

## **CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: orientações científicas predominantes como parâmetro para o controle da COVID-19.**

Barbara Trevizani Dutra<sup>1</sup>

Letícia Bandeira Rocha<sup>2</sup>

Fabiano Batista Corrêa<sup>3</sup>

### **RESUMO**

No atual cenário, importa destacar a atuação dos Poderes da República na adoção de medidas de combate à pandemia COVID 19, destacando a atuação dos Poderes da República, notadamente com relação à efetivação dessas medidas, as quais se enquadram dentro da função administrativa estatal, função típica do Poder Executivo, não obstante tal função, também, está presente de forma atípica nos Poderes Legislativo e Judiciário. A questão que se propõe é saber quem, na estrutura estatal, detém razão e conhecimento técnico para fazer as melhores escolhas diante à pandemia do COVID-19. A elaboração das políticas públicas é função atribuída aos Poderes Legislativo e Executivo, entretanto, em nosso ordenamento jurídico se admite a intervenção do Poder Judiciário quando houver inércia dos demais Poderes. Quanto às medidas de combate à pandemia COVID 19, algumas questões se sobrepõem, a exemplo, dos limites da discricionariedade do gestor. A questão que se propõe é compreender se a discricionariedade será mitigada nos atos administrativos referentes aos conhecimentos científicos predominantes? Ante o exposto, demarca-se à pretensão textual, a partir de uma pesquisa bibliográfica, em torno da mitigação da discricionariedade pela ciência. A crise ocasionada pelo COVID-19 exige que as respostas estatais sejam urgentes e precisas e, desse modo, os atos administrativos, editados e publicados pelos chefes do executivo, devem ser dimensionadas a prestigiar soluções uniformes, emitidas pela ciência, por meio da Organização Mundial de Saúde (OMS) e do Ministério da Saúde. Sem pretensão de esgotar o tema, a conclusão que se chega é que a deferência aos critérios técnicos e científicos reduz, substancialmente, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas até então adotadas pelos demais Poderes.

**PALAVRAS-CHAVE:** discricionariedade; ciência; três poderes; covid-19; atos administrativos.

---

1 Bacharelada em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce - FADIVALE. Estagiária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. E-mail: barbaradutra@live.com

2 Advogada. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (FADIVALE). Especializada em Direito Administrativo pela Faculdade de Anhangüera (LFG). E-mail: leticiabandeira12@hotmail.com

3 Advogado. Pós-graduado em direito público pela FADIVALE - Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce e em Gestão Pública pela UFOP - Universidade Federal de Ouro Preto. Professor de Direito Administrativo do curso de graduação e dos cursos de pós-graduação da FADIVALE. Professor de Direito Administrativo da Universidade Vale do Rio Doce. Email: fbcprofessor@hotmail.com

## **ABSTRACT**

In the current scenario, it's important to highlight the role of the Powers of the Republic in the adoption of measures to combat the COVID pandemic 19, notably with regard to the effectiveness of these measures, which fall within the state administrative function, a atypical function of the Executive Power, despite this function, is also present atypically in the Legislative and Judiciary Branches. The question that is proposed is who in the state structure, has reason and technical knowledge to make the best choices in the face of the COVID-19 pandemic. The development of public policies is a function attributed to the Legislative and Executive Powers, however, in our legal system the intervention of the Judiciary is allowed when there is inertia of the other Powers. As for measures to combat the COVID pandemic 19, some questions are raised, for example, by the limits of the manager's discretion. The question that is proposed is whether discretion will be mitigated in administrative acts concerning the predominant scientific knowledge? In view of the above, it's demarcated to the textual pretension, based on a bibliographical research, around the mitigation of discretion by science. The crisis caused by COVID-19 requires that state responses be urgent and precise and thus administrative acts, edited and published by the Chief executive, should be scaled to honor uniform solutions issued by science, through the World Health Organization (WHO) and the Ministry of Health. No intention of exhausting the theme, the conclusion reached is that deference to technical and scientific criteria substantially reduces the possibility of intervention by the judiciary in the public policies hitherto adopted by other Powers.

