a discussão de casos importantes e emblemáticos.

Na presente pesquisa, utilizou-se de três tipos de controle de qualidade, no intuito de mitigar as inexatidões: a realização de pesquisas exploratórias, com a análise aleatória de julgados, a leitura de todas as matérias jornalísticas divulgadas no site do STJ desde o início da pandemia e a avaliação de todas as manifestações judiciais contidas nos processos inicialmente componentes da base de dados.

Por meio dessas atitudes, foi possível refinar os filtros de pesquisa, para que não deixassem de abarcar nenhum caso emblemático julgado pelo STJ, além de incluir decisões importantes para a pesquisa e realizar a análise da postura do Tribunal considerando todo o processo judicial, e não apenas as manifestações que faziam parte da base de dados inicial.

Considera-se que tais escolhas foram acertadas e permitiram a realização de discussões relevantes, a exemplo da possibilidade de despachos serem classificados no espectro deferencial, ainda que, por definição, não sejam dotados de conteúdo decisório.

3.5.2 Decisões monocráticas representativas da postura do Tribunal

Uma das preocupações iniciais no presente trabalho foi a predominância das decisões monocráticas no banco de dados: como concluir pela postura do STJ ao analisar as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 se a maior parte das decisões avaliadas não é colegiada?

A propósito, relembre-se que a base de dados é composta por 3 despachos, 53 decisões monocráticas liminares, 234 decisões monocráticas terminativas e 13 acórdãos, totalizando 303 pronunciamentos judiciais. No tocante aos acórdãos, ressalte-se que apenas 4 referem-se às primeiras manifestações judiciais nos respectivos processos. Os demais, são 9 acórdãos proferidos em agravos internos, ou seja, em recursos apresentados em face de decisões monocráticas.

Ocorre que essa não é uma tendência exclusiva da base de dados estudada. Decidir, majoritariamente, por meio de monocráticas, é uma realidade em todo o Tribunal, independente do assunto debatido judicialmente.

O Relatório Estatístico do STJ de 2021 revelou que dos 560.405 processos julgados, 452.549 (80,75%) foram decididos monocraticamente e 107.856 (19,25%) o foram em sessão colegiada (STJ, 2021a, p. 7).

Neste trabalho, considerando apenas as manifestações terminativas, 94,74% são decisões monocráticas e 5,26% são acórdãos. Acredita-se que os percentuais são mais altos que os da totalidade de processos do Tribunal já que, como definido metodologicamente, foram excluídos da base de dados os acórdãos que esbarraram em questões processuais e nada mencionaram sobre a temática ora estudada, a exemplo dos pronunciamentos colegiados em embargos de declaração e agravos internos que mantiveram a decisão monocrática impugnada diante do não cabimento dos expedientes processuais utilizados para seu questionamento.

Diante desses dados e da conclusão que o Tribunal opera, majoritariamente, por meio da prolação de decisões monocráticas, é sim possível dizer que os achados empíricos representam a postura do STJ na análise das políticas públicas de enfrentamento à Covid-19. Frise-se, ademais, que de todos os acórdãos da base de dados apenas 1 não confirmou a decisão monocrática recorrida, reformando-a. Trata-se da anteriormente comentada SLS n. 2.943/SP, em que o próprio ministro relator alterou seu posicionamento ao levar o caso à Corte Especial não representando propriamente, portanto, uma discordância do colegiado para com a decisão monocrática.

Ressalte-se, a propósito, que há muito são realizadas pesquisas que também dão conta da predominância de decisões monocráticas no STF, problematizando o quanto são representativas da postura da Corte. Como visto acima, as agendas de pesquisa sobre as práticas decisórias do STJ ainda são minoritárias se comparadas com o STF, indicando a necessidade de aprofundamentos.

O corte metodológico do presente trabalho (decisões proferidas durante e sobre a pandemia de Covid-19) é pioneiro e, os achados empíricos, promissores e indicativos de que pesquisas futuras poderiam, de modo complementar, traçar um perfil das decisões monocráticas no STJ para, inclusive, fazer frente à conclusão de que, ao menos com relação às políticas públicas de enfrentamento à Covid-19, as decisões monocráticas representam a prática decisória colegiada do Tribunal.

Por fim, mais uma observação se mostra interessante quanto às decisões monocráticas analisadas, dessa vez, especificamente às que avaliaram pedidos de concessão de medida liminar.

Dos 53 registros, 48 negaram a liminar (90,57%) e apenas 5 (9,43%) entenderam pela presença dos requisitos autorizativos para tanto, indicando forte tendência de não concessão da medida sumária.

Esse resultado, a um só tempo, pode indicar tanto a presença de uma deferência pragmática do STJ, que opta por manter política pública questionada quando das decisões sumárias, quanto a ineficácia da judicialização com fim protelatório, expediente utilizado com o intuito de conseguir a medida liminar e, posteriormente, delongar o andamento processual até a decisão final.

3.5.3 Óbices processuais e estratégias decisórias

O universo de 303 julgados pode assim ser classificado quanto ao enfrentamento do mérito pelas decisões: (i) 72 julgados se manifestam sobre as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19, (ii) 209 decisões aplicam em óbices processuais, sumulares ou não, e (iii) 22 decisões se limitam a realizar considerações sobre questões adjacentes ao mérito, como a ausência de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas (9 julgados das classes SS e SLS) e a ausência de probabilidade do direito e perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (13 decisões liminares das demais classes processuais).

Os 209 julgados que aplicam óbices processuais e, portanto, não conhecem das ações, incidentes ou recursos, representam 68,98% dos registros da pesquisa. O Relatório Estatístico do STJ de 2021 indica que o percentual de não conhecimento médio em todas as classes processuais é de 34% (STJ, 2021a, p. 24).

A diferença impressiona e a hipótese para essa discrepância já foi levantada ao longo do trabalho: uma peculiar racionalidade da crise que instrumentaliza os óbices processuais e obstaculiza decisões meritórias sobre as políticas públicas de enfrentamento da pandemia. Lança-se, no particular, mais uma agenda de pesquisa futura. O monitoramento da utilização dos óbices processuais pelo STJ no período pós-crise pandêmica pode identificar uma tendência perene ou, ainda, um comportamento estrategicamente adotado em situações extremas, típicas da “jurisprudência da crise”.

Conjectura-se que a imponderável e imprevisível pandemia tenha estimulado o manejo estratégico dos óbices como técnica decisória. Isso significa que a jurisprudência da crise pandêmica no STJ é caracterizada pela utilização massiva de óbices processuais e, por consequência, pela diminuta manifestação judicial a respeito das políticas públicas questionadas.

O paradoxal é que os mesmos achados empíricos revelaram o trânsito argumentativo entre dois extremos: o que se utiliza de um manejo estratégico dos óbices processuais e o que avalia a substância da política pública controlada.

Explica-se. Consideradas as 72 decisões que efetivamente se manifestam sobre as políticas públicas, 59 delas realizam o controle substantivo da atuação dos Poderes Executivos nacionais e, apenas 13 se limitam à avaliação formal, sem tecer quaisquer considerações sobre a validade das escolhas públicas realizadas.

Isso significa que a maior chance de os Poderes Executivos nacionais manterem hígidas suas decisões administrativas reside na hipótese de aplicação de óbices sumulares pelo STJ. Caso o Tribunal não o faça, é alta a probabilidade de escrutínio meritório das decisões dos gestores públicos.

Note-se, todavia, que amplitude do controle não reflete, necessariamente, a anulação das políticas públicas. Nas 72 ocasiões em que foram analisadas, em 61 houve a confirmação do ato estatal ou a chancela da alegada omissão e, em apenas 11 houve a excepcionalização ou anulação do ato comissivo ou o suprimento judicial da omissão, denotando a tendência de o Tribunal concordar com a atuação dos gestores públicos durante a crise pandêmica.

Naturalmente, a presente pesquisa avalia julgados oriundos da crise e a ela relacionados. A avaliação em perspectiva sobre o comportamento do STJ quando chamado a se manifestar sobre políticas públicas de modo geral depende de uma pesquisa ampliada, que englobe outras atuações estatais e avalie os julgados sob elas forjados.

De todo modo, os achados empíricos possibilitam a compreensão da lógica decisória do Tribunal e indicam que, nesse peculiar momento histórico, a atuação dos Poderes Executivos nacionais é substancialmente escrutinada pelo STJ e a manutenção das políticas públicas depende diretamente da concordância meritória dos julgadores sobre as avaliações técnicas e políticas realizadas pelos gestores públicos.

3.5.4 O Tribunal delimita quando e como julga “políticas públicas”? O que a negligência da expressão “política pública” significa?

As pesquisas exploratórias que antecederam a redação do projeto de pesquisa já indicavam um desafio metodológico: como encontrar os julgados objeto da pesquisa se as decisões do STJ raramente utilizam a expressão “política pública”?

A solução foi partir de um banco de dados imenso, cujos filtros iniciais se limitavam à inserção de vocábulos relacionados à pandemia e, paulatinamente, criar possibilidade de resgate das decisões de interesse até que, em um determinado momento, optou-se por uma estratégia inversa, que excluía os julgados que não tinham qualquer relação com o objeto de pesquisa.

Ao final, chegou-se ao universo de 303 decisões, todas relacionadas à análise do STJ a respeito das políticas públicas de enfrentamento à Covid-19. E, sim, a conclusão de que esses julgados tratam de políticas públicas só foi possível a partir de sua análise individualmente considerada.

A propósito, as expressões “política pública” ou “políticas públicas” só foram utilizadas em 16 decisões, o que equivale a 5,28% dos registros do banco de dados. Apenas 3 relatores a utilizaram: Francisco Falcão e Manoel Erhardt as mencionaram uma vez cada e Humberto Martins o fez em 14 ocasiões.

Em 66 outras decisões, foram utilizadas variações que pretendiam indicar o objeto da análise judicial. As expressões “atos normativos sanitários”, “escolhas políticas”, “medidas administrativas” e “protocolos sanitários” são algumas das quais intentaram referir-se às políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 que estavam sendo questionadas judicialmente.

Note-se, no ponto, que as demais 221 decisões no banco de dados não se utilizaram de nenhuma expressão que cogitasse referir-se às políticas públicas.

Para além da obviedade de concluir pela dificuldade no resgate das decisões objeto da pesquisa, compreende-se que a ausência da expressão “política pública” pode ser sintomática.

Como tratar algo que sequer é nomeado? Como aprofundar em considerações sobre a deferência, o ativismo judicial, o relacionamento institucional e a análise judicial das políticas públicas se a principal expressão designadora do assunto é negligenciada? O Tribunal delimita quando e como julga políticas públicas?

Entende-se, no particular, que os achados empíricos revelam uma necessidade de incrementar o debate a respeito da avaliação de políticas públicas que vem sendo realizada por parte do STJ. A compreensão do ciclo de formulação e de implementação da agenda e, especialmente, do processo administrativo que culminou na política pública e das estratégias executivas, passa, inicialmente, pelo reconhecimento da atuação administrativa como tal, cuja análise preferencialmente deve fazer parte das decisões judiciais.

Só a partir daí, avalia-se que as complexidades e as dificuldades enfrentadas pelos gestores públicos poderão ser efetivamente consideradas nas decisões judiciais (como determinam a Lindb e as recomendações do CNJ já mencionadas anteriormente), o que poderia representar um enorme ganho de qualidade decisória e de estreitamento do relacionamento institucional entre os Poderes da República.

3.5.5 Afinal, o que são os matizes de deferência e quais os caminhos de incremento da análise judicial das políticas públicas?

Os achados empíricos complexificam a hipótese dicotômica inicial, que pretendia averiguar se o STJ é deferente ou intrusivo ao analisar as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19. Como já levantado no embasamento teórico que sustenta o primeiro capítulo, a pesquisa jogou luz sobre a existência de um plexo de classificações possíveis, não somente a partir da avaliação dos extremos opostos ‘deferência’ e ‘intrusão’, mas também da análise de diversas outras possíveis combinações.

