

# O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À PANDEMIA DO COVID-19: AS MEDIDAS RESTRITIVAS AO FUNCIONAMENTO DE ESTABELECIMENTOS EMPRESARIAIS

*THE JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICY TO COMBAT THE COVID-19 PANDEMIC: RESTRICTIVE MEASURES TO THE OPERATION OF BUSINESS ESTABLISHMENTS*

Juvêncio Borges Silva<sup>I</sup>  
Felipe Barbi Scavazzini<sup>II</sup>  
Adalberto Simão Filho<sup>III</sup>

<sup>I</sup> Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil. Pós-Doutor em Direito. E-mail: jsilva@unaerp.br

<sup>II</sup> Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil. Mestrando em Direito. E-mail: felipe@ssbm.com.br

<sup>III</sup> Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil. Doutorando em Direito. E-mail: adalbertosimao@uol.com.br

**Resumo:** Para o enfrentamento do Covid-19, o Poder Público formatou políticas públicas de contenção à pandemia. O objetivo deste artigo é avaliar o controle judicial sobre as políticas públicas de isolamento e distanciamento social pela definição de medidas restritivas ao funcionamento de estabelecimentos empresariais. Em termos metodológicos, a presente pesquisa é predominante documental, a partir dos acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo. Concluiu-se que o controle judicial das políticas públicas de restrições ao funcionamento de estabelecimentos empresariais ocorre apenas nas situações de flagrante ilegalidade ou vagueza semântica do próprio ato administrativo que determinou as restrições, e não da supressão da discricionariedade da administração pública pelo Poder Judiciário.

**Palavras-chave:** COVID-19; políticas públicas; ativismo judicial; judicialização da política.

**Abstract:** In order to face the COVID-19, the Public Power developed public policies to contain the pandemic. The purpose of this article is to evaluate the judicial control over public policies of isolation and social distancing by defining measures that restrict the functioning of non-essential business establishments. In methodological terms, this research is predominantly documentary, based on the judgments of the Court of Justice of São Paulo. It was concluded that the judicial control of public policies of restrictions on the operation of business establishments only occurs in situations of flagrant illegality or semantic vagueness of the administrative act itself that determined the restrictions, and not of suppression of the discretion of the

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v17i42.732>

Recebido em: 22.04.2022

Aceito em: 12.07.2022



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

public administration by the Judiciary.

**Keywords:** COVID-19; public policy; judicial activism; legalization of politics.

## 1 Introdução

A COVID-19 é uma doença infecciosa causada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2) identificada inicialmente na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China, em 07 de janeiro de 2020. Trata-se de uma nova cepa (tipo) de coronavírus que, até então, não havia sido identificada em seres humanos<sup>1</sup>.

Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) classificou a o coronavírus como Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), mais alto nível de alerta da OMS. De acordo com o Regulamento Sanitário Internacional (RSI), a ESPII é considerada como: *“um evento extraordinário que pode constituir um risco de saúde pública para outros países devido a disseminação internacional de doenças; e potencialmente requer uma resposta internacional coordenada e imediata”*<sup>2</sup>.

Em razão da alta disseminação da pandemia do COVID-19, os avanços da doença alcançaram inúmeros países, dentre eles, o Brasil e toda a sua extensão territorial. O país, que identificou a primeira contaminação pelo novo coronavírus no final de fevereiro de 2020, na cidade de São Paulo/SP, em um paciente com histórico de viagem para Itália<sup>3</sup>, atualmente já conta com mais de 20 milhões de casos confirmados<sup>4</sup>.

Em decorrência do cenário delineado, restou ao Poder Público abrir, de modo emergencial, espaço para discussão e consolidação das políticas públicas para contenção do surto do novo coronavírus, com intuito de manejar as duas principais vertentes materializadas desta crise: o lado sanitário e o lado econômico.

As políticas públicas podem ser veiculadas e instrumentalizadas na Constituição Federal, em legislação ordinária ou mesmo em portarias, regulamentos, decretos, além de contratos com o setor privado<sup>5</sup>. Para o presente artigo, o referencial adotado para definição de política pública é referente a ação governamental, que visa realizar objetivos específicos.

Dentre as políticas públicas adotadas com o intuito de frear a disseminação do novo coronavírus, o isolamento social apresentou-se como a melhor evidência disponível para controle da pandemia, considerando que o Brasil é um país com relevante desigualdade social, especialmente no acesso à saúde, e diferentes níveis de adensamento demográfico<sup>6</sup>.

1 OPAS. Organização Pan-Americana da Saúde. **Histórico da pandemia de COVID-19**. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-COVID-19>>. Acesso em: 22. ago. 2021.

2 OPAS. Organização Pan-Americana da Saúde. **Histórico da pandemia de COVID-19**. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-COVID-19>>. Acesso em: 22. ago. 2021.

3 UNASUS. Universidade Aberta do Sistema Único de Saúde. **Coronavírus: Brasil confirma primeiro caso da doença**. Disponível em: <<https://www.unasus.gov.br/noticia/coronavirus-brasil-confirma-primeiro-caso-da-doenca>>. Acesso em: 22. ago. 2021.

4 BRASIL. Ministério da Saúde. **Painel Coronavírus**. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 22. ago. 2021.

5 BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 15.

6 MOURA, Marta Aparecida; CORREIRA, Alessandra de Oliveira; GUILHERME, Vitória Marques de

Contudo, a urgência sanitária e o isolamento social impõem relevantes impactos a setores específicos da economia. O questionamento superveniente deste embate é se a essencialidade da prestação de serviços poderia justificar a exceção ao cumprimento das regras de distanciamento social instituídos em decorrência da pandemia do novo coronavírus.