**KEYWORDS:** discretion; science; three powers; covid-19; administrative acts.

## **SUMÁRIO**

**1 INTRODUÇÃO. 2 CONCEITO E APLICAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE. 2.1 CONTROLE JURISDICIONAL. 3 PODER EXECUTIVO E SUA FUNÇÃO TÍPICA. 4 ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS VERSUS ORIENTAÇÕES CIENTÍFICAS PREDOMINANTES. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.**

## **1 INTRODUÇÃO**

Este trabalho contempla o tema "Controle da discricionariedade administrativa: Orientações científicas predominantes como parâmetro para o controle da Covid-19" e serão abordados os aspectos gerais e jurídicos que envolvem o assunto.

A pertinência do tema visa analisarmos uma nova percepção do controle da discricionariedade administrativa em vistas a prática de atos, em tese, complexos, em razão da crise sanitária que atinge a humanidade.

Desse modo, a questão problema surge através da análise da possibilidade de invalidade do ato administrativo discricionário que for contrário ou ofensivo às orientações científicas eficazes, durante o momento pandêmico. Neste prisma, questiona-se acerca da prática de atos discricionários, ante a incidência do dever estatal de adotar políticas públicas que visam à preservação da saúde coletiva direcionada por orientações científicas.

O objetivo do presente artigo se estabelece na conjugação das orientações científicas a respeito do Covid-19, com atos baseados na conveniência e oportunidade do administrador público, sem que este possa ser considerado inválido por ultrapassar os limites da discricionariedade.

Por fim, cumpre informar que o procedimento metodológico classifica-se como explicativo e expositivo, decorrente do cenário originado por uma pandemia proveniente da disseminação e contágio do Covid-19 e das orientações científicas predominantes, além de pesquisa bibliográfica, através da análise doutrinária e jurisprudencial, como fontes indiretas, e uso das legislações aplicáveis ao caso, como fontes diretas. Os capítulos descreverão (i) o conceito e a aplicabilidade da discricionariedade, bem como o controle jurisdicional da legalidade e do mérito sobre os atos administrativos; (ii) a função típica do Poder Executivo, especificamente no que tange os atos discricionários; e por fim (iii) a relação entre os atos administrativos e a aplicação das orientações científicas, como limites do exercício da discricionariedade.

## **2 CONCEITO E APLICAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE**

O princípio da legalidade, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, traz consigo a premissa de que a Administração Pública deve se sujeitar obrigatoriamente a vontade da lei.

Os atos administrativos a serem praticados pelos gestores públicos podem ser classificados como vinculados, que derivam da obediência integral à forma prescrita em lei, e, como discricionários, nos quais apesar da forma prescrita em lei, comporta juízo de conveniência e oportunidade, a significar uma margem de

liberdade quanto a melhor conduta a ser adotada e ao melhor momento de ação pelo gestor.

Previamente à explanação dos atos discricionários, faz-se necessária a conceituação de ato administrativo, tratando-se da exteriorização da manifestação unilateral da vontade dos agentes da administração pública, praticados no exercício da função administrativa, instrumento usual do poder executivo, no exercício de sua função típica, e aos poderes legislativo e judiciário, em suas funções atípicas.

De acordo com Di Pietro (2017, p. 237), o ato administrativo: "É a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita ao controle pelo Poder Judiciário."

Posta esta questão, os atos discricionários advém do critério do grau de liberalidade, assim diante das peculiaridades do caso concreto, o agente público decide a melhor maneira de atingir o interesse público. Este é justificado pela necessidade de se obter a plenitude do princípio da eficiência, sem que o seu exercício seja engessado pela função legislativa.

Estes são caracterizados pela existência dos juízos de conveniência e oportunidade (nos elementos "motivo" ou "objeto", conhecidos como mérito administrativo),<sup>4</sup> assim os riscos de abusos, desvios e lesões a direitos e às garantias individuais e coletivas aumentam. São exemplos: (i) quando o agente público é competente para o ato, porém atua em desacordo com a finalidade pública legal e em segundo plano, contra os interesses da coletividade; e (ii) nos casos em que a atuação administrativa atinge os fins públicos, todavia em desacordo com aquele preestabelecido, configurando-se o desvio de poder.