Enquanto a teoria afirma que a deferência não pode ser compreendida como um fenômeno binário, a empiria confirma a existência dos denominados matizes de deferência. As descobertas revelam, contudo, que os graus de deferência judicial às políticas públicas têm menos a ver com o procedimento administrativo que culminou nas escolhas da Administração,

como se supunha inicialmente, e mais com as percepções individuais dos magistrados a respeito da correção das opções realizadas pelos gestores públicos.

Explica-se.

A partir dos construtos teóricos sobre deferência, acreditava-se que o peso judicial conferido à interpretação feita pela Administração variaria casuisticamente em virtude de indicadores do processo de tomada da decisão executiva. No particular, supunha-se que as motivações dos gestores públicos, as adversidades e as composições necessárias no momento da formulação da política pública, a razoabilidade do pronunciamento administrativo, a coerência do ato analisado se comparado com posicionamentos pretéritos da administração, as análises de conjuntura e de impacto feitas pelo órgão emissor e a consideração da maior gama possível de argumentos e aspectos envolvidos na decisão teriam relação direta com o nível de autocontenção judicial, que seria tão maior quanto a tecnicidade e a politicidade da matéria.

Ocorre que os achados empíricos demonstraram que o processo decisório percorrido pelos atores responsáveis pela formulação e pela implementação da política pública de enfrentamento à Covid-19 tem pouco impacto na adoção de uma técnica decisória deferente por parte do STJ. Ou seja, uma maior procedimentalização da atuação administrativa não é garantia de maior deferência judicial, o que pode representar um mau incentivo aos administradores.

Como visto quando da realização de comentários sobre as decisões, são diminutas as ocasiões em que os ministros relatores efetivamente se dedicaram a conhecer a estratégia administrativa de enfrentamento do problema público e efetivamente a consideraram como razões de decidir.

Na perspectiva das variáveis adotadas para a medição da deferência no presente trabalho, acredita-se que os extremos opostos da deferência judicial e da intrusão nas políticas públicas sejam, respectivamente, decisões com padrão discursivo deferente que, em controle formal, confirmam a atuação estatal ou chancelam a alegada omissão e decisões sem discurso deferencial que, em controle substancial, excepcionam ou anulam a política pública ou, ainda, suprem judicialmente a alegada omissão.

Por essa ótica, 12 decisões se enquadram no extremo da deferência judicial¹⁰⁶ e estão assim divididas por classe processual, por órgão julgador e por ministro relator: 2 decisões em

¹⁰⁶ HC n. 590.220/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 29/6/2020; RMS n. 67.443/ES, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 18/3/2022; MS n. 28.323/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 7/1/2022; MS n. 28.312/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 30/12/2021; MS n. 27.888/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 6/7/2021; MS n. 27.830/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 23/6/2021; MS n. 27.744/DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 27/5/2021; MS n. 27.375/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 30/3/2021; MS n. 26.278/DF,

SLS; 1, em SS; 7, em MS; 1, em RMS; e 1, em HC. 1 decisão foi proferida em processo de competência da Segunda Turma; 5, da Primeira Sessão; e 6, da Presidência. Os ministros Herman Benjamin, Francisco Falcão, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães relataram uma decisão cada; o ministro Sérgio Kukina, duas; e o ministro Humberto Martins, seis.

No extremo oposto, de intrusão por definição, estão 11 julgados¹⁰⁷, assim segmentados por classe processual, por órgão julgador e por ministro relator: 5 julgados em SLS; 1, em SS; 3, em MS; e 2, em HC. 1 decisão foi proferida em processo de competência da Segunda Turma; 4, da Primeira Sessão; 4, da Presidência; e 2, da Corte Especial. O ministro Mauro Campbell Marques relatou uma decisão; o ministro Napoleão Nunes Maia Filho, quatro; e o ministro Humberto Martins, seis.

Considerando que são 72 as decisões que foram classificadas sob as três variáveis de deferência (pelo discurso, pelo resultado e pela amplitude de controle) e que 23 se encaixam nos opostos, outras 49 situam-se em espectros deferenciais que podem, muitas vezes, representar posturas paradoxais.

A propósito, são 41 as decisões¹⁰⁸ que, a despeito de tecerem considerações sobre a necessidade de uma postura judicial autorrestritiva, realizam controle substancial das políticas

Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 23/6/2020; SS n. 3.341/MG, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 20/10/2021; SLS n. 2.969/MG, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 16/7/2021 e SLS n. 2.925/MT, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 29/4/2021.

¹⁰⁷ HC n. 583.462/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 3/6/2020; HC n. 570.079/BA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 7/4/2020; MS n. 26.109/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 3/6/2020; MS n. 26.108/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 3/6/2020; MS n. 26.038/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 4/5/2020; SS n. 3.316/PR, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 1/6/2021; SLS n. 2.943/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 7/2/2022; SLS n. 2.802/, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 14/10/2020; SLS n. 2.800/BA, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 6/10/2020; SLS n. 2.800/BA, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 11/2/2021 e SLS n. 2.794/MT, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 23/10/2020.

¹⁰⁸ HC n. 717.567/CE, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 18/1/2022; HC n. 716.694/PE, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 10/1/2022, HC n. 716.136/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 31/12/2021; HC n. 715.826/BA, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 29/12/2021; HC n. 715.705/PA, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 28/12/2021; HC n. 715.198/PA, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 27/12/2021; HC n. 714.991/CE, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 27/12/2021; HC n. 714.933/PE, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 28/12/2021; HC n. 714.919/PB, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 23/12/2021; HC n. 642.806/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 17/2/2021; HC n. 639.508/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 18/01/2021; HC n. 638.879/SC, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 12/01/2021; HC n. 572.959/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 15/5/2020; HC n. 572.885/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 15/5/2020; RMS n. 65.812/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 19/04/2021; MS n. 27.817/DF, Rel. Min. Manoel Erhardt (desembargador convocado do TRF-5ª Região), DJe 17/6/2021; MS n. 27.798/DF; Rel. Min. Og Fernandes, DJe 14/6/2021; MS n. 27.358/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 29/6/2021; MS n. 27.246/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 26/1/2021; MS n. 27.234/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 19/01/2021; MS n. 27.233/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 20/01/2021; MS n. 27.226/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 19/01/2021; MS n. 27.223/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 11/01/2021; MS n. 27.222/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 11/1/2021;

públicas questionadas. É verdade que todas elas confirmam a atuação estatal ou chancelam a alegada omissão e é por esse motivo que se conclui que a deferência nesses casos está mais relacionada à concordância dos magistrados quanto ao cerne da política pública do que a uma postura autorrestritiva genérica que respeita, a prioristicamente, a existência de uma margem de escolhas possíveis por parte dos gestores públicos.

Ainda sobre o assunto, 8 são as decisões¹⁰⁹ que, ainda que apliquem óbices processuais e não realizem quaisquer avaliações sobre a política pública, exteriorizam discursos deferenciais. Haveria, no particular, uma possível tendência à deferência, diante desse padrão discursivo em *obiter dictum*?

Entende-se, no ponto, que entre a binariedade da deferência e da intrusão, os espectros de deferência dos pronunciamentos judiciais necessitam de incrementos que efetivamente considerem as capacidades institucionais dos Poderes da República e a forma concreta de exteriorização dessas competências.

No particular, não se acredita, como defende Jeremy Waldron, que as cortes sejam competentes para avaliar apenas reivindicações de direitos cujas soluções de mostram binárias, faltando-lhes capacidades para enfrentar situações de caráter multifacetado (WALDRON, 2022, p. 31).

Pelo contrário. Compreende-se que a avaliação judicial de políticas públicas depende, de modo central, do desenvolvimento de uma argumentação racional, que dialogue com a tecnicidade dos pronunciamentos executivos especializados e se guie pela análise dos fundamentos e das justificativas das escolhas administrativas, cujo grau de persuasão deve ser diretamente proporcional à sua consistência.

MS n. 27.220/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 5/1/2021; MS n. 27.219/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 5/1/2021; MS n. 26.348/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 26/6/2020; MS n. 26.010/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 23/4/2020; MS n. 26.004/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 14/4/2020; MS n. 25.880/DF, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 2/4/2020; SLS n. 2.977/AM, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 12/8/2021; SLS n. 2.943/SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 26/5/2021; SLS n. 2.922/MT, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 22/4/2021; SLS n. 2.919/CE, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 16/4/2021; AgInt na SLS n. 2.919/CE, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 13/8/2021; SLS n. 2.918/MT, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 19/4/2021; SLS n. 2917/DF, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 12/4/2021; AgInt na SLS n. 2917/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 13/8/2021; SLS n. 2.692/PA, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 22/4/2020; AgInt (1) na SLS n. 2.692/PA, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 26/11/2020 e AgInt (2) na SLS n. 2.692/PA, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, DJe 26/11/2020.
¹⁰⁹ HC n. 716.525/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 10/2/2022; HC n. 671.118/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 7/6/2021; HC n. 650.431/PR, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 30/3/2022; HC n. 646.698/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 1/3/2021; HC n. 581.156/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 4/8/2020; HC n. 574.568/PB, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 4/8/2020; RMS n. 65.649/PR, rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 1/2/2022 e MS n. 27.251/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 26/1/2021.

Isso significa que, a partir do momento em que as decisões judiciais extraírem do processo administrativo elementos informacionais e fundamentos argumentativos a respeito da formulação e da execução das políticas públicas, mais incentivos serão direcionados ao incremento das decisões administrativas e maiores serão os ônus de justificação incidentes sobre o Judiciário para afastar uma atuação administrativa que esteja devidamente procedimentalizada.

A deferência, nessa perspectiva, parte tanto do raciocínio de que “nas decisões políticas não há necessariamente soluções corretas ou incorretas, jurídicas ou não jurídicas, mas soluções mais ou menos adaptadas à consagração de finalidades públicas diversas” (JORDÃO, 2016a, p. 85) quanto de que a autocontenção judicial implica em um aumento de “transparência e responsabilidade das autoridades administrativas em relação às opções que realizam” (JORDÃO, 2016a, p. 85).

A propósito, pouco contribui para o debate proposto a justificação deferencial acompanhada de menções genéricas às capacidades institucionais, sob a lógica de que a deliberação desses órgãos merece mais peso e consideração que a do Judiciário, uma vez que constitucionalmente são as estruturas responsáveis pela criação e pela implementação da política pública.

Isso porque, o argumento genérico de “autoridade institucional” esconde a necessidade de problematizações mais profundas sobre as reais condições em que as políticas públicas foram forjadas. Dito de outra forma, basear-se apenas no argumento de que se deve deferência aos atos dos demais Poderes em virtude de suas capacidades institucionais, significa, com outra roupagem, retornar à uma lógica anterior à Constituição de Federal de 1988, de insindicabilidade de parte dos atos administrativos, que era comumente realizada pelas assertiva da incompetência judicial para adentrar no mérito do ato administrativo (VALLE, 2020, p. 129).

No cenário atual, dialógico e permeado de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas, a argumentação racional que vai além da primeira camada de análise das capacidades institucionais desponta como uma alternativa para a averiguação, em mais profundidade, da ‘correção’ das medidas tomadas pelos demais Poderes (VALLE, 2020, p. 124).

É exatamente essa a proposta de Vanice Valle, para quem a deferência não deve ser preconizada

a partir do reconhecimento em abstrato de especial capacidade institucional. O que se propõe é uma matriz de controle que some a este componente o elemento máximo evidenciador dessa mesma aptidão estrutural, que é identificação e publicização da racionalidade subjacente à escolha; racionalidade essa que se identifica como resultado da observância ao dever de planejamento. Deferência, nos termos que ora se propõe, se aplica numa prática orientada ao diálogo, desenvolvido a partir de uma dialética entre Administração Pública e agentes de controle presidida por argumentos objetivos e conhecidos. Incorpora-se uma percepção de arquitetura dos poderes que encontrará neste diálogo, o caminho para a construção de relações que invistam menos na separação, e mais na harmonia entre os poderes.

