Poder Judiciário da União
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

Eustáquio de Castro
Gabinete do Desembargador Eustáquio de Castro

Número do processo: 0722106-45.2020.8.07.0000
Classe judicial: AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)
AGRAVANTE: DISTRITO FEDERAL
AGRAVADO: MARIVALDO DE CASTRO PEREIRA, HELIO MARCOS PRATES DOYLE, LEANDRO FREITAS COUTO, RUBENS BIAS PINTO

D E C I S Ã O

Agravo de Instrumento - Ação Popular - Decreto - Governador do Distrito Federal - Pandemia - SARS-CoV-2 - Separação Funcionais dos Poderes - Ditames Constitucionais - Interferência Judicial - Descabida - Responsabilidade Política do Chefe do Executivo - Medidas Sanitárias - Deferimento do Pedido de Antecipação dos Efeitos da Tutela Recursal

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo Distrito Federal contra Decisão Interlocutória proferida pelo Juiz Titular da Segunda Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, o qual deferiu liminar em Ação Popular ajuizada por Leandro Freitas Couto, Marivaldo de Castro Pereira, Hélio Marcos Prates Doyle e Rubens Bias Pinto para suspender os efeitos do Decreto do Governador do Distrito Federal 40.939/2020.

Veja-se o teor do dispositivo da referida decisão, *in verbis:*

> *Isto posto, DEFIRO a liminar para determinar que o réu, no prazo de 24 horas, por meio de novo DECRETO, SUSPENDA, temporariamente, os efeitos concretos do DECRETO DISTRITAL n.º 40.939/2020, até que apresente estudos técnicos e científicos de profissionais da área de saúde pública, médicos, sanitaristas ou cientistas, que respaldem as medidas de flexibilização do isolamento e distanciamento social, neste momento de ápice da crise sanitária e de lotação máxima dos leitos de UTI, na rede pública e privada, tudo nos termos da fundamentação, com o que voltará a vigorar o decreto anterior, sob pena de multa diária de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e suspensão judicial do mesmo, de forma direta.*
>
> *Fica o Governo do Distrito Federal intimado a dar ampla publicidade nos meios de comunicação em relação à suspensão dos efeitos deste Decreto, que somente voltará a ter plena eficácia concreta quando estiver respaldado por estudo ou parecer técnico, que poderá ser apresentado a este juízo a qualquer momento, onde profissionais de saúde exteriorizam de forma clara e objetiva de que a flexibilização proposta é compatível com a situação atual da pandemia no Distrito Federal.*

Sustentam os autores populares, em síntese, a nulidade jurídica do já mencionado Decreto do Governador do Distrito Federal em virtude de haver vício no elemento Motivo de sua edição, porquanto a decretação do Estado de Calamidade, por meio de Decreto anterior, seria incompatível com a abertura de atividades econômicas, com a consequente sobrecarga no Sistema de Saúde do Distrito Federal, em virtude da Pandemia decorrente da circulação do vírus SARS-CoV-2.

A decisão agravada acolheu os argumentos dos autores e deferiu o pedido de liminar.

Recorre o Distrito Federal, também em síntese, com os seguintes argumentos: a) incompetência do Juízo para conhecer e processar a Ação Popular, porquanto a política pública de combate à Pandemia já estaria a ser controlada pela Justiça Federal; b) a Ação Popular não seria mecanismo adequado para o exame judicial do Decreto do Governador do Distrito Federal; c) a decisão agravada teria violado o Princípio da Separação de Poderes, porquanto haveria incursão no mérito da conveniência e oportunidade do administrador público.

Os autos vieram conclusos para apreciação do pedido de efeito suspensivo.

É o simples relatório.

DECIDO.

Defiro a inclusão da Câmara Legislativa do Distrito Federal, como *amicus curiae,* ante a sua patente legitimidade na condição de órgão incumbido de representar as diversas nuances da vontade popular.

Anote-se.

Em relação à preliminar de incompetência do Juízo, insta apontar a existência do Conflito de Competência 172.768, protocolado no Superior Tribunal de Justiça e relatado pelo Ministro Herman Benjamin. No referido Conflito, o Distrito Federal já aponta a multiplicidade de ações, a falta de Segurança Jurídica pela possibilidade de decisões conflitantes, em virtude de outras ações já propostas na Justiça do Distrito Federal. Como o Eminente Ministro Relator indeferiu a liminar no incidente, bem ainda diante da natureza da Ação Popular contra o Distrito Federal, a qual tem regramentos próprios, sem interesse de abrangência federal, decido, por ora, pela competência do Juízo de origem.