Por isso, os atos discricionários podem ser passíveis de controle interno exercido pelo Poder Executivo, de forma que sendo invocado o princípio da autotutela, existe a possibilidade de anulação do ato administrativo viciado por ausência de requisito legal. Nesse aspecto, pontua Mazza (2020) que podem ser os respectivos atos administrativos anulados em razão de eventual vício de legalidade,

---

<sup>4</sup> Adota-se a concepção clássica e predominante do doutrinador Helly Lopes Meireles, em que a discricionariedade somente pode residir no motivo ou no objeto do ato administrativo. Competência, forma e finalidade seriam requisitos obrigatoriamente vinculados em qualquer ato administrativo.

bem como revogados, por razões de interesse público, quando desobedeçam a qualquer um dos princípios integrantes do ordenamento jurídico, estejam eles implícitos ou explícitos.

Cumprido destacar que o ato discricionário não se confunde com o ato arbitrário, haja vista que este desrespeita os padrões impostos pela legalidade e aquele é exercido dentro dos limites definidos pela norma.

## 2.1 CONTROLE JURISDICIONAL

Os atos administrativos, *a priori* os discricionários, que resultem em abusos, desvios, lesões a direitos e às garantias individuais e coletivas e violem os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência são passíveis de anulação e revogação, inclusive, através de controle jurisdicional de legalidade e meritório, no que refere à anulação.

O exercício da discricionariedade deve se relacionar de forma íntima com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que seja razoável assegurar a manutenção das garantias individuais e coletivas, bem como proporcional à necessidade social que possibilita o exercício do ato sob a ótica do juízo de oportunidade e conveniência da autoridade pública.

Quanto ao princípio da razoabilidade, especificamente, este é caracterizado pela (i) proibição do excesso, que limita a discricionariedade na atuação da administração pública, a fim de vedar que o gestor público afete os direitos fundamentais; e (ii) a vedação da proteção deficiente, que não permite deficiência na prestação legislativa.

Assim, importa dizer que o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade traduzem a ideia, não somente da vedação de excesso, mas, também, da proibição da proteção deficiente, vertente esta que permitiria, em tese, ao Poder Judiciário a análise da discricionariedade das medidas até então adotadas pelos gestores no combate à pandemia do COVID 19.

Assim, o controle jurisdicional do ato administrativo pode ser realizado pela autoridade judiciária quando resultar em fiscalização da legalidade, especialmente

quando o mérito administrativo fundamental reflete em inadequação ou infração legal.

Se antes, o entendimento predominante era pela impossibilidade do Poder Judiciário rever os aspectos da conveniência e oportunidade do ato administrativo discricionário, atualmente prevalece que o Poder Judiciário poderá adentrar ao denominado mérito administrativo quando houver violação dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência.

O livre exercício do mérito administrativo, como fonte determinante a adoção de políticas públicas que visem à preservação da saúde coletiva, pode, em primeiro momento, aparentar não estar sujeito ao controle jurisdicional, haja vista resultar do exercício de função própria da autoridade administrativa apta a atrair a aplicação da separação dos poderes.

No entanto, por se tratar de ato administrativo que implica no exercício do dever constitucional de estabelecer à coletividade medidas que visem preservar a saúde, especialmente em momentos pandêmicos, como ora vivenciado, tem-se que a aplicação de deliberações que descendam da psique do gestor e provoquem riscos ou impedimentos a contenção da disseminação viral e ao seu tratamento, podem ser objeto de revisão jurisdicional, de modo excepcional, a garantir o retorno da administração pública aos eixos da legalidade, principalmente quando houver subsídio científico contrário ao ato.

Portanto, cabe perfeitamente o controle jurisdicional para aferir a legalidade do ato, a fim de verificar se a Administração Pública não ultrapassou os limites da prerrogativa da liberalidade. É por meio da motivação nos atos administrativos que o Poder Judiciário averigua a existência e a veracidade dos pressupostos fáticos e de direito que ensejaram a atuação da administração pública de forma discricionária.

Nesse sentido, Mazza (2020) destaca que “convém lembrar que os atos discricionários estão sujeitos a amplo controle de legalidade perante o judiciário. Ao juiz é proibido somente revisar o mérito do ato discricionário”.

Desse modo, não cabe ao Poder Judiciário unicamente o controle jurisdicional do mérito. Em outras palavras, não cabe à substituição da decisão tomada pela Administração Pública, mas sim verificar se esta atuou em

conformidade com suas obrigações, os princípios e as normas do ordenamento jurídico.

O controle judicial da legalidade do ato administrativo discricionário realizado pelo Poder Judiciário resulta na análise das implicações do mérito administrativo, sobre às demais normas, de modo a garantir a satisfação dos interesses coletivos dentro dos liames legais.