A proposta é de compreender-se deferência como atributo determinante de três distintos efeitos sobre a função judicante: 1º) determina o dever do controlador de conhecer os termos da opção administrativa que seja objeto de crivo; 2º) determina ainda ao controlador aferir se a escolha administrativa está sendo executada como formalmente enunciada – e se não está, quais os motivos da modificação; e 3º) determina o dever de que a impugnação à opção administrativa se desenvolva a partir de uma relação dialética para com as razões oferecidas pela Administração para a eleição daquela específica trilha de ação. (VALLE, 2020, 118).

Nessa mesma perspectiva, a expertise do órgão de controle externo do Poder Executivo federal, o Tribunal de Contas da União (TCU) pode ser útil para auxiliar a avaliação da governança e da implementação das políticas públicas pelo Judiciário.

A propósito, no “Referencial para Avaliação de Governança em Políticas Públicas” (BRASIL, 2014), o TCU elenca oito componentes de avaliação de boa governança em políticas públicas, quais sejam: i) institucionalização; ii) planos e objetivos; iii) participação; iv) capacidade organizacional e recursos; v) coordenação e coerência; vi) monitoramento e avaliação; vii) gestão de riscos e controle interno; e viii) *accountability*.

A ideia é que, apropriando-se total ou parcialmente desses critérios, a avaliação judicial amplie os diálogos institucionais e possibilite, inclusive, um incremento na qualidade e na efetividade das políticas públicas.

Uma perspectiva complementar pode ser encontrada em outro documento do TCU, denominado “Referencial de Controle de Políticas Públicas”. Por meio dele, o Tribunal de Contas objetiva estabelecer critérios de avaliação do “nível de maturidade de políticas públicas, orientando e sistematizando ações de controle, de modo a contribuir para a melhoria do desempenho e resultados das políticas públicas, por meio do aprimoramento de seus processos de formulação, implementação e avaliação.” (BRASIL, 2020, p. 3). O Referencial apresenta sete blocos de controle, que se vinculam a uma ou mais fases do ciclo de políticas públicas, e que sugerem caminhos de análise que também poderiam ser apropriados pelo Poder Judiciário. São eles: (i) diagnóstico do problema e formação da agenda pública; (ii) análise de alternativas e tomada de decisão; (iii) desenho e institucionalização da política pública; (iv) estruturação da

governança e gestão; (v) alocação e gestão de recursos orçamentários e financeiros; (vi) operação e monitoramento; e (vii) avaliação.

A conclusão possível, a propósito, é que considerando que empiricamente se comprovou que a maior parte das decisões do STJ sobre as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 não opera em uma lógica binária que permita classificar as decisões como ‘deferentes’ ou ‘não deferentes’, o calibramento da noção gradual e dos níveis de deferência à postura administrativa dependem do incremento teórico a respeito da análise judicial das políticas públicas engendradas pelo Poder Executivo.

3.5.6 Deferência moderada: o STJ e as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19

A revisão judicial de atos legislativos e executivos é prática prevista na Constituição Federal brasileira e razoavelmente aceita na sociedade de um modo geral.

Dada essa premissa, de que as cortes de justiça nacionais podem realizar a revisão judicial, a questão é se elas deveriam fazê-lo (WALDON, 2022, p. 17) e em quais assuntos ou sob quais modelos de intrusão.

Se fosse possível sintetizar os resultados desse trabalho em apenas uma frase, ela seria: a reação geral do STJ ao analisar as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 foi moderada.

Isso pretende significar que, ainda que as políticas públicas tenham sido majoritariamente confirmadas pelo STJ, o foram a partir de uma perspectiva de controle substancial, reveladora da própria concordância do Tribunal para com as decisões dos Poderes Executivos nacionais.

Qualificar a deferência e, por consequência, a intromissão do STJ nas políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 como moderadas, não significa afirmar que a atuação do Tribunal foi “neutra”, nem realizar um juízo sobre o “acerto” das decisões em termos de justiça (ou de uma teoria normativa de como as decisões judiciais deveriam ser tomadas).

Ademais, a designação “moderada” não pretende situar a deferência do Tribunal no meio-termo de uma espécie de régua de intensidade, que vá de uma suposta noção de deferência “branda” até uma outra, também suposta, de deferência “exagerada”. Essa escala seria de todo inviável e impossível de ser realizada, uma vez que inexitem quaisquer parâmetros assemelhados de medição da deferência, inclusive diante da fluidez e da contingência do termo, exploradas no primeiro capítulo.

O que essa conclusão reflete é que a prática decisória do STJ, considerando os padrões metodológicos utilizados, tende a ser deferente pelo resultado e intrusiva quanto à amplitude de controle, uma vez que, apesar de o Tribunal manter as políticas públicas na maior parte das vezes (há deferência pelo resultado em 87,06%¹¹⁰ das ocasiões), ele o faz a partir de uma análise da qualidade das opções políticas do Executivo (há deferência pela amplitude de controle em 18,06%¹¹¹ dos casos analisados).

A compilação dos dados obtidos permite apontar, a partir dos mesmos parâmetros utilizados pelo modelo teórico de Jordão e Cabral Junior (2018), que o STJ (i) apresenta um discurso de deferência em 22,44% dos julgados relacionados às políticas públicas de enfrentamento da pandemia¹¹²; (ii) possui um índice baixo de revisão judicial dos atos dos Poderes Executivos nacionais (12,94%)¹¹³; e (iii) exerce controle de grande amplitude, realizando o exame substancial das políticas públicas em 81,94% das ocasiões em que as analisa¹¹⁴.

A avaliação independente das variáveis sugere o que se convencionou denominar uma orientação de deferência moderada. A análise conjunta indica outras tendências interessantes.

Em primeiro lugar, analisou-se o impacto da adoção do discurso de deferência no resultado e na amplitude de controle.

A presença de um discurso de deferência indica necessariamente a manutenção das políticas públicas questionadas (100%)¹¹⁵. Na ausência desse padrão discursivo, 65,62% dos casos confirmaram a ação estatal ou chancelaram a omissão (afastam a ilegalidade)¹¹⁶.

¹¹⁰ Esse percentual é fruto do índice de deferência minudenciado na nota de rodapé n. 113.

¹¹¹ Esse percentual é fruto do índice de deferência minudenciado na nota de rodapé n. 114.

¹¹² Do universo de 303 decisões analisadas, o discurso de deferência está presente em 68 e, ausente, em 235.

¹¹³ Do universo de 303 decisões analisadas, 85 foram classificadas sob a variável ‘deferência pelo resultado’. Destas 85, 74 foram categorizadas como deferentes (70 confirmaram a política pública e 4 chancelaram a suposta omissão) e, 11, como não deferentes (5 excepcionaram a política pública; 3, a anularam; e, 3, suprimam a omissão alegada). Os 11 julgados não deferentes quanto ao resultado e, portanto, que revisam judicialmente os atos dos Poderes Executivos nacionais, representam 12,94% do universo das 85 decisões classificadas sob essa insígnia.

¹¹⁴ Do universo de 303 decisões analisadas, 72 foram classificadas sob a variável ‘deferência pela amplitude de controle’. Destas 72, 13 foram categorizadas como deferentes, uma vez que realizaram o controle formal da política pública questionada e, 59, como não deferentes, já que efetuaram controle substancial. Os 59 julgados não deferentes quanto à amplitude de controle representam 81,94% do universo das 72 decisões classificadas sob essa insígnia.

¹¹⁵ Esse índice de deferência pelo resultado foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões da pesquisa que foram classificadas quanto ao resultado, totalizando 85. Dessas, havia discurso de deferência em 53 (denominador). E, em todas as 53 (numerador), a política pública foi confirmada ou foi chancelada a suposta omissão estatal. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

¹¹⁶ Esse índice de deferência pelo resultado foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões da pesquisa que foram classificadas quanto ao resultado, totalizando 85. Dessas, não havia discurso de deferência em 32 (denominador). Das 32, 21 (numerador) confirmavam a política pública ou chancelavam a omissão

Em relação à amplitude de controle, presente o discurso de deferência, 22,64%¹¹⁷ das decisões realizaram apenas o controle formal da política pública e 5,26%¹¹⁸ o fizeram nos casos de ausência de discurso. Há, portanto, maior propensão do STJ ser mais deferente na perspectiva do resultado e da amplitude do controle quando há presença de um padrão discursivo deferencial, revelando uma relação tendencial entre essas variáveis.

Em segundo lugar, a conjugação das variáveis ‘deferência pela amplitude de controle’ e ‘deferência pelo resultado’ indica que mesmo quando o controle realizado pelo STJ é substantivo, a taxa de manutenção das políticas públicas questionadas é de 81,35%¹¹⁹. Já em relação ao controle formal, todas as 13 decisões foram favoráveis aos atos executivos, confirmando os atos estatais ou chancelando a suposta omissão.

Por fim, ressalte-se que todos os índices obtidos a partir da relação entre o tipo de cognição e cada uma das variáveis de deferência são maiores nas decisões de cognição sumária, se comparadas com as de cognição exauriente. Explica-se.

Há um maior índice de deferência pelo discurso nas decisões de cognição sumária em comparação às decisões de cognição exauriente (57,14%¹²⁰ *versus* 14,57%¹²¹), o que se mantém no índice de deferência pelo resultado – que é de 92,85%¹²² nas decisões sumárias e de

alegada. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

¹¹⁷ Esse índice de deferência pela amplitude de controle foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões da pesquisa que foram classificadas quanto à amplitude de controle, totalizando 72. Dessas, havia discurso de deferência em 53 (denominador). Das 53, em 12 (numerador), houve controle formal da política pública. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

¹¹⁸ Esse índice de deferência pela amplitude de controle foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões da pesquisa que foram classificadas quanto à amplitude de controle, totalizando 72. Dessas, não havia discurso de deferência em 19 (denominador). Das 19, houve controle formal da política pública em apenas 1 (numerador). Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

¹¹⁹ Esse índice foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões que foram classificadas como de ‘controle substantivo’ quanto à amplitude de controle, totalizando 59 (denominador). Dessas, 48 (numerador) mantiveram as políticas públicas questionadas (45 as confirmaram e, 3, chancelaram a suposta omissão). Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

¹²⁰ Esse índice de deferência foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões de cognição sumária, totalizando 56 (denominador). Dessas, havia discurso de deferência em 32 (numerador). Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

¹²¹ Esse índice de deferência foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões de cognição exauriente, totalizando 247 (denominador). Dessas, havia discurso de deferência em 36 (numerador). Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

¹²² Esse índice de deferência foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões de cognição sumária que foram classificadas quanto ao resultado, totalizando 56 (denominador). Dessas, 52 (numerador) confirmavam a política pública ou chancelavam a omissão estatal. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

75,86%¹²³ nas decisões de cognição exauriente – e no índice de deferência pela amplitude de controle, que nas decisões de cognição sumária é de 18,61%¹²⁴ e, nas de exauriente, de 17,24%¹²⁵.

Retomando a análise do padrão discursivo, o baixo índice de presença de argumentação deferencial nas decisões (22,44%) pode ser explicado por duas hipóteses. A primeira, levantada no artigo de Jordão e Cabral Junior (2018), supõe que isso ocorra em virtude da ausência de histórico de uma construção doutrinária e jurisprudencial a respeito da doutrina da deferência no Brasil. A segunda, diretamente aplicável ao banco de dados do presente trabalho, é de que o pouco que se fala de deferência no país está atrelado ao respeito às decisões de agências reguladoras, conforme o nascedouro da doutrina *Chevron*, não havendo uma expansão significativa do assunto para abarcar decisões do Poder Executivo e do Poder Legislativo em geral.

A propósito, nenhuma das decisões componentes do banco de dados mencionou a palavra “deferência” ou qualquer de suas variantes ou sinônimos, como “deferencial”, “autocontenção”, “autocontida” ou “autorrestrição”.

Novamente, trata-se de sintoma que reflete a jurisprudência do STJ.