Para a concessão de efeito suspensivo a recurso, devem estar presentes os requisitos da probabilidade de provimento do recurso e do perigo de dano.

Antes de partir para a solução da controvérsia em si, necessito realizar considerações iniciais, a fim de estabelecer o panorama da nossa organização estatal, do funcionamento do Sistema Jurídico e da exteriorização da Soberania no seu aspecto interno.

A República Federativa do Brasil é organizada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (artigo 1°, da Constituição Federal).

Ou seja, além de estarmos em um Estado Descentralizado, no qual há repartições de competências entre órgãos de natureza político-territorial e de natureza funcional, todos esses órgãos estão sob a autoridade suprema da Constituição Federal.

Como sempre ressalta o grande jurista Ayres Britto, a Constituição Federal é a única lei não produzida pelo Estado. Ao contrário, a Constituição é feita pelo Povo para regular o Estado. Somente após a formação e regulação do Estado, produzem-se as leis sob as quais o Povo será governado.

E é nessa lei fundamental, ao menos nos Estados Democráticos, onde se erige mecanismo de proteção do exercício do poder político: a separação funcional dos poderes.

Estabelece a Nossa Constituição, logo em seu artigo 2º, justamente após formar a estrutura da República: "*são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".*

O funcionamento adequado do Estado Democrático de Direito depende do estabelecimento de um mecanismo para contenção do exercício do poder estatal, por meio da distribuição de competências e da regulação entre os órgãos responsáveis pela execução de cada uma delas.

A formação desse arcabouço normativo e doutrinário sempre foi objeto de aguçada curiosidade, pois desde a antiguidade é estudada, são propostos e testados sistemas, grandes nomes do nosso pensamento Ocidental sobre ela se debruçaram, começando em Aristóteles, passando por Locke e Montesquieu, chegando aos tempos modernos com Bobbio.

Ao menos na Nossa Constituição, não é coincidência a disposição sequencial dos Poderes do Estado: ao Legislativo compete, precipuamente, a formação da Ordem Jurídica, ao Executivo compete executar a lei de ofício e ao Judiciário é destinada a tutela da Ordem Jurídica, mediante provocação.

De fato, como já advertia Montesquieu, em célebre passagem de sua obra magna ***Do Espírito da Leis*** *(De L'Esprit des Lois),* ao comentar a Constituição da Inglaterra, "*estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes*" ***(página 165, 4ª edição brasileira, Saraiva, 1996).*** Por isso, somente com a destinação a corpos diferentes, do exercício das funções do Estado, o poder poderia frear o poder *(le pouvoir arrête le pouvoir).*

Em passagem próxima, um pouco mais esquecida, mas a revelar problemática atual, o referido magistrado francês também ponderou:

> *Tambem nao havera liberdade se o Poder de Julgar nao estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador.* ***Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.*** (Montesquieu, Do Espírito das Leis, página 165, 4ª edição brasileira, Saraiva, 1996).

Essa última passagem destacada, como dito, vai revelar preocupação um pouco mais moderna, iniciada com a doutrina americana da *judicial review* (revisão judicial)*, dos checks and balances* (freios e contrapesos) adicionada às inquietações trazidas com o Estado de Bem Estar Social (*Welfare State*)*,* culminando-se no Controle Judicial de Políticas Públicas.

Isso porque, embora os ensinamentos doutrinários do séculos XVII e XVIII constituam alicerce seguro para digressões sobre o Estado, houve um deslocamento de proteção: antes do abuso do poder do Estado sobre o cidadão, sua liberdade, sua propriedade; hoje, a proteção da Dignidade da Pessoa Humana.

O postulado da Dignidade da Pessoa Humana tornou-se central no Ordenamento Jurídico e a doutrina do Controle Judicial de Políticas Públicas reúne o pensamento sobre o papel do Poder Judiciário na consecução fática da Constituição Federal, na imperatividade de seus comandos, notadamente os de cunho social.