Nesse ínterim, afirma-se, excepcionalmente, que quando a Administração Pública utilizar da discricionariedade técnica, o Poder Judiciário não poderá aplicar o controle judicial do mérito, tendo em vista que este não possui o conhecimento específico técnico especializado para inferir se as medidas adotadas pelo Ente Público estão corretas ou não.

Existem, portanto, dois tipos de controles relacionados ao ato administrativo.

O primeiro seria o controle de legalidade, incidente sobre atos administrativos vinculados e discricionários, realizado por quem produziu o ato ou pelo Poder Judiciário, quando provocado, relacionado aos atos dos demais poderes.

O segundo seria o controle de mérito, incidente sobre atos administrativos discricionários, realizado por quem produziu o ato e, excepcionalmente, pelo Poder Judiciário, quando provocado, relacionado aos atos dos demais poderes quando caracterizada a violação dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência.

Ante o exposto, restou entendido que o Poder judiciário pode excepcionalmente adentrar no mérito do ato administrativo quando violado o princípio da razoabilidade e proporcionalidade notadamente quando houver proteção insuficiente, no entanto, o Judiciário não poderá substituir quanto à adoção de critérios técnicos lastreados em recomendações médicas e/ou da Organização Mundial de Saúde.

### **3 PODER EXECUTIVO E SUA FUNÇÃO TÍPICA**

A expressão "Poder Executivo" tem duplo significado, pois primeiramente é conhecido por ser centrado nas pessoas (i) do Presidente da República que exerce o

predomínio na vida política nacional;(ii) dos Governadores, em relação aos Estados e Distrito Federal; e (iii) dos Prefeitos, no que tange os Municípios.

De igual forma, também faz referência às atividades que envolvem atos típicos da Chefia do Estado, Chefia do Governo e administração em geral, iniciativa de projetos de lei e de edição de medidas provisórias, planejamento e controle orçamentário, bem como controle de despesas, entre outras características.

A relevância das atribuições deste poder é indiscutível, principalmente porque a sua existência caracteriza o Estado Democrático de Direito. Todavia, suas atribuições não de ser exercidas em harmonia com os demais Poderes, haja vista que compete ao Poder Legislativo o exercício da atividade legiferante e ao Poder Judiciário incumbe as atividades jurisdicionais, dentre as quais abrange o controle de legitimidade dos atos da administração pública.

Nesse sentir, cabem aos Chefes do Executivo expedir decretos e regulamentos — atos administrativos — para fiel execução da lei. Mendes (2014, p. 930) expõe a distinção entre Lei e Regulamento:

A diferença entre Lei e Regulamento, no Direito Brasileiro, não se limita à origem ou à Supremacia daquela sobre este. A distinção substancial reside no fato de que a lei pode inovar originalmente no ordenamento jurídico, enquanto o regulamento não o altera, mas tão somente fixa as regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos por Lei, ou para desenvolver os preceitos constantes da Lei, expressos ou implícitos, dentro da órbita por ele circunscrita, isto é, as diretrizes, em pormenor, por ela determinada.

Os regulamentos também não podem ser confundidos com os decretos, estes constituem uma forma de ato administrativo, enquanto que aqueles representam o conteúdo do ato. O estudioso Mazza (2020, p. 382) expõe que “os decretos são veículos introdutórios do regulamento, porém por serem atos administrativos se encontram em posição inferior a Lei”, sendo-lhes vedado criar obrigações de fazer e não fazer.

Há diferenciação entre decretos de execução, os quais servem para detalhar e explicar o conteúdo de uma lei prévia, e decretos autônomos, os quais seriam editados independentemente de lei prévia a ser regulamentada, havendo séria divergência se estes seriam admitidos em nosso ordenamento jurídico.

Para aqueles que defendem o decreto autônomo, o exemplo listado é o contido no art. 84, VI da Constituição, com a redação dada pela EC 32/2001 que permite ao Presidente da República dispor, mediante decreto sobre (i) a organização e funcionamento da Administração Pública, quando não implicar em aumento da despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e (ii) extinção de funções ou cargos públicos.

Em alguns casos, a generalidade e o caráter abstrato das normas infraconstitucionais permitem particularizações gradativas quando não objetivam a especificidade de situações vividas no dia a dia do gestor público. Desse modo, abre margem para a discricionariedade administrativa na aplicação da Lei.