Ampliando o olhar para além do presente trabalho, a pesquisa pelo vocábulo “deferência” em 2/12/2022 na barra de pesquisa de jurisprudência do STJ retorna apenas 28 acórdãos – de um universo de mais de 600 mil (STJ, 2018, p. 13) – e 1.175 decisões monocráticas. O mesmo ocorre com as palavras “autocontenção”, cujos registros na base de acórdãos e de decisões monocráticas são, respectivamente, 9 e 616; e “autorrestrição”, que não consta de nenhum acórdão e está registrada em apenas 3 decisões monocráticas.

Obviamente, trata-se de busca perfunctória e sem análise meritória dos resultados, mas a diminuta menção aos termos centrais da *deference doctrine* reflete, em conjunto com os

¹²³ Esse índice de deferência foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões de cognição exauriente que foram classificadas quanto ao resultado, totalizando 29 (denominador). Dessas, 22 (numerador) confirmavam a política pública ou chancelavam a omissão estatal. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

¹²⁴ Esse índice de deferência foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões de cognição sumária que foram classificadas quanto à amplitude de controle, totalizando 43 (denominador). Dessas 43, em 8 (numerador), houve controle formal da política pública. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

¹²⁵ Esse índice de deferência foi obtido da seguinte maneira: inicialmente, foram filtradas as decisões de cognição exauriente que foram classificadas quanto à amplitude de controle, totalizando 29 (denominador). Dessas 29, em 5 (numerador), houve controle formal da política pública. Dividiu-se o numerador pelo denominador e multiplicou-se o resultado por 100, para expressar o percentual relativo ao índice.

resultados da pesquisa, a necessidade de aprofundamento e incremento no debate sobre a análise de políticas públicas pelo STJ.

Em síntese, o que se pretende assentar é que embora a análise tendencial da postura do STJ ao avaliar políticas públicas em geral demande estudos com focos ampliados, os dados apresentados nesse trabalho confirmam que o Tribunal hesita em controlar as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 valendo-se, em larga escala de óbices processuais, mas, quando o faz, o controle realizado é intenso e valora substancialmente as escolhas realizadas pelos Poderes Executivos nacionais.

3.6 Conclusões parciais

Ao tempo em que a presente pesquisa possibilitou o contato com evidências inéditas – a maneira como o STJ avalia as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19, não é possível perder de vista que esse contato só foi possível uma vez que mediado pelas categorias teóricas (COSTA; FULGÊNCIO, 2020) de Jordão e Cabral Junior (2018).

Foi a partir das variáveis ‘deferência pelo discurso’, ‘deferência pelo resultado’ e ‘deferência pela amplitude de controle’ que se tornou possível identificar a orientação do STJ de propensão à manutenção da interpretação da autoridade administrativa, desde que realizado um escrutínio substantivo sobre as escolhas dos gestores públicos.

Para além das construções teóricas sobre a *deference doctrine* e sua aplicabilidade no Brasil, são precisamente os resultados empíricos que permitiram concluir pela maneira como o Tribunal enxerga seu papel de revisão judicial no ambiente de crise pandêmica.

Foram muitas as categorias e as análises realizadas e, sob pena de essas conclusões parciais se tornarem uma repetição do subtítulo anterior, remeto o leitor especialmente à seção 3.5, que contém a problematização dos principais achados empíricos.

Em suma, fragmentados os resultados é possível dizer que nas classes HC e RHC o Tribunal aplicou massivamente óbices processuais, postura que permitiu que o passaporte vacinal pudesse ser exigido pelos governos sem intervenção judicial. Já em MS e RMS, o STJ oscilou entre a aplicação dos óbices e a intrusão na política, revelando férteis exemplos em que substituiu a avaliação meritória da Administração, alterando a condução da política pública. A avaliação das classes SS e SLS, por sua vez, denotam o quanto a Presidência do Tribunal tem

preocupação discursiva com a deferência, o que se supõe ser fruto, também, das atribuições não jurisdicionais de relacionamento institucional.

A conjugação das variáveis e a análise pormenorizada do banco de dados permitiu, enfim, concluir pela postura de deferência moderada do Tribunal e pela necessidade de incremento do debate sobre a avaliação judicial de políticas públicas, sobretudo a partir da qualificação da compressão do processo decisório administrativo nas fases dos ciclos de resolução dos problemas públicos.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa objetivou responder às seguintes perguntas: o STJ, ao analisar as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19, é deferente à atuação do gestor público ou interveniente nas escolhas administrativas? Em que medida isso acontece?

A motivação para o trabalho que se encerra surgiu há alguns anos, quando a pesquisadora, atuando na formulação e na implementação de políticas públicas no Poder Executivo federal, encarava cotidianamente decisões judiciais que determinavam a alteração dos rumos das escolhas realizadas pela Administração. Havia, à época, um sentimento de excessiva interveniência do Judiciário nas políticas públicas, oriundo de avaliações empíricas casuísticas e sem bases epistêmicas sólidas. Esta dissertação, por sua vez, se consolidou como uma investigação conduzida com preocupações teórico-metodológicas, no intuito de evitar a repetição de um viés de confirmação. E o fez.

Para responder à pergunta de pesquisa, percorreu-se o caminho explicado na sequência que, conforme adiantado na introdução, evoluiu de uma perspectiva abstrata para a concretude, ao longo dos seus três capítulos.

O primeiro capítulo, teve como objetivo solidificar conceitos e lançar bases teóricas para o extenso levantamento de dados e a consequente abordagem empírica observacional e analítica que estavam por vir.

Para tanto, foi defendida a aplicabilidade da doutrina da deferência no ordenamento jurídico brasileiro e, em especial, às decisões executivas não necessariamente oriundas das agências reguladoras. Em seguida, debateu-se como a indeterminação normativa e a crise sanitária atual impactam no relacionamento institucional entre os Poderes da República, ponderando as convergências e as divergências teóricas sobre o conceito de deferência judicial às escolhas administrativas.

Convencionou-se que atuar em prol do respeito ao espaço de conformação política dos Poderes Legislativo e Executivo não pode nem deve representar a omissão no controle judicial, mas sim a busca de uma argumentação racional nas decisões administrativas e judiciais que legitimem as escolhas públicas, notadamente no contexto da crise pandêmica.

No segundo capítulo, detalhou-se o enfoque metodológico, justificando-se as escolhas que levaram à estruturação da base de dados e o processo que permitiu sair da base bruta de 3.749 julgados para a base refinada – de 303 decisões monocráticas e acórdãos, oriundas de 267 processos de competência das Primeira e Segunda Turmas, Primeira Seção, Corte Especial, Presidência e Vice-Presidência do Tribunal, publicadas de 1/1/2020 a 19/5/2022.

Em se tratando de pesquisa censitária, e não amostral, o ajuste dos critérios de busca foi fundamental para a garantia de que todos os julgados sobre o assunto estivessem contemplados na base de dados final. Nessa perspectiva, a exposição da construção dos critérios de resgate das decisões que foram objeto de análise quanti e qualitativa tomou grande parte do segundo capítulo.

No ponto, os desafios concernentes ao resgate das decisões e à categorização dos registros foram expostos com minúcias, reforçando a importância da implementação de controles de qualidade que pudessem sustentar a fidedignidade da base de dados como representativa dos julgados do STJ sobre as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 implementadas pelos Poderes Executivos nacionais.

Como se viu, as decisões avaliadas pertencem a seis classes processuais (HC, RHC, MS, RMS, SS e SLS). Esse recorte foi possível após a realização de pesquisas exploratórias e da análise das notícias publicadas pelo STJ sobre os casos emblemáticos julgados pelo Tribunal. Concluiu-se que tais classes processuais, majoritariamente utilizadas para designar processos judiciais que questionam atos dos Poderes Executivos nacionais, espelhavam a prática decisória do Tribunal na análise das políticas públicas de enfrentamento à Covid-19.

Rememore-se que a inclusão das classes processuais HC e RHC no banco de julgados não estava inicialmente prevista e ocorreu a partir da primeira pesquisa exploratória realizada na barra de busca de jurisprudência do site do STJ. Na ocasião, verificou-se uma alta demanda – que chegava ao STJ por meio de HC e de RHC distribuídos às Turmas e à Seção de Direito Público – por ordens que concedessem a garantia da liberdade de locomoção em virtude de restrições de circulação impostas pelos governos locais como medidas de contenção à pandemia.

Ainda no segundo capítulo, expôs-se como a utilização do mecanismo de busca de jurisprudência disponibilizado no site do STJ revelou-se insuficiente para a obtenção dos julgados objeto da pesquisa. Como a página de pesquisa de jurisprudência só retorna os resultados em formatos não editáveis, foi necessário buscar maneiras de extrair as decisões em uma configuração que permitisse mensurações e aplicação de filtros diversos, como o excel. Essa extração só foi possível após a realização de diálogos internos com áreas responsáveis pelo armazenamento e avaliação dos dados no Tribunal, o que demonstra que ainda há o que se aprimorar na construção de bases de dados resgatáveis que facilitem a condução de pesquisas empíricas.

Ainda sobre a busca pelos julgados objeto da pesquisa, concluiu-se que a inserção de argumentos que designam a pandemia e os recortes por classe processual, data de publicação e órgão julgador não retornariam resultados que retratassem a análise que o STJ fez das políticas públicas de enfrentamento à Covid-19, notadamente por conta da ausência de rigor técnico para se referir às políticas públicas.

A propósito, o resultado da pesquisa demonstrou que as expressões “política pública” ou “políticas públicas” só foram utilizadas em 16 das 303 decisões, o que equivale a 5,28% dos registros do banco de dados, sendo que 221 julgados não se utilizaram de nenhuma expressão que cogitasse referir-se às políticas públicas.

Nas 66 ocasiões restantes, identificou-se uma multiplicidade de designações que pretendiam indicar o objeto da análise judicial – qualificado como “escolhas políticas”, “medidas de contenção”, “atos normativos sanitários”, “esforço de combate”, dentre outras expressões apontadas ao longo do trabalho.

Por essa razão, optou-se por fazer o caminho inverso: ao invés de resgatar os julgados que tratam sobre as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19, decidiu-se excluir aqueles que, claramente, não refletiam o objeto da pesquisa, quer por tratarem de outras políticas públicas que não as de enfrentamento à Covid-19, quer por dizerem respeito a outros assuntos também de competência dos mesmos órgãos julgadores das ações relacionadas à presente pesquisa.

Os motivos de descarte e a respectiva quantidade de decisões descartadas foram detalhados, conduzindo o leitor pelas decisões teóricas que culminaram na filtragem da base de dados.

Considerando que interessou à presente pesquisa a análise do padrão discursivo da decisão, para que dele fosse possível extrair o matiz de deferência utilizado pelo julgador em cada um dos pronunciamentos, elegeu-se a “decisão, e não o “processo”, como unidade de trabalho. Naturalmente, nos processos que continham mais de uma decisão, a avaliação foi feita de modo global, ou seja, todos os julgados foram individualmente analisados e globalmente considerados para chegar a uma conclusão sobre o desfecho processual e o espectro da deferência no processo determinado.

No tocante à categorização das decisões, de saída, optou-se por classificá-las a partir do Poder da República do qual emanou o ato questionado, se Executivo ou Legislativo. Pretendia-se, ao final, examinar a possibilidade de se concluir pela existência de maior ou menor deferência, por parte do STJ, a depender o Poder responsável pela edição do ato analisado.

Entretanto, havendo apenas uma decisão que analisava o questionamento de ato do Poder Legislativo no banco de dados, ela foi excluída, diante da impossibilidade de averiguação da deferência a partir de apenas um julgado.

Realizou-se, também, a qualificação dos julgados a partir do ente federativo de que emanou o ato controlado, o que permitiu concluir que o Tribunal não exterioriza especial deferência para com as políticas públicas a depender do ente federativo.

O entrelaçamento dos vieses teórico e empírico teve seu ápice no terceiro capítulo, em que as perspectivas sanitárias, sociais, jurídicas e políticas foram descortinadas, viabilizando a compreensão da sindicância judicial realizada pelo STJ sobre as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19.