Nesse sentido, como ressaltado por Eros Grau, "*a expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social*" (Eros Roberto Grau, O Direito Posto e o Direito Pressuposto, página 21, retirado de Américo Bedê Freire Júnior, O Controle Judicial de Políticas Públicas, página 47).

Estamos a experimentar na atualidade, ainda mais frente a realidade socioeconômica do século XXI, *forte intervenção do poder público na vida social.* De fato, a Pandemia decorrente da circulação do vírus SARS-CoV-2 impôs desafio monumental aos governantes, em todos os continentes, com adoção de medidas mais restritivas da liberdade, como vimos em larga escala em países europeus, como França, Alemanha, Espanha e Inglaterra, para formação de cerco sanitário, controle de situação epidemiológica, arrefecimento da atividade econômica e incremento da estrutura de saúde para receber adequadamente os doentes da COVID-19.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, considerada a repartição de funções segundo o critério político-territorial, entre as Unidades da Federação, estabeleceu na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6341 a competência concorrente da União, dos Estados e dos Municípios para estabelecer atos legislativos e Políticas Públicas para controle da epidemia.

No Distrito Federal, o controle da situação epidemiológica tem sido manejado pelo Governador do Distrito Federal, mediante a edição de Decretos para estabelecer o funcionamento de atividades econômicas, medidas de cunho sanitário

e até mesmo a imposição do uso de máscaras de proteção facial, além da abertura de Leitos de Unidade de Terapia Intensiva.

Portanto, no aspecto da competência entre os entes da federação, a atuação do Governador está chancelada pelo Supremo Tribunal Federal.

O questionado na Ação Popular, entretanto, diz respeito à adequação das políticas públicas tomadas pelo Governador, o qual, após o resfriamento das atividades sociais, tem providenciado a liberação de várias atividades econômicas, culminando com o Decreto atacado (Decreto 40.939/2020).

Chegamos, portanto, ao ponto fulcral: a decisão judicial recorrida, tendo como base as premissas acima formuladas, está correta em determinar a suspensão do referido Decreto do Governador do Distrito Federal?

Primeiramente, tenho sérias dúvidas na utilização da Ação Popular como mecanismo para controle dos Decretos.

De fato, os Decretos do Governador são os veículos pelos quais o Chefe do Poder Executivo controla um dos braços da Política Pública para enfrentamento da Pandemia da COVID-19.

Por um lado, atua mediante incremento do serviço público de saúde, com a abertura de leitos, com a compra de materiais médicos, enfim, com o reforço do Sistema Único de Saúde, no campo do Distrito Federal.

Por outro, a situação epidemiológica é tratada mediante a utilização do Poder de Polícia da Administração, quer no seu aspecto normativo, quer no seu aspecto repressivo.

Os Decretos do Governador são, portanto, instrumentos de arrefecimento ou aquecimento da atividade social, com os quais haverá redução ou aumento de casos, com possibilidade, ou não, de atendimento dos doentes.

Portanto, como expressão do Poder de Polícia, os Decretos estão abraçados pelo Princípio da Presunção de Idoneidade e exigem de quem pretende as suas anulações a prova da existência de ilegalidade. Não o contrário: exigir do Poder Público a prova da legalidade. Sem isso, a questão transmuda-se apenas em intromissão do Poder Judiciário na competência destinada a agentes políticos, eleitos pelo Povo e sujeitos à responsabilização política, às consequências políticas das decisões tomadas.

Não se trata, portanto, de o Judiciário não exercer qualquer controle sobre a Política Pública. Jamais. Mas somente a ilegalidade aparente, o confronto direto com ditames legais ou Vetores Constitucionais poderia autorizar o Poder Judiciário a tomar para si pelo menos parte do controle da Pandemia.

Com efeito, a condução do Poder de Polícia está intimamente imbricada com a atuação regulamentar da Administração Pública. O Poder Judiciário não tem estrutura técnica para substituir a estrutura técnica possuída pelo Poder Executivo.