A discricionariedade, então, pode decorrer (i) da omissão ou forma insuficiente da norma em prever todas as situações possíveis; (ii) da disposição expressa da Lei conferindo à Administração Pública a possibilidade do seu exercício; e (iii) da finalidade da norma, pois muitas vezes esta é definida por meio de expressões que contêm conceitos indeterminados ou plurissignificativos.

No entanto, a discricionariedade administrativa atinente ao exercício do poder regulamentar<sup>5</sup> não se confunde com a delegação disfarçada para legislar. No primeiro caso, as normas estabelecem o direito ou o dever, a obrigação ou a restrição, os requisitos do seu surgimento e os elementos para identificação dos destinatários, já no segundo caso, na norma regulamentada, o direito, a obrigação e a limitação são estabelecidas apenas no regulamento.

Os agentes públicos, portanto, têm autonomia para adotarem medidas de isolamento social, edificação de novas alas em hospitais, disposição de testes para a população com sintomas do coronavírus, imposição de remédios mais baratos,

---

<sup>5</sup> De acordo com Mazza (2020, p. 381), o Poder Regulamentar, decorrente do Poder Hierárquico, consiste na possibilidade dos Chefes do poder Executivo editarem atos administrativos gerais e abstratos (regimentos, instruções, deliberações, resoluções e portarias), ou gerais e concretos, expedidos para dar fiel execução à Lei.

entre outras questões sanitárias orientadas pela ciência, que demandam o alinhamento dos atos administrativos a fim de cumprir com o princípio da eficácia.

A Lei nº 13.979/2020 dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, permitindo a regulamentação pelos Governadores e Prefeitos das regras ali previstas, nos levando à discussão sobre a liberdade de atuação desses gestores a partir das orientações técnicas e científicas e, em consequência, sobre o controle dessa discricionariedade.

#### **4 ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS VERSUS ORIENTAÇÕES CIENTÍFICAS PREDOMINANTES.**

Diante da situação calamitosa e pandêmica que envolve o mundo atualmente, os entes Estaduais, Municipais e o Distrito Federal se viram na obrigação de agir rapidamente contra o avanço do COVID-19, haja vista a desídia do Governo Federal em dispor sobre as medidas de enfrentamento em vistas da emergência da saúde pública.

A partir da inércia do Governo Federal, Estados e Municípios passaram a editar, cada um por sua conta, leis e decretos prevendo medidas de combate a pandemia, alguns de questionável constitucionalidade e legalidades.

Somente em 06/02/2020 foi publicada a Lei Nacional de nº 13.979/20, propondo com o norte na padronização dos procedimentos que poderiam ser adotados por Estados e Municípios. Um exemplo da ausência de um referencial é que alguns Estados e Municípios passaram a exigir, por decreto, a obrigatoriedade do uso de máscaras com previsão, inclusive, de multa, sem que houvesse lei estabelecendo tal obrigação.

No âmbito nacional, somente com a alteração da Lei nº 13.979/2020, pela Lei nº 14.019 de 02/07/2020, é que passou a prever a obrigatoriedade do uso de máscaras, questionando-se, portanto, a legalidade dos decretos estaduais e municipais que estabeleceram obrigação do uso de máscaras sem previsão legal, a partir do direito fundamental previsto no art. 5º, II da Constituição Federal que prever

“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Cumprido ressaltar que havendo as divergências normativas dos entes estaduais e municipais, as normas destes é que devem prevalecer, em razão da proximidade com a situação-problema que os Chefes do Executivo Municipais com a realidade local.

Além disso, por vezes, as orientações científicas são generalizadas, não sendo especificamente aplicáveis a situação concreta dos Estados e Municípios, havendo, desse modo, a necessidade de os agentes públicos editarem os atos administrativos com discricionariedade, colocando em prática metodologias próprias e aplicáveis as particularidades locais e/ou regionais.

A mitigação da discricionariedade reside na possibilidade de os agentes públicos editarem atos administrativos vinculados, por exemplo, às regras de isolamento social, ao *lockdown*, a utilização de barreiras sanitárias, ao fechamento do comércio, a imposição de multa em casos de uso das máscaras, entre outras imposições, e ao mesmo tempo, utilizar da prerrogativa da liberalidade para decidir diante das situações concretas, em relação a quais recursos serão eficazes para o controle sanitário.