Dado que a presente investigação não se reduziu a uma coletânea de dados jurisprudenciais, mas sim à utilização desses dados como pressupostos, tanto da análise do perfil decisório do STJ sobre as políticas públicas de enfrentamento à pandemia, quanto da aplicação de um modelo teórico de deferência às decisões do STJ, a revisão de literatura realizada no primeiro capítulo foi de suma importância para a problematização dos achados e para a elaboração de sugestões a respeito de novos modelos classificatórios aptos a respaldar análise da deferência em julgados de tribunais superiores.

A propósito, uma das conclusões do trabalho se referiu ao diagnóstico a respeito da grande utilização dos entendimentos jurisprudenciais, sumulados ou não, para inviabilizar o conhecimento dos recursos e das ações originárias: nos processos em que o STJ foi demandado a resolver controvérsias relacionadas às políticas públicas de enfrentamento à Covid-19, os achados empíricos revelaram que não houve análise de mérito em 88,26% das decisões de cognição exauriente, correspondentes a 218 julgados, em números absolutos.

Destrinchado esse número, tem-se que 9 decisões se limitaram a realizar considerações sobre questões adjacentes ao mérito, como a ausência de lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas nas classes SS e SLS, 103 aplicaram óbices sumulares e 106 aplicaram outros óbices processuais, a exemplo da incompetência do STJ para o conhecimento das ações e da ilegitimidade de parte, totalizando 209 aplicações de óbices processuais nas decisões de cognição exauriente.

A conclusão possível é a de que a análise da deferência a partir de decisões de Tribunais Superiores demanda uma sistemática específica de classificação e um substrato teórico peculiar que permita compreender em que medida os óbices de admissibilidade são instrumentalizados, já que todos esses Tribunais operam mediante a aplicação de tais obstáculos processuais.

A propósito, os 209 julgados que aplicam óbices processuais e, portanto, não conhecem das ações, incidentes ou recursos, representam 68,98% dos registros totais da pesquisa – entre decisões de cognição sumária e exauriente. Esse percentual é mais que o dobro do apontado no Relatório Estatístico do STJ de 2021, que indica que o percentual de não conhecimento médio em todas as classes processuais é de 34% (STJ, 2021a, p. 24).

A diferença impressiona e a hipótese para essa discrepância foi levantada ao longo do trabalho: uma peculiar racionalidade da crise que instrumentaliza os óbices processuais e obstaculiza decisões meritórias sobre as políticas públicas de enfrentamento da pandemia. Relembre-se que a análise das demandas pela data de publicação demonstrou que no início da crise o STJ tinha uma maior tendência à aplicação do óbice da incompetência, conclusão reforçada a partir da avaliação de demandas semelhantes, propostas meses depois, que superaram o óbice do não conhecimento, tendo sido avaliadas no mérito.

Lança-se, no particular, uma agenda de pesquisa futura: o monitoramento da utilização dos óbices processuais pelo STJ no período pós-crise pandêmica pode identificar uma tendência perene ou, ainda, um comportamento estrategicamente adotado em situações extremas, típicas da “jurisprudência da crise”.

O paradoxal é que os mesmos achados empíricos revelaram o trânsito argumentativo entre dois extremos: o que se utiliza de um manejo estratégico dos óbices processuais como técnica decisória e o que avalia a substância da política pública controlada.

Explica-se. Consideradas as 72 decisões de cognição sumária e exauriente que efetivamente se manifestam sobre as políticas públicas, 59 delas realizam o controle substantivo da atuação dos Poderes Executivos nacionais e, apenas 13, se limitam à avaliação formal, sem tecer quaisquer considerações sobre a validade das escolhas públicas realizadas.

Isso significa que a maior chance de os Poderes Executivos nacionais manterem hígidas suas decisões administrativas reside na hipótese de aplicação de óbices processuais pelo STJ. Caso o Tribunal não o faça, é alta a probabilidade de escrutínio meritório das decisões dos gestores públicos.

Note-se, todavia, que amplitude do controle não reflete, necessariamente, a anulação das políticas públicas. Nas 72 ocasiões em que foram analisadas, em 61 houve a confirmação do ato estatal ou a chancela da alegada omissão e, em apenas 11, houve a excepcionalização ou anulação do ato comissivo ou o suprimento judicial da omissão, denotando a tendência de o Tribunal concordar com a atuação dos gestores públicos durante a crise pandêmica.

Foram precisamente esses achados empíricos que permitiram concluir que a postura do STJ na avaliação das políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 não é de todo intrusiva, sendo classificada como de deferência moderada.

Isso porque, ainda que as políticas públicas tenham sido majoritariamente confirmadas pelo STJ, o foram a partir de uma perspectiva de controle substancial, reveladora da própria concordância do Tribunal para com as decisões dos Poderes Executivos nacionais.

Não se trata, no ponto, de afirmar que a atuação do Tribunal é “neutra”, nem de realizar um juízo sobre o “acerto” das decisões em termos de justiça (ou de uma teoria normativa de como as decisões judiciais deveriam ser tomadas), mas sim, de refletir que a prática decisória do STJ se situa no meio termo considerando os padrões metodológicos utilizados uma vez que, apesar de o Tribunal manter as políticas públicas na maior parte das vezes, ele o faz a partir de uma análise da qualidade das opções políticas do Executivo – nos critérios de Jordão e Cabral Junior (2018), o STJ tende a ser deferente pelo resultado e intrusivo quanto à amplitude de controle.

Percentualmente, indica-se que embora o STJ reveja os atos dos Poderes Executivos nacionais em apenas 12,94% das ocasiões, em 81,94% dessas situações exerce controle de grande amplitude, realizando o exame substancial das políticas públicas.

Diga-se, a propósito, sobre a fundamental importância do modelo teórico-metodológico de Jordão e Cabral Junior (2018) para a presente pesquisa. Ainda que os critérios de avaliação da deferência judicial às escolhas administrativas tenham sido por eles construídos para a análise de categorias distintas de decisão judicial, a inovação dos autores, ao estipular classificações da deferência sob a ótica do discurso, do resultado e da amplitude de controle é tão peculiar e sem paralelos na doutrina brasileira, que não poderia deixar de ser utilizada como norte do presente trabalho. Os principais achados a partir da aplicação de cada uma dessas variáveis são retomados a seguir.

No tocante ao padrão discursivo das decisões, identificou-se que quando os julgados contemplam argumentos deferenciais (o que ocorre em 22,44% dos julgados relacionados às políticas públicas de enfrentamento da pandemia), o fazem orbitando ao redor de 5 tipos, a revelar deferência em virtude: (i) do princípio constitucional da separação dos Poderes; (ii) das capacidades institucionais dos Poderes Executivos nacionais para a tomada de decisões cuja expertise escapa ao Judiciário; (iii) da presunção de legitimidade dos atos administrativos; (iv) da legalidade dos atos questionados perante o STJ; e (v) da razoabilidade e/ou necessidade das medidas adotadas pelo poder público. Enquanto as primeiras quatro razões justificadoras da

deferência se localizam em um plano mais genérico e abstrato, a última – avaliação da razoabilidade e/ou da necessidade das medidas adotadas – se situa em um plano concreto e apto a revelar a própria concordância do Judiciário com a política pública questionada.

Importante ressaltar que em todos os casos em que houve a manutenção das políticas públicas questionadas, o discurso de deferência estava presente. Na ausência desse padrão discursivo, o percentual das decisões que confirma as políticas cai para 65,62%.

Os achados empíricos revelaram, ainda, uma tendência acentuada da presença de discurso deferencial nas decisões prolatadas por ambos os ministros que presidiram o Tribunal no período cujos julgados foram analisados. Isso pode ser explicado pela própria competência do órgão julgador – Presidência do STJ – que, como visto no primeiro capítulo, inclui uma série de classes processuais majoritariamente utilizadas para designar processos judiciais, de competência originária ou recursal do STJ, que questionam atos dos demais Poderes da República. A responsabilidade de lidar diuturnamente com as tensões que circundam o relacionamento institucional pode justificar a preocupação, ao menos discursiva, de autocontenção judicial por parte da Presidência do Tribunal.

Esse padrão discursivo na atuação jurisdicional dos ministros presidentes também foi refletido nas ocasiões em que se manifestaram institucionalmente e fora dos autos. Como visto, ambos os presidentes deram declarações à imprensa reforçando a necessidade de diálogo institucional como meio de superação da crise pandêmica e defendendo a autorrestrição judicial na gestão da crise sanitária.

Ainda sobre o discurso de deferência, os achados empíricos demonstraram a ocorrência desse padrão discursivo tanto em decisões de cognição sumária, quanto exauriente, sendo indiferente se, nos julgados, o mérito processual é ou não enfrentado. Em alguns casos, por exemplo, mesmo aplicando óbices processuais, os ministros relatores, em *obiter dictum*, discorrem sobre o mérito e exteriorizam discursos deferenciais.

Demonstrou-se que, embora a maioria das decisões do banco de dados tenham sido proferidas de maneira monocrática, há um aumento considerável da presença do discurso deferencial nos casos em que o processo é de competência de um órgão colegiado mais amplo, a partir da comparação dos resultados dos discursos deferenciais entre a Corte Especial, a Primeira Seção e as Turmas.

A análise da variável deferência pelo resultado, cuja compilação dos achados empíricos revelou que o Tribunal possui um índice de 12,94% de revisão judicial dos atos dos Poderes

Executivos nacionais, permitiu que a presente pesquisa realizasse sugestões teórico-classificadoras das decisões judiciais.

Jordão e Cabral Junior (2018) catalogaram como deferentes as decisões do TJRJ que mantiveram a decisão administrativa contestada judicialmente e, como não deferentes, as decisões judiciais que anularam ou suspenderam os atos administrativos questionados.

Dadas as peculiaridades das decisões do STJ, acresceu-se à essa classificação variáveis relacionadas à excepcionalização das decisões administrativas e ao controle de omissões estatais.

No primeiro caso, notou-se a ocorrência de decisões que criavam exceções não previstas na norma questionada, ou seja, não anulavam a política pública de modo geral, mas a derogavam, especificamente para àqueles que a questionaram judicialmente. Esses achados empíricos justificam a subcategoria ‘excepciona’.

No segundo, orbitando a discussão ao redor da ausência de política pública, tal singularidade motivou a criação de duas subcategorias, quais sejam: (i) a de decisões que chancelam a omissão estatal, consideradas deferentes, e (ii) a de decisões que suprem a omissão estatal, consideradas não deferentes.

Essas conclusões resultaram na seguinte sugestão de classificação das decisões judiciais na variável deferência pelo resultado: entende-se que devem ser classificadas como deferentes as decisões que confirmam a política pública existente ou que chancelam a omissão estatal e, como não deferentes, os julgados que anulam, suspendem ou excepcionam o ato questionado ou suprem a omissão alegada.

Ainda sobre a deferência pelo resultado, relevante lembrar que nas classes MS e RMS houve o maior percentual de confirmação da política estatal ou de chancela da omissão, sendo que o Tribunal foi deferente pelo resultado em todas as decisões de cognição exauriente em que analisou o mérito em MS e RMS.

No tocante à última variável – deferência pela amplitude de controle – a pesquisa revelou que o STJ, ao analisar as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19, demonstrou prática decisória de apreciação do mérito das escolhas políticas.

Isso porque, na maioria das ocasiões em que foram superados os óbices processuais, o Tribunal adentrou na análise das medidas de enfrentamento à pandemia e determinou a prevalência da atuação que ele mesmo considerava ideal por parte do Poder Executivo. Em outras palavras, ao invés de definir os limites a partir dos quais o Executivo poderia selecionar e justificar argumentativamente sua interpretação normativa preferida, o Tribunal substituiu o

administrador público, tecendo, inclusive, considerações a respeito de matérias de alta complexidade técnica, como saúde e segurança pública, realizando verdadeiro juízo de qualidade da opção política governamental. De acordo com a literatura que embasou o viés teórico da pesquisa, trata-se da forma extrema de interveniência judicial.