Não é sem razão, portanto, que, nos dias atuais, até a atuação legislativa tem deixado para o Poder Executivo regulamentar determinada situações, as quais reclamam solução **eminentemente técnica.**

Nesse sentido, os ensinamentos de **José dos Santos Carvalho Filho:**

> *Modernamente, contudo, em virtude da crescente complexidade das atividades técnicas da Administração, passou a aceitar-se nos sistemas normativos, originariamente na França, o fenômeno da* ***deslegalização****, pelo qual a competência para regular certas matérias se transfere da lei (ou ato análogo) para outras fontes normativas por autorização do próprio legislador: a normatização sai do domínio da lei (domaine de loi) para o domínio de ato regulamentar (domaine de l'ordonnace). O fundamento não é difícil de conceber:* ***incapaz de criar a regulamentação sobre algumas matérias de alta complexidade técnica, o próprio Legislativo delega ao órgão ou à pessoa administrativa a função específica de instituí-la, valendo-se dos especialistas e técnicos que melhor podem dispor sobre esses assuntos.*** **(José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, 27ª Edição, Atlas, página 59).**

Justamente pela situação acima explicitada, não parece surpresa o pedido de intervenção, como *amicus curiae,* da própria Câmara Legislativa do Distrito Federal.

No caso dos autos, demonstrou o Distrito Federal, o qual não foi ouvido antes da decisão liminar na origem, vários estudos epidemiológicos, vários cenários de isolamento social e de previsão de ocupação de leitos, os quais tem sido utilizados para as decisões do Governador. Cito, por todos, o de ID 17585259, página 20.

A atuação técnica está correta? O Governador tem sido fiel à realidade epidemiológica?

Como questionei acima, a resposta a essas perguntas, primeiro, não devem, aparentemente, ser respondidas em uma Ação Popular.

Ora, a Ação Popular se presta a **anular atos lesivos ao patrimônio público,** violadores dos Princípios da Administração Pública estabelecidos no artigo 37, *caput,* da Constituição Federal: Legalidade, Moralidade, Impessoalidade, Publicidade e Eficiência. Não é adequada, portanto, para o controle da Administração em sentido amplo, por meio de obrigações de fazer ou restrição de regulamentações por ela expedidas.

A propósito, julgado deste Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, relatado pelo **Eminente Desembargador Mario-Zam Belmiro**, *in verbis:*

> *PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO POPULAR. PETIÇÃO INICIAL. INDEFERIMENTO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NORMA GERAL E ABSTRATA. 1. Os atos administrativos passíveis de controle mediante ação popular são aqueles tipicamente individuais, que traduzem uma lesão concreta e imediata, de forma que seja plenamente identificada a possibilidade de reversão com a procedência da ação. 2. A ação popular não pode servir como sucedâneo de ações típicas do controle concentrado de constitucionalidade de normas. 3.*

Recurso de apelação e remessa necessária desprovidos. (Acórdão 1111763, 07003641220178070018, Relator: MARIO-ZAM BELMIRO, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 18/7/2018, publicado no DJE: 1/8/2018).

Entretanto, mesmo se considerando adequada a Ação Popular no caso, o tipo de controle do ato da Administração efetuado na origem não está de acordo com o Ordenamento Jurídico.

De fato, como já explicitado, o controle dos atos Administração Pública não é o controle total dos elementos do ato, mas apenas aqueles referentes à sua legalidade.

Diaulas Costa Ribeiro, a esse propósito, na Doutrina, explicita, com clareza, a natureza jurídica da expressão controle quanto à revisão judicial:

> *A pergunta é daquelas que Einstein julgava que só uma criança poderia fazer, mas que depois de feita causaria uma nova perplexidade, pela dúvida entre o aparente do aparente — a dimensão do óbvio e do concreto — e o aparente propriamente dito: o oculto do oculto. O início estaria no substantivo controle, que expressa duas realidades jurídicas distintas: a de origem francesa, segundo a qual controle é fiscalização formal, seja ela hierárquica, administrativa (de tutela) ou judiciária, é sempre um instrumento sancionatório; a de origem anglo-saxônica, na qual control é comando, domínio, direção e governo. Ambas foram acolhidas pelo sistema jurídico brasileiro.*
>
> *Com o sentido de comando, domínio, direção, governo, o termo controle foi usado nos artigos 22, XXVII; 24, VI; 30, VIII; 192, § 1.º; 197; 200, VI; e 204, II, da Constituição, sempre isolado. É o caso, por exemplo, das empresas sob controle do Governo; da transferência do controle da pessoa jurídica; ou da participação popular no controle das ações governamentais, na área da assistência social. Outras vezes, foi usado como verbo. Mas independente da classificação gramatical, controlar é fiscalizar. Com este sentido, a Constituição foi uma intérprete autêntica do termo, associando, ora dois verbos, ora dois substantivos. A fiscalização do Município, diz o artigo 31, é exercida mediante controle externo do Poder Legislativo municipal. O mesmo acontece com os Estados e com a União.*
>
> *Por fim, os verbos controlar e fiscalizar foram empregados distintamente, unidos por uma conjunção aditiva. O primeiro, mantendo o sentido de direção, gerenciamento ou comando; o segundo, no sentido de velar, vigiar ou inspecionar, como nos artigos 197 e 200, VII. Este último cuida do controle e da fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos. Nesses casos de associação dos dois sentidos, a distinção se dá ou pela natureza da conduta ou pela condição de quem a desempenha. Mas nunca incidem, ao mesmo tempo, a superintendência, o comando, e a fiscalização.*
>
> *A fabricação de produtos psicoativos, tóxicos e radioativos está sujeita ao gerenciamento, à direção, à administração do poder público; a utilização está sob fiscalização. Nos serviços de saúde prestados diretamente pelo poder público, o controle consiste em sua gerência, em sua superintendência. Nos serviços prestados por terceiros, o controle do poder público implica fiscalização.*
>
> *Não há dúvidas de que o controle judicial da legalidade do ato administrativo, no Brasil, segue o modelo francês, segundo a qual controle é fiscalização formal. Seja ela hierárquica, administrativa (de tutela) ou judiciária, é sempre um instrumento sancionatório.*
>
> *No outro extremo, jamais o Poder Judiciário poderá, na acepção anglo-saxônica do termo, adotar condutas próprias de control, de comando, domínio, direção e governo, substituindo o ato administrativo do Poder Executivo por mera*

conveniência do juiz." (Diaulas Costa Ribeiro, Ministério Público: Dimensão Constitucional e Repercussão no Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 183-185).

Embora o Princípio da Moralidade tenha sido invocado para apontar a ilegalidade do Decreto atacado, mostra-se contraditória tal colocação, porquanto, ou se diz da incorreção dos critérios técnicos utilizados pela Administração, ou se controla o ato administrativo no âmbito da discricionariedade, a primeira situação dotada de critérios objetivos e a segunda de elementos subjetivos.

Por fim, não se vislumbra vício no elemento Motivo do ato impugnado, pois, embora decretado o Estado de Calamidade Pública, tal situação não retira do administrador a capacidade de decidir os aspectos técnicos da saída do cerco sanitário. Ao contrário, dota o administrador de mais recursos e flexibilizações fiscais para garantir a ampliação do serviço público de saúde.

Assim, em resumo, concluo pela impossibilidade de o Poder Judiciário interferir no mérito da abertura das atividades econômicas e demais medidas para criação de isolamento social, cabendo ao Chefe do Executivo sobre elas decidir, arcando com as suas responsabilidades.

A interferência judicial provoca insegurança jurídica, desorientação na população e, embora fundada na alegação de atendimento ao bem comum, pode justamente feri-lo.

Por fim, esclareço, por oportuno, a presente decisão não tem o condão de dizer se as atividades de abertura do comércio, de parques, etc., são adequadas, são responsáveis. Ao contrário, apenas aponta a competência do Governador para decidir sobre elas, arcando com seu custo político, repito e friso.

Diante do exposto, DEFIRO o pedido de efeito suspensivo para SUSPENDER a decisão agravada.

Aos agravados.

Comunique-se ao Juízo de origem, dispensando-o das Informações.

Após, à douta Procuradoria de Justiça.

Por fim, conclusos para inclusão em Pauta de Julgamento no Colegiado.

Intimem-se.

Brasília, quinta-feira, 9 de julho de 2020, às 21h20min.

Desembargador Eustáquio de Castro

Relator

Assinado eletronicamente por: JOSE EUSTAQUIO DE CASTRO TEIXEIRA
09/07/2020 21:21:06
https://pje2i.tjdft.jus.br:443/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam
ID do documento: 17622675

20070921210684900000001712202

IMPRIMIR GERAR PDF