De acordo com Mazza (2020, p. 373) “nunca haverá discricionariedade em todos os aspectos do comportamento a ser adotado porque isso significaria liberdade total para agir, o que contaria a própria ideia de competência administrativa”, que deve agir de acordo com o que a Lei determina, conforme induz o princípio da legalidade.

Assim, a vinculação das orientações científicas para edição dos atos administrativos com caráter discricionário não suprime totalmente a liberalidade do agente público, posto que existe interesse público, tanto em solucionar as questões sanitárias e proteger a saúde da população, quanto em garantir a liberdade econômica e manter a estabilidade financeira, sendo estas escolhas que devem ser feitas pelo próprio administrador.

Cita-se como exemplo que os atos administrativos devem ser editados com o intuito de atenuar os casos do Covid-19, com a imposição obrigatória de máscaras e

uso do álcool em gel, todavia o fechamento do comércio ou decretação do *lockdown* seriam medidas extremas, atípicas e radicais, influenciando diretamente e negativamente na economia dos municípios.

Diferentemente da discricionariedade mitigada, a denominada “discricionariedade técnica” é aplicada para designar soluções de questões que exijam conhecimento científico especializado. Em outras palavras, a Administração Pública é obrigada a ser amparada por meio de um parecer técnico-profissional.

Por exemplo, um decreto com viés sanitário, editado com auxílio de laudos médicos especializados em medicina sanitária, decidindo que a população de determinado Município realize o isolamento social, pelo prazo de 60 dias, a fim de evitar aglomeração em espaços públicos destinados à lazer, cultura e turismo, com o propósito de evitar a proliferação do Covid-19.

Assim, a Administração Pública fica vinculada à manifestação do profissional consultado. Frisa-se, ainda, que somente a nomenclatura recebe o nome de “discricionariedade”, pois a definição do ato relaciona-se, especialmente, à vinculação administrativa.

Com efeito, a edição de atos administrativos relacionados à saúde da população e às questões sanitárias em geral necessitam das orientações científicas para auxiliar na escolha subjetiva do Estado, que deverá analisar a situação do caso concreto e eleger dentre suas possibilidades, a que melhor se aplica à preservação da saúde coletiva, a sanitização das cidades, a atenuação da curva de contágio do vírus e a manutenção da economia local.

Esse respaldo em estudos técnicos e científicos qualifica a discricionariedade e reduz a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, o qual deve se conter no controle da atuação dos demais poderes nas situações em que não detém conhecimento técnico especializado e não conhece a realidade que vem sendo vivenciadas pelos gestores estaduais e locais na adoção de medidas de combate da pandemia.

Uma decisão paradigma foi à aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ, Informativo 605) da Doutrina Chenery, de construção norte-americana, em

julgado que envolvia a intervenção do Poder Judiciário na fixação de tarifa de transporte coletivo, merecendo destaque o seguinte trecho da ementa:

AGRAVO INTERNO NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. I) DISCUSSÃO DE QUESTÕES REFERENTES AO MÉRITO DA CAUSA PRINCIPAL. IMPOSSIBILIDADE. VIA SUSPENSIVA VOCACIONADA A TUTELAR APENAS A ORDEM, A ECONOMIA, A SEGURANÇA E A SAÚDE PÚBLICAS. II) GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA CONFIGURADA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO PRATICADO PELO PODER PÚBLICO QUE PREVALECE ATÉ PROVA DEFINITIVA EM CONTRÁRIO. DETERMINAÇÃO GOVERNAMENTAL QUE DEVE SER PRESTIGIADA TAMBÉM PARA MITIGAR A PROBLEMÁTICA DO DÉFICIT DEMOCRÁTICO DO PODER JUDICIÁRIO. CONSIDERAÇÕES SOBRE A DOUTRINA CHENERY. DIFICULDADE DE O JUDICIÁRIO CONCLUIR SE UMA ESCOLHA CUJA MOTIVAÇÃO É ALEGADAMENTE POLÍTICA SERIA CONCRETIZADA CASO A ADMINISTRAÇÃO EMPREGASSE SOMENTE METODOLOGIA TÉCNICA. IMPOSSIBILIDADE DE AS ESCOLHAS POLÍTICAS DOS ÓRGÃOS GOVERNAMENTAIS SEREM INVALIDADAS PELO JUDICIÁRIO, CASO NÃO SEJAM REVESTIDAS DE RECONHECIDA ILEGALIDADE. VEDAÇÃO ÀS PRESIDÊNCIAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO À APRECIÇÃO DE PEDIDO DE CONTRACAUTELA À LUZ DE DIREITO LOCAL. III) MANIFESTA VIOLAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE PRÉVIA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA PARA QUE O ESTADO DE SÃO PAULO CUSTEIE AS VULTOSAS DESPESAS DECORRENTES DA MANUTENÇÃO DA HARMONIA ECONÔMICO-FINANCEIRA DOS ACORDOS ADMINISTRATIVOS FIRMADOS PELO PODER PÚBLICO COM AS CONCESSIONÁRIAS DE TRANSPORTE PÚBLICO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO... 8. O Magistrado Singular concluiu que os reajustes tarifários seriam discriminatórios, por deixar de atingir parte dos usuários e incidir sobre outros. Estimou que estava a adotar, assim, a medida que reputou mais justa. Não se pode esquecer, entretanto, que o exercício da ponderação exige critérios, entre os quais, a adoção de solução que reduza "a tensão gerada pela falta de legitimidade representativo-democrática do juiz para realizar opções normativo-axiológicas", conforme leciona Paulo Gustavo Gonet Branco (Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 305). Dessa forma, o ato administrativo editado pelo Estado de São Paulo deve ser prestigiado também para mitigar a problemática do déficit democrático do Poder Judiciário. 9. Eventual intento político da medida não poderia ensejar a invalidação dos critérios tarifários adotados, *tout court*. Conforme leciona Richard A. Posner, **o Poder Judiciário esbarra na dificuldade de concluir se um ato administrativo cuja motivação alegadamente política seria concretizado, ou não, caso o órgão público tivesse se valido tão somente de metodologia técnica.** De qualquer forma, essa discussão seria inócua, pois, segundo a doutrina Chenery - a qual reconheceu o caráter político da atuação da Administração Pública dos Estados Unidos da América -, **as cortes judiciais estão impedidas de adotarem fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais não têm a expertise para concluir se os critérios**

**adotados pela Administração são corretos** (Economic Analysis of Law. Fifth Edition. New York: Aspen Law and Business, 1996, p. 671). Portanto, as escolhas políticas dos órgãos governamentais, desde que não sejam revestidas de reconhecida ilegalidade, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário. (AgInt no AgInt na SLS 2.240/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/06/2017, DJe 20/06/2017) (grifo nosso) (BRASIL, 2020, p. 1).

Em síntese conclusiva, o Poder Judiciário, em que pese o entendimento de controle de mérito quando violados os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência, não pode substituir as escolhas do Poder Executivo, quando pautadas em critérios técnicos e científicos, com relação às medidas de combate à pandemia por lhe faltar expertise sobre matéria e por não vivenciar a realidade dos Estados e dos Municípios no que se refere à disseminação do COVID 19.

## **6 CONCLUSÃO**

O presente artigo científico apresentou questões acerca da edição de atos administrativos discricionários pelos gestores públicos, que se baseiam em orientações científicas a fim de restringir a contaminação do COVID19 e aplicar medidas certas e específicas, de acordo com a realidade local, para diminuir a curva de maximização do vírus.

Ademais, colocou-se em pauta, de modo não exaustivo, o controle da legalidade e do mérito realizado pelo Poder Judiciário quanto aos atos discricionários do Poder Executivo, observando que o controle de mérito pelo Poder Judiciário é excepcionalmente admitido nos casos em que há violação dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência pelos gestores públicos.

A respeito da prática dos atos discricionários ante o dever Estatal em adotar políticas públicas que visam à preservação da saúde coletiva, se estabelece quando o ente federativo adota as orientações científicas para editar os atos administrativos, pois o gestor público necessita de conhecimentos técnicos especializados para adoção de medidas sanitárias, e, ainda, mantêm a prerrogativa dos juízos de

conveniência e oportunidade para indicar qual solução é a mais adequada para situação concreta, ao visar a redução do contágio do vírus.

Reforça-se que a responsabilidade do Administrador Público em decidir quais medidas mitigatórias aplicar-se-ão às situações específicas de cada ente federal.