Na mesma toada, compreende-se que avaliar as minúcias da política pública e tecer considerações sobre sua razoabilidade e/ou necessidade – o que o Tribunal fez em várias ocasiões –, indica que uma eventual manutenção do ato administrativo questionado não está primordialmente embasada na lógica de autorrestrrição perante outro Poder, mas sim, de concordância com a própria política pública.

Eis, no particular, uma hipótese de pesquisa que não foi confirmada: imaginava-se que considerações sobre o processo de tomada da decisão administrativa estariam no cerne de uma atuação autocontida, mas o que se averiguou foi que as motivações, as adversidades e as composições necessárias durante a formulação da política pública foram parcamente consideradas como razões justificadoras da deferência judicial, o que representa uma má sinalização aos gestores públicos e às tentativas de incremento procedimental das escolhas públicas.

Como visto, a classificação das decisões judiciais nas categorias de deferência pelo discurso, pelo resultado e pela amplitude de controle permitiu uma série de achados empíricos sobre a prática decisória do STJ na análise das medidas de enfrentamento à Covid-19. Mas o trabalho não se resumiu a elas.

A realização de pesquisas exploratórias, com a análise aleatória de julgados, a leitura de todas as matérias jornalísticas divulgadas no site do STJ desde o início da pandemia e a avaliação de todas as manifestações judiciais contidas nos processos inicialmente componentes da base de dados – três tipos de controle de qualidade utilizados no trabalho, no intuito de mitigar as inexatidões –, permitiram a realização da discussão sobre a possibilidade de despachos serem classificados no espectro deferencial, ainda que, por definição, não sejam dotados de conteúdo decisório.

Isso porque, notou-se que postergar a análise da política pública questionada para após a oitiva do respectivo ente federativo pode significar deferência judicial para com as escolhas administrativas, notadamente nas ocasiões em que o julgador realiza uma espécie de saneamento processual e indica ao ente quais elementos devem ser incluídos nos autos para formar o convencimento judicial sobre o ato questionado.

Averiguou-se, ainda, que assim como ocorre nos demais assuntos debatidos no STJ, a análise das políticas de enfrentamento à pandemia ocorre majoritariamente por meio de decisões monocráticas, o que permite concluir os achados empíricos da presente pesquisa representam sim a postura do STJ na análise do assunto estudado.

Ainda sobre a prática decisória do tribunal, constatou que há um maior índice de deferência em todas as categorias (pelo discurso, pelo resultado e pela amplitude de controle) nas decisões de cognição sumária em comparação às decisões de cognição exauriente, o que vai ao encontro dos aportes teóricos que preconizam que, diante da presunção de legitimidade do ato administrativo, espera-se mais decisões judiciais favoráveis à Administração Pública em sede de cognição sumária, ocasião em que, muitas vezes, o poder público sequer teve a oportunidade de trazer suas razões aos autos.

Identificou-se, ainda, que nenhuma das decisões componentes do banco de dados mencionou a palavra “deferência” ou qualquer de suas variantes ou sinônimos, como “deferencial”, “autocontenção”, “autocontida” ou “autorrestrrição” o que, novamente, trata-se de sintoma que reflete a jurisprudência do STJ.

Como visto, em busca perfunctória, notou-se a diminuta menção aos termos centrais da *deference doctrine* na jurisprudência como um todo do Tribunal, o que, em conjunto com os resultados da pesquisa, entende-se ser um obstáculo para as futuras pesquisas além de, sobretudo, refletir a necessidade de aprofundamento e de incremento no debate sobre a análise de políticas públicas pelo STJ.

Ainda sobre isso, rememore-se que do universo de 303 decisões, apenas 5 utilizam como fundamentos expressos as alterações recentes na Lindb, que balizam as decisões judiciais na análise das políticas públicas, e as recomendações do CNJ a respeito da tomada de decisões sobre políticas públicas no contexto pandêmico.

Por fim, imagina-se que a presente pesquisa possa contribuir na compreensão da existência de espectros de deferência, entre os extremos da interveniência e da autocontenção. Os achados empíricos complexificam a hipótese dicotômica inicial e jogam luz sobre a existência de um plexo de classificações intermediárias possíveis.

Na perspectiva das variáveis adotadas para a medição da deferência no presente trabalho, concluiu-se que os extremos opostos da deferência judicial e da intrusão nas políticas públicas são, respectivamente, decisões com padrão discursivo deferente que, em controle formal, confirmam a atuação estatal ou cancelam a alegada omissão e decisões sem discurso

deferencial que, em controle substancial, excepcionam ou anulam a política pública ou, ainda, suprem judicialmente a alegada omissão.

Considerando que são 72 as decisões que foram classificadas sob as três variáveis de deferência (pelo discurso, pelo resultado e pela amplitude de controle) e que 23 se encaixam nos opostos, outras 49 situam-se em espectros deferenciais que podem, muitas vezes, representar posturas paradoxais.

A propósito, são 41 as decisões que, a despeito de tecerem considerações sobre a necessidade de uma postura judicial autorrestritiva, realizam controle substancial das políticas públicas questionadas. É verdade que todas elas confirmam a atuação estatal ou chancelam a alegada omissão e é por esse motivo que se conclui que a deferência nesses casos está mais relacionada à concordância dos magistrados quanto ao cerne da política pública do que a uma postura autorrestritiva genérica que respeita, a prioristicamente, a existência de uma margem de escolhas possíveis por parte dos gestores públicos.

Ainda sobre o assunto, 8 são as decisões que, ainda que apliquem óbices processuais e não realizem quaisquer avaliações sobre a política pública, exteriorizam discursos deferenciais, o que pode indicar uma possível tendência à deferência por parte dos ministros relatores, que fazem questão de se manifestar sobre o assunto, ainda que em *obiter dictum*.

Entende-se, no ponto, que entre a binariedade da deferência e da intrusão, os espectros de deferência dos pronunciamentos judiciais necessitam de incrementos que efetivamente considerem as capacidades institucionais dos Poderes da República e a forma concreta de exteriorização dessas competências.

A propósito, pouco contribui para o debate proposto a justificção deferencial acompanhada de menções genéricas às capacidades institucionais, sob a lógica de que a deliberação desses órgãos merece mais peso e consideração que a do Judiciário, uma vez que constitucionalmente são as estruturas responsáveis pela criação e pela implementação da política pública.

Isso porque, o argumento genérico de “autoridade institucional” esconde a necessidade de problematizações mais profundas sobre as reais condições em que as políticas públicas foram forjadas.

Em síntese, o que se pretende assentar é que embora a análise tendencial da postura do STJ ao avaliar políticas públicas em geral demande estudos com focos ampliados, os dados apresentados nesse trabalho confirmam que o Tribunal hesita em controlar as políticas públicas de enfrentamento à Covid-19 valendo-se, em larga escala de óbices processuais, mas, quando

o faz, o controle realizado é intenso e valora substancialmente as escolhas realizadas pelos Poderes Executivos nacionais.

Não se descuida da lógica de que nenhum procedimento decisório – legislativo, executivo ou judicial, será perfeito. Essa constatação, contudo, pode servir como ponto de partida para a reflexão de como as decisões devem ser tomadas, fortalecendo a articulação de problemas políticos como questões jurídicas. Um aprofundamento possível da pesquisa pode, inclusive, trilhar o rumo da avaliação da capacidade de resposta das legislaturas às decisões judiciais.

Espera-se, no particular, que os resultados incitem discussões sobre a avaliação que o STJ realiza das políticas públicas e contribuam para que sejam forjadas bases substanciais que incrementem a compreensão judicial sobre o processo decisório administrativo e ampliem o relacionamento institucional entre Judiciário e Executivo, favorecendo uma argumentação racional a propósito da revisão judicial de políticas públicas.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**, v. 265, jan./abr. 2014. p. 13–23.
- ARRUDA, Carmen Silvia Lima de. Harmonia entre os Poderes: judicialização, autocontenção e deferência. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da (coord.) *et al.* **Direito em tempos de crise: Covid-19**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. v. 3. p. 215-230.
- ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, ano 7, n. 2, jul./dez, 2014.
- Assim como Teich, Mandetta caiu após discordar de Bolsonaro sobre cloroquina e isolamento.** G1, 15 maio 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/15/mandetta-tambem-caiu-apos-discordancias-com-o-presidente-sobre-cloroquina-e-isolamento-vertical.ghtml>> Acesso em: 14 nov. 2022.
- ATIENZA, Manuel. **Siete tesis sobre el activismo judicial**. 2019. Disponível em: <https://dfddip.ua.es/es/documentos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial.pdf?noCache=1540204326938>. Acesso em: 20 de jul. 2022.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, jan-jun, 2012. p. 59-86.
- BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Brasileira de Direito Público**. Belo Horizonte, ano 4, n. 14, jul./set. 2005.
- BRASIL. **Constituição de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jul. 2022.
- BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992.** Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18437.htm. Acesso em: 09 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009.** Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm. Acesso em: 09 jul. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado n. 349/2015.** Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657/1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>. Acesso em: 07 jul. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 7.448/2017.** Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657/1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2130119>. Acesso em: 07 jul. 2022.

BRASIL. **Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça:** organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista. Brasília: STJ, 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Regimento>. Acesso em: 13 jul. 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil:** teoria geral do direito processual civil: parte geral do código de processo civil. v.1. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786553620674. Disponível em: <https://stj.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620674/>. Acesso em: 31 out. 2022.

CARDOSO, Thaís. Posicionamento da Presidência sobre vacinação repercute em grupos antivacina: declaração contra obrigatoriedade da vacinação foi incorporada por movimentos que difundem desinformação sobre saúde, mostra análise do grupo União Pró-Vacina. **Jornal**

da USP, Ribeirão Preto, 11 set. 2020. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/ciencias/posicionamento-da-presidencia-sobre-vacinacao-repercute-em-grupos-antivacina>>. Acesso em: 7 nov. 2022.

CAPPI, Riccardo. A “teorização fundamentada nos dados”: um método possível na pesquisa empírica em Direito. *In*: Machado, Máira R. **Pesquisar empiricamente o Direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 391-422.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? *In*: FELLET, André Luiz; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 475-498.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização e saúde**: ações para acesso à saúde pública de qualidade. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília: CNJ, 2021a. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relatorio_Judicializacao-e-Sociedade_2021-06-08_V2.pdf. Acesso em: 19 jul. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n. 66/2020**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Recomendacao66_2020-13052020-DJE137.pdf. Acesso em: 22 jun. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n. 90/2021**. Brasília: CNJ, 2021b. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1256102021030560422a6ac453a.pdf>. Acesso em: 28 set. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n. 92/2021**. Brasília: CNJ, 2021b. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Recomendacao66_2020-13052020-DJE137.pdf. Acesso em: 22 jun. 2022.

COSTA, Alexandre; FULGÊNCIO, Henrique. **Classificações e Marco Teórico**. Disponível em: <https://novo.arcos.org.br/classificacoes-e-marco-teorico/>. Acesso em: 26 ago. 2022. 2020.

COSTA, Alexandre; HORTA, Ricardo; FULGÊNCIO, Henrique. **Pesquisa empírica em direito**. Disponível em: <https://novo.arcos.org.br/pesquisa-empirica-em-direito/>. Acesso em: 24 ago. 2022. 2021.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. *In*: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos (Orgs.). **A política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: Unesp, 2013.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da. A Lindb, suas profecias para o enfrentamento da pandemia e as necessárias reformulações da administração pública e do respectivo controle. *In*: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (coord). **Nova Lindb**: consensualismo, deferência

judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 279-309.

DESLAURIERS, Jean-Pierre; KÉRISIT, Michèle. O delineamento da pesquisa qualitativa. Tradução: Ana Cristina Arantes Nasser. In: POUPART, Jean *et al.* **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 127-153.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; PEIXOTO, Ravi. Precedentes em tempos de crise: uma análise a partir da situação brasileira de enfrentamento da COVID-19. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 30, n. 118, p. 215-227, abr./jun. 2022. DOI: 10.52028/RBDPRO.V30i118.210902BA.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; VIDAL, Víctor Luna. Parâmetros para o controle judicial das políticas públicas de saúde. In: TOLEDO, Cláudia (coord.). **Atual judiciário: ativismo ou atitude**. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 467-506.

EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew. **An Introduction to Empirical Legal Research**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência**. Coleção acadêmica livre. São Paulo: Direito GV, 2013.

FISCHER, Louis. **Constitutional Dialogues: interpretation as political process**. Princeton: Princeton University Press, 1988.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GIVATI, Yehonatan, STEPHERSON, Matthew C. Judicial Deference to Inconsistent Agency Statutory Interpretations. **The Journal of Legal Studies**, v. 40, n. 1, 2011. p. 85-113.

HART, H.L.A. **Discretion**. Harvard Law Review, v. 127, 2013. p. 652-665.

HEINEN, Juliano. Precedente administrativo ou jurisprudência administrativa: a força normativa do art. 30 da Lei de introdução às normas do direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 66, n. 1, jan./abr. 2021. p. 149-167. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v66i1.73900>. Disponível em:

<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/73900>. Acesso em: 12 jul. 2022.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 251, 2009. p. 139-178.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos: Por que a liberdade depende dos impostos**. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

JOHNS HOPKINS UNIVERSITY & MEDICINE. **Covid-19 Dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at Johns Hopkins University**, 2020. Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em: 25 dez. 2022.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da Lindb - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – Lindb (Lei nº 13.655/2018), 2018. p. 63-92.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016a.

JORDÃO, Eduardo. Entre o prêt-à-porter e a alta costura: procedimentos de determinação da intensidade do controle judicial no direito comparado. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 14, n. 52, p. 9-43, jan./mar. 2016b.

JORDÃO, Eduardo. **O que significa deferência?** Sabemos o significado de uma das palavras da moda do novo direito administrativo? JOTA, 28 jun. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/o-que-significa-deferencia-28062022>. Acesso em: 07 jul. 2022.

JORDÃO, Eduardo; CABRAL JUNIOR, Renato Toledo. A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à AGENERSA. **Revista Estudos Institucionais**, v. 4, n. 2, julho-dezembro, 2018. p. 537-573.

KING, Jeff A. Institutional approaches to judicial restraint. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 28, n. 3, 2008. p. 409-441.

LAWSON, Gary; SEIDMAN, Guy I. **Deference: the legal concept and the legal practice**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2019.

LEAL, Rogério Gesta. Riscos e possibilidades do ativismo judicial na democracia. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, jan./mar. 2021. p. 119-135. DOI: 10.21056/aec.v21i83.1323.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Ativismo e autocontenção no Supremo Tribunal Federal: uma proposta de delimitação do debate**. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

MAGALHÃES, Andréa. **Precisamos falar sobre a crise**. A jurisprudência da crise sob uma perspectiva pragmática. Dissertação de Mestrado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Mitidiero. **Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, vol. 2, 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MEDEIROS, Isaac Kofi. **Ativismo judicial e princípio da deferência à administração pública**. Dissertação de mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/216251/PDPC1496-D.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 jun. 2022.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da Lindb - indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – Lindb (Lei nº 13.655/2018), 2018. p. 43-61.

Ministério da Saúde amplia orientações para uso da cloroquina. Ministério da Saúde, 18 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2020/junho/ministerio-da-saude-amplia-orientacoes-para-uso-da-cloroquina-2>> Acesso em: 14 nov. 2022.

MIRANDA, Lara Caroline. **Deferência ou intervenção: a postura do STJ nas disputas por leitos de UTI-Covid**. Descobrir os limites da intervenção judicial nas políticas públicas é desafio do contexto pandêmico brasileiro. JOTA, 1 out. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/deferencia-ou-intervencao-a-postura-do-stj-nas-disputas-por-leitos-de-uti-covid-01102021>. Acesso em: 18 nov. 2022.

NASCIMENTO, Roberta Simões. **O consequencialismo econômico nas decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária: um estudo crítico**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, 2013.

NASCIMENTO, Roberta Simões. **Teoria da legislação e argumentação legislativa na Espanha e no Brasil: análise dos cenários das leis sobre a violência contra a mulher**. Tese de Doutorado. Universidade de Alicante/Universidade de Brasília, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OPAS – Organização Pan-Americana da Saúde. **Histórico da pandemia de Covid-19**, 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 1 dez. 2022.

PIMENTEL, Thaís. **Betim, na Grande BH, anuncia compra de 1,2 milhão de doses da vacina Sputnik**: segundo a prefeitura, a compra do imunizante foi possível depois de decisão

do STF e sanção de lei que acelera a liberação de vacinas no Brasil. G1, 11 mar. 2021. Disponível em: < <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2021/03/11/prefeito-de-betim-na-grande-bh-anuncia-compra-de-12-milhao-de-doses-da-vacina-sputnik.ghtml> > Acesso em: 17 nov. 2022.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação?** Política, Direito e Democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012.

POSNER, Richard A. The meaning of judicial self-restraint. **Indiana Law Journal**, v. 59, n. 1, 1983. p. 1-24.

ROCHA, Caio Cesar. **Pedido de suspensão de decisões contra o Poder Público**. Série IDP – Linha pesquisa acadêmica. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Progressive law and economics – and the new administrative law. **Yale Law Journal**, v. 98, n. 2, 1998. p. 341-368. Disponível em: <https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/4981/Progressive_Law_and_Economics___And_the_New_Administrative_Law_.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 19 jul. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. **Duke Law Journal**, v. 1989, jun., n. 3, 1989. p. 511-521. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3075&context=dlj>. Acesso em: 10 jun. 2022.

SCHWINGEL, Samara. Covid: GDF desiste da ação judicial após Ministério confirmar doses extras. **Correio Braziliense**, Brasília, 03 ago. 2021. Disponível em: <https://www.correio braziliense.com.br/cidades-df/2021/08/4941524-covid-gdf-desiste-da-acao-judicial-apos-ministerio-confirmar-doses-extras.html>. Acesso em: 15 jul. 2022.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SILVA, Fabio de Sá e. Vetores, Desafios e Apostas Possíveis na Pesquisa Empírica em Direito no Brasil. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**. vol. 3, n. 1, jan 2016. p. 24-53.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Pesquisas em processos judiciais. *In: Machado, Máira R. **Pesquisar empiricamente o Direito***. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 275-320.

SMAILI, Soraya; ARANTE, Pedro; PASSOS, Nelson. A ofensiva negacionista na vacinação infantil: Movimento antivacina tenta ganhar com crianças a tração política que não obteve na vacinação de adultos. **Sou Ciência, Centro de estudos sociedade, universidade e ciência da UNIFESP**, Ribeirão Preto, 7 jan. 2022. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/ciencias/posicionamento-da-presidencia-sobre-vacinacao-repercute-em-grupos-antivacina>>. Acesso em: 7 nov. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2. ed., rev. e ampl., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a hora de mudar a velha Lei de Introdução. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 14, n. 54, abr./jun. 2016. p. 213-216.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *In: Michigan Law Review*, vol. 101, fev. 2003. p. 885-951.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Análise Processual**: pesquisa de jurisprudência. 2018. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/122163/pesquisa_jurisprudencia_2018.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Boletim estatístico**: julho de 2022. 2022. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Bolesta/article/view/12572/12668>>. Acesso em: 12 set. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **No combate à pandemia, presidente do STJ defende mais diálogo entre os entes federativos e menos intervenção da Justiça**. 2020a. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/No-combate-a-pandemia--presidente-do-STJ-defende-mais-dialogo-entre-os-entes-federativos-e-menos-intervencao-da-Justica.aspx>>. Acesso em: 18 jul. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Presidente do STJ participa de seminário sobre regulamentação da vacina da Covid-19**. 2020b. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/30092020-Presidente-do-STJ-participa-de-seminario-sobre-regulamentacao-da-vacina-da-Covid-19.aspx>>. Acesso em: 18 jul. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Relatório estatístico: 2021a.** 2021. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=371>>. Acesso em: 31 out. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **STJ nega pedido para garantir vacinação imediata de adolescentes.** 2021b. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/05072021-STJ-nega-pedido-para-garantir-vacinacao-imediata-de-adolescentes.aspx>>. Acesso em: 12 set. 2022.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial às escolhas regulatórias: o que podemos aprender com standards aplicados pela Suprema Corte estadunidense. **Revista de Direito Administrativo**, v. 280, n. 2, 2021. p. 137-164.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência judicial para com as escolhas administrativas: resgatando a objetividade como atributo do controle do poder. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v.25, n. 1, jan./abr., de 2020, p. 110–132.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle Judicial da Atividade Normativa das Agências de Regulação Brasileiras. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). **Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 377-417.

VERMEULE, Adrian. Judicial Review and Institutional Choice. *In*: **43 Wm. & Mary Law Review**, 2002. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol43/iss4/10>. Acesso em: 20 jul. 2022.

VERMEULE, Adrian. Our Schmidtian administrative law. **Harvard Law Review**, 2008. Disponível em: http://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2009/05/vo122_vermeule.pdf. Acesso em: 17 jul. 2022.

WALDRON, Jeremy. O cerne da posição contrária à revisão judicial. Tradução de Bruno da Cunha de Oliveira, Daniel Wei Liang Wang e José Garcez Ghirardi. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 18, n. 2, maio/ago. 2022.

**ANEXO ÚNICO – TABELA INDICATIVA DAS 303 DECISÕES OBJETO DA
PESQUISA**

1) HC 570079, DJe 7/4/2020	31) HC 704880, DJe 11/11/2021
2) HC 569839, DJe 7/4/2020	32) HC 704184, DJe 11/11/2021
3) HC 571423, DJe 14/4/2020	33) HC 705173, DJe 12/11/2021
4) HC 578386, DJe 11/5/2020	34) HC 708682, DJe 30/11/2021
5) HC 572959, DJe 15/5/2020	35) HC 708669, DJe 1/12/2021
6) HC 572885, DJe 15/5/2020	36) HC 711266, DJe 13/12/2021
7) HC 581615, DJe 27/5/2020	37) HC 711408, DJe 14/12/2021
8) HC 583462, DJe 3/6/2020	38) HC 713489, DJe 17/12/2021
9) HC 590220, DJe 29/6/2020	39) HC 713060, DJe 17/12/2021
10) HC 590697, DJe 30/6/2020	40) HC 712814, DJe 17/12/2021
11) HC 581156, DJe 4/8/2020	41) HC 712471, DJe 17/12/2021
12) HC 574568, DJe 4/8/2020	42) HC 711294, DJe 17/12/2021
13) HC 604381, DJe 17/8/2020	43) HC 714919, DJe 23/12/2021
14) HC 622945, DJe 28/10/2020	44) HC 714679, DJe 23/12/2021
15) HC 628641, DJe 24/11/2020	45) HC 715284, DJe 27/12/2021
16) HC 631418, DJe 7/12/2020	46) HC 715198, DJe 27/12/2021
17) HC 631504, DJe 10/12/2020	47) HC 714991, DJe 27/12/2021
18) HC 638879, DJe 12/1/2021	48) HC 715705, DJe 28/12/2021
19) HC 639508, DJe 18/1/2021	49) HC 714933, DJe 28/12/2021
20) HC 632680, DJe 1/2/2021	50) HC 715826, DJe 29/12/2021
21) HC 642806, DJe 17/2/2021	51) HC 715643, DJe 29/12/2021
22) HC 646698, DJe 1/3/2021	52) HC 716136, DJe 31/12/2021
23) HC 650431, DJe 16/3/2021	53) HC 716525, DJe 7/1/2022
24) HC 668230, DJe 27/5/2021	54) HC 716694, DJe 10/1/2022
25) HC 671118, DJe 7/6/2021	55) HC 717567, DJe 18/1/2022
26) HC 639508, DJe 18/6/2021	56) HC 713646, DJe 1/2/2022
27) HC 690138, DJe 31/8/2021	57) HC 713158, DJe 1/2/2022
28) HC 699569, DJe 13/10/2021	58) HC 720871, DJe 7/2/2022
29) HC 700487, DJe 22/10/2021	59) HC 720855, DJe 7/2/2022
30) HC 703930, DJe 9/11/2021	60) HC 721156, DJe 8/2/2022