A partir do momento que o administrador público desrespeita os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência na edição do ato administrativo, está sujeito ao controle de legalidade e mérito pelo Poder Judiciário. A este não cabe à substituição da decisão administrativa, mas sim verificar a conformidade do texto do ato administrativo com a legislação vigente, base principiológica e destinação do objeto, abrangendo, desse modo, uma análise normativa e meritória.

Nesse sentido, em se tratando de ato administrativo discricionário, o controle judicial de mérito está limitado aos princípios supramencionados, no entanto, O Poder Judiciário deve se conter quando a atuação do gestor público estiver amparada em orientações técnicas e científicas, a significar conhecimentos técnicos especializados, até porque o magistrado não vivencia a realidade local e regional para estabelecer uma escolha melhor daqueles que estão lidando diretamente com os problemas de saúde decorrentes da pandemia COVID 19.

Assim, não caberia interferência de um poder sobre o outro quando da edição de atos administrativos determinando o uso obrigatório de máscaras, quando há orientação científica da eficácia dessa medida.

Desse modo, o questionamento do Poder Judiciário quanto à violação axiológica nos atos administrativos dependerá de conhecimento específico especializado para motivar suas decisões, haja vista que não possuem expertise para inferir se os atos adotados pela Administração Pública estão legalmente corretos. Assim, o citado Poder da República não poderá fundamentar diferentemente do Poder Executivo, notadamente nas questões técnicas e complexas.

Em conclusão, é possível estabelecer como primeira diretriz que a regra, ainda, é no sentido de que o Poder Judiciário não pode rever atos discricionários dos demais Poderes, observando que atualmente se defende a excepcionalidade dessa

análise quanto caracterizada a violação dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência.

Uma das vertentes da razoabilidade e da proporcionalidade é a vedação da proteção insuficiente que permitiria ao Poder Judiciário, quando provocado, de deliberar sobre a adequação e necessidade das medidas até então adotadas pelo Poder Executivo para combate da pandemia COVID 19.

Não obstante tal possibilidade é substancialmente reduzida nas situações em que o Poder Executivo atuar, discricionariamente, mas a partir de critérios técnicos e científicos, devendo o Poder Judiciário adotar uma postura de deferência à atuação dos demais Poderes até mesmo pela falta de conhecimento técnico especializado no que se refere as medidas de combate a pandemia.

## REFERÊNCIAS

CARDOSO, João Gabriel. O controle jurisdicional do mérito administrativo: uma análise sobre os aspectos de legalidade e legitimidade nos atos discricionários. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/o-controle-jurisdicional-do-merito-administrativo-uma-analise-sobre-os-aspectos-de-legalidade-e-legitimidade-nos-atos-discricionarios/>. **Ambito jurídico**, São Paulo, 01 fev. 2017. Acesso em: 31 jul. 2020.

DIAS, Jean. A proibição do excesso (übermassverbot) e a proibição de proteção deficiente (untermassverbot) no direito penal. Jus Brasil. Disponível em: <https://jeancarlodias.jusbrasil.com.br/artigos/429256367/a-proibicao-do-excesso-ubermassverbot-e-a-proibicao-de-protECAo-deficiente-untermassverbot-no-direito-penal>. Acesso em: 31 jul. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 30. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FAJARDO, Maíra Costa Val. Controle dos atos administrativos. Disponível em: [https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/controle-dos-atos-administrativos-discricionarios/#\\_ftn8](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/controle-dos-atos-administrativos-discricionarios/#_ftn8). **Ambito jurídico**, São Paulo, 01 abr. 2015. Acesso em: 14 jul. 2020.

GUIMARÃES, Ana Cláudia *et al.* **Notas introdutórias sobre a repercussão da COVID-19 no direito brasileiro**. e-book baseada na 1 ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

*Revista online Fatividade, Governador Valadares, Edição Especial, p. 51 –67, 2020.*

"A resignificação do Direito a partir da pandemia do novo coronavírus"

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo, 2015.

MAZZA, Alexandre. **Manual do direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Simone Zanotello. **Pessoa física**. Aula ministrada na Pós-Graduação da LFG, no dia 07 de janeiro de 2020. Governador Valadares: LFG, 2020. (Notas de Aula).

SANTOS, Lucas Leonardo Souza. O princípio da razoabilidade no direito administrativo. **Âmbito jurídico**, São Paulo, 01 out. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/o-principio-da-razoabilidade-no-direito-administrativo/>. Acesso em: 31 jul. 2020.