61) HC 720863, DJe 8/2/2022
62) HC 721586, DJe 9/2/2022
63) HC 721580, DJe 9/2/2022
64) HC 721577, DJe 9/2/2022
65) HC 721575, DJe 9/2/2022
66) HC 721540, DJe 9/2/2022
67) HC 721495, DJe 9/2/2022
68) HC 721591, DJe 10/2/2022
69) HC 721589, DJe 10/2/2022
70) HC 716525, DJe 10/2/2022
71) HC 721858, DJe 11/2/2022
72) HC 721593, DJe 11/2/2022
73) HC 721582, DJe 11/2/2022
74) HC 714919, DJe 11/2/2022
75) HC 723179, DJe 16/2/2022
76) HC 723078, DJe 16/2/2022
77) HC 722834, DJe 16/2/2022
78) HC 722833, DJe 16/2/2022
79) HC 722663, DJe 16/2/2022
80) HC 723252, DJe 17/2/2022
81) HC 723251, DJe 17/2/2022
82) HC 723250, DJe 17/2/2022
83) HC 723178, DJe 17/2/2022
84) HC 723176, DJe 17/2/2022
85) HC 723173, DJe 17/2/2022
86) HC 723172, DJe 17/2/2022
87) HC 723076, DJe 17/2/2022
88) HC 722832, DJe 17/2/2022
89) HC 722829, DJe 17/2/2022
90) HC 722665, DJe 17/2/2022
91) HC 722661, DJe 17/2/2022

92) HC 721640, DJe 17/2/2022
93) HC 716694, DJe 17/2/2022
94) HC 723075, DJe 18/2/2022
95) HC 723074, DJe 18/2/2022
96) HC 723596, DJe 21/2/2022
97) HC 721588, DJe 23/2/2022
98) HC 715198, DJe 24/2/2022
99) HC 723175, DJe 2/3/2022
100) HC 723174, DJe 2/3/2022
101) HC 722831, DJe 2/3/2022
102) HC 725741, DJe 3/3/2022
103) HC 725430, DJe 3/3/2022
104) HC 726061, DJe 10/3/2022
105) HC 727700, DJe 14/3/2022
106) HC 726401, DJe 14/3/2022
107) HC 726960, DJe 15/3/2022
108) HC 714991, DJe 16/3/2022
109) HC 714933, DJe 16/3/2022
110) HC 728155, DJe 17/3/2022
111) HC 728111, DJe 17/3/2022
112) HC 726963, DJe 17/3/2022
113) HC 729218, DJe 23/3/2022
114) HC 730546, DJe 28/3/2022
115) AgInt no HC 650431, DJe 30/3/2022
116) HC 737007, DJe 27/4/2022
117) HC 737792, DJe 29/4/2022
118) HC 715826, DJe 2/5/2022
119) HC 717567, DJe 5/5/2022
120) HC 715705, DJe 15/8/2022
121) RHC 141348, DJe 19/1/2021
122) RHC 141348, DJe 24/2/2021

123) RHC 157201, DJe 8/4/2022
124) RHC 157658, DJe 4/5/2022
125) MS 25893, DJe 26/3/2020
126) MS 25880, DJe 2/4/2020
127) MS 25890, DJe 3/4/2020
128) MS 26024, DJe 14/4/2020
129) MS 26004, DJe 14/4/2020
130) MS 26019, DJe 16/4/2020
131) MS 26010, DJe 23/4/2020
132) MS 26043, DJe 28/4/2020
133) MS 26041, DJe 28/4/2020
134) MS 26038, DJe 4/5/2020
135) MS 25880, DJe 6/5/2020
136) MS 26054, DJe 11/5/2020
137) MS 26078, DJe 12/5/2020
138) MS 26092, DJe 14/5/2020
139) MS 26089, DJe 15/5/2020
140) MS 26110, DJe 21/5/2020
141) MS 26091, DJe 21/5/2020
142) MS 26122, DJe 2/6/2020
143) MS 26115, DJe 2/6/2020
144) MS 26070, DJe 2/6/2020
145) MS 26109, DJe 3/6/2020
146) MS 26108, DJe 3/6/2020
147) MS 26189, DJe 5/6/2020
148) MS 26278, DJe 9/6/2020
149) MS 26048, DJe 10/6/2020
150) MS 26290, DJe 19/6/2020
151) MS 26278, DJe 23/6/2020
152) MS 26348, DJe 26/6/2020
153) MS 26443, DJe 30/6/2020

154) PET no MS 26330, DJe 30/6/2020
155) MS 26457, DJe 1/7/2020
156) MS 26413, DJe 1/7/2020
157) MS 26604, DJe 3/8/2020
158) MS 26522, DJe 3/8/2020
159) MS 26521, DJe 3/8/2020
160) MS 26501, DJe 3/8/2020
161) MS 26462, DJe 3/8/2020
162) MS 26623, DJe 4/8/2020
163) MS 26606, DJe 4/8/2020
164) MS 26573, DJe 4/8/2020
165) MS 26566, DJe 4/8/2020
166) MS 26640, DJe 5/8/2020
167) MS 26505, DJe 6/8/2020
168) MS 26559, DJe 10/8/2020
169) MS 26048, DJe 21/8/2020
170) MS 26772, DJe 27/8/2020
171) MS 26770, DJe 31/8/2020
172) MS 26786, DJe 14/9/2020
173) MS 26651, DJe 15/9/2020
174) MS 26629, DJe 15/9/2020
175) MS 26853, DJe 21/9/2020
176) MS 26774, DJe 22/9/2020
177) MS 26440, DJe 22/9/2020
178) MS 26870, DJe 28/9/2020
179) MS 26723, DJe 28/9/2020
180) MS 26878, DJe 30/9/2020
181) MS 26462, DJe 6/10/2020
182) MS 26924, DJe 9/10/2020
183) MS 26999, DJe 19/10/2020
184) MS 26939, DJe 19/10/2020

185) MS 26993, DJe 20/10/2020
186) MS 27023, DJe 26/10/2020
187) MS 27048, DJe 17/11/2020
188) MS 27114, DJe 11/12/2020
189) MS 26999, DJe 14/12/2020
190) MS 26854, DJe 15/12/2020
191) MS 26347, DJe 15/12/2020
192) MS 27193, DJe 24/12/2020
193) MS 27220, DJe 5/1/2021
194) MS 27219, DJe 5/1/2021
195) MS 27223, DJe 11/1/2021
196) MS 27222, DJe 11/1/2021
197) MS 27234, DJe 19/1/2021
198) MS 27226, DJe 19/1/2021
199) MS 27239, DJe 20/1/2021
200) MS 27233, DJe 20/1/2021
201) MS 27258, DJe 26/1/2021
202) MS 27251, DJe 26/1/2021
203) MS 27246, DJe 26/1/2021
204) MS 27260, DJe 27/1/2021
205) MS 26776, DJe 2/2/2021
206) MS 27271, DJe 4/2/2021
207) MS 27233, DJe 1/3/2021
208) MS 26004, DJe 15/3/2021
209) MS 27359, DJe 19/3/2021
210) MS 27375, DJe 30/3/2021
211) MS 27358, DJe 30/3/2021
212) MS 27443, DJe 6/4/2021
213) MS 26939, DJe 6/4/2021
214) MS 27222, DJe 9/4/2021
215) MS 26924, DJe 9/4/2021

216) MS 26445, DJe 23/4/2021
217) MS 27612, DJe 3/5/2021
218) MS 27670, DJe 7/5/2021
219) MS 27646, DJe 10/5/2021
220) MS 27744, DJe 27/5/2021
221) MS 27798, DJe 14/6/2021
222) MS 27817, DJe 17/6/2021
223) MS 27830, DJe 23/6/2021
224) MS 27835, DJe 25/6/2021
225) MS 27358, DJe 29/6/2021
226) MS 27888, DJe 6/7/2021
227) MS 27857, DJe 7/7/2021
228) MS 27945, DJe 23/7/2021
229) MS 27693, DJe 2/8/2021
230) MS 27798, DJe 17/8/2021
231) MS 28012, DJe 25/8/2021
232) MS 28023, DJe 26/8/2021
233) MS 28046, DJe 23/9/2021
234) MS 28135, DJe 21/10/2021
235) MS 28129, DJe 21/10/2021
236) MS 28046, DJe 25/11/2021
237) MS 28312, DJe 30/12/2021
238) MS 28323, DJe 7/1/2022
239) MS 28346, DJe 19/1/2022
240) MS 27443, DJe 2/2/2022
241) MS 28398, DJe 23/2/2022
242) MS 28391, DJe 2/3/2022
243) MS 28206, DJe 30/3/2022
244) RMS 65649, DJe 25/2/2021
245) RMS 65812, DJe 19/4/2021
246) RMS 66569, DJe 29/6/2021

247) RMS 66714, DJe 2/8/2021
248) RMS 67658, DJe 3/11/2021
249) RMS 66044, DJe 13/12/2021
250) RMS 65649, DJe 1/2/2022
251) RMS 67443, DJe 18/3/2022
252) SS 3217, DJe 14/4/2020
253) SS 3219, DJe 15/4/2020
254) SS 3220, DJe 29/4/2020
255) SS 3221, DJe 4/5/2020
256) SS 3222, DJe 8/5/2020
257) SS 3234, DJe 24/6/2020
258) SS 3243, DJe 4/8/2020
259) SS 3265, DJe 26/10/2020
260) SS 3267, DJe 27/10/2020
261) SS 3306, DJe 7/5/2021
262) SS 3316, DJe 1/6/2021
263) SS 3315, DJe 7/6/2021
264) SS 3341, DJe 20/10/2021
265) SLS 2685, DJe 27/3/2020
266) SLS 2687, DJe 1/4/2020
267) SLS 2690, DJe 14/4/2020
268) SLS 2692, DJe 22/4/2020
269) SLS 2693, DJe 24/4/2020
270) SLS 2697, DJe 27/4/2020
271) SLS 2712, DJe 25/5/2020
272) SLS 2711, DJe 25/5/2020
273) SLS 2720, DJe 26/5/2020
274) SLS 2710, DJe 26/5/2020
275) SLS 2706, DJe 26/5/2020

276) SLS 2727, DJe 29/5/2020
277) SLS 2730, DJe 8/6/2020
278) SLS 2731, DJe 10/6/2020
279) SLS 2739, DJe 30/6/2020
280) SLS 2747, DJe 4/8/2020
281) SLS 2743, DJe 4/8/2020
282) SLS 2766, DJe 13/8/2020
283) SLS 2778, DJe 26/8/2020
284) SLS 2800, DJe 6/10/2020
285) SLS 2802, DJe 14/10/2020
286) SLS 2794, DJe 23/10/2020
287) AgInt (1) na SLS 2692, DJe 26/11/2020
288) AgInt (2) na SLS 2692, DJe 26/11/2020
289) AgInt na SLS 2730, DJe 18/12/2020
290) AgInt na SLS 2706, DJe 18/12/2020
291) AgInt na SLS 2800, DJe 11/2/2021
292) SLS 2917, DJe 12/4/2021
293) SLS 2919, DJe 16/4/2021
294) SLS 2918, DJe 19/4/2021
295) SLS 2922, DJe 22/4/2021
296) SLS 2925, DJe 29/4/2021
297) SLS 2943, DJe 26/5/2021
298) SLS 2969, DJe 16/7/2021
299) SLS 2977, DJe 2/8/2021
300) SLS 2977, DJe 12/8/2021
301) AgInt na SLS 2919, DJe 13/8/2021
302) AgInt na SLS 2917, DJe 13/8/2021
303) AgInt na SLS 2943, DJe 7/2/2022