Assim, pretende-se investigar os limites e hipóteses de controle judicial dos atos administrativos que impuseram medidas restritivas ao funcionamento de estabelecimentos empresariais como parte das políticas públicas de isolamento social para enfrentamento da pandemia de COVID-19, no estado de São Paulo.

A pesquisa será realizada preponderantemente a partir da análise jurisprudencial dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) que julgaram agravos de instrumento interpostos contra decisões liminares advindas de mandado de segurança pretendendo o afastamento dos atos administrativos que impuseram o isolamento e/ou distanciamento social pela imposição de medidas restritivas ao funcionamento de estabelecimentos empresariais.

## 2 As políticas públicas de enfrentamento à pandemia do COVID-19

Segundo João Pedro Schmidt, as políticas públicas compreendem um conjunto articulado de medidas e ações tomadas pelo Estado para solucionar problemas sociais relevantes para uma determinada coletividade. Portanto, em suma, a política pública é uma resposta governamental a um problema social<sup>7</sup>.

O critério distintivo das políticas públicas para as outras ações estatais é o fato de as políticas públicas demandarem harmonia e coordenação pelo Estado, além da submissão destas ações a métricas de desempenho, eis que ações individuais ou dissociadas de avaliação não são aptas a responder definitivamente a um problema social coletivo.

Nesse sentido, no âmbito da saúde, o Ministério da Saúde conceitua políticas públicas como as “*decisões de caráter geral que apontam rumos e linhas estratégicas de atuação governamental, reduzindo os efeitos da descontinuidade administrativa e potencializando os recursos disponíveis ao tornarem públicas*”<sup>8</sup>. Nesta definição também fica evidente a necessidade de coordenação das ações como fator de redução dos efeitos de instabilidades políticas ou mudanças governamentais.

Na hipótese em estudo, é possível sintetizar alguns aspectos centrais sobre o tema, a saber: o problema social consolidado na pandemia do COVID-19 se subdivide na crise sanitária (alta disseminação da doença) e na crise econômica (paralisação dos setores da economia), enquanto a coordenação das políticas públicas direcionadas neste período está sob responsabilidade da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A esse respeito, é importante mencionar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 6343/DF, em que declarou a competência concorrente e comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios na gestão da pandemia, cabendo à primeira a

---

Sá Sanvezzo; ARANA, Alba Regina Azevedo. Políticas públicas de enfrentamento do isolamento social da pandemia da COVID-19 no interior São Paulo-Brasil. **Revista Tamoios**, São Gonçalo (RJ), ano 17, n. 1, jan-jun 2021. p. 31.

7 SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, set/dez. 2018. p. 126.

8 BRASIL. Ministério da Saúde. **Política nacional de plantas medicinais e fitoterápicos**. Brasília, 2006. p. 9.

coordenação “*geral, primordial e imprescindível*” sobre o cenário em âmbito nacional, enquanto os Estados e Municípios podem formatar políticas públicas específicas considerando as características regionais e locais, respectivamente<sup>9</sup>.

Segundo o Ministro Edson Fachin, Redator do Acórdão da ADI 6343, “*o “pior erro” na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo artigo 23 da Constituição Federal*”. Assim, a inércia de quaisquer dos entes federados não pode ser escusa para que os demais atuem e tomem as ações necessárias, respeitadas as competências definidas na Constituição Federal.

Como reportado anteriormente, o impacto econômico e a evolução da pandemia estão estritamente vinculados e, por isso, as políticas econômicas e sanitárias necessitam de coordenação conjunta. Segundo o Banco Interamericano de Desenvolvimento, a estruturação de políticas públicas de enfrentamento ao COVID-19, devem pretender a redução dos riscos sistêmicos a longo prazo, a partir dos seguintes objetivos específicos: preservação da vida, garantia de subsistência a população economicamente vulnerável e incentivos às empresas<sup>10</sup>.

No Brasil, dentre as políticas públicas até o presente momento fomentadas destaca-se as de cunho econômico, dentre elas, o auxílio emergencial, a suspensão temporária da exigibilidade de tributos, a dilação de prazo para cumprimento de direitos trabalhistas, como o FGTS, e a concessão de crédito extraordinário à setores específicos da economia.

De natureza sanitária, as políticas públicas podem ser exemplificadas pela obrigatoriedade do uso de máscaras em espaços públicos, a disponibilização do álcool em gel nos estabelecimentos empresariais, a limitação do público em locais fechados, e isolamento e/ou distanciamento social, o que inclui as medidas restritivas ao funcionamento de estabelecimentos empresariais, objeto principal do presente estudo, considerando a sua efetividade a curto prazo no controle da disseminação da doença, em vista da escassez de leitos hospitalares para atendimento simultâneo e as dúvidas sobre o tratamento/ imunização do vírus.

O isolamento e/ou distanciamento social é uma medida entre as Intervenções Não Farmacológicas (INF) que compreende o isolamento de pessoas infectadas e abstenção de aglomerações e reuniões<sup>11</sup>. Enquanto a ciência não possui respostas imediatas ao enfrentamento da pandemia, o isolamento e/ou distanciamento social se torna uma política pública possível, eis que a diminuição do nível de contaminação depende desse esforço conjunto, até que haja oferta vacinal suficiente para toda a população<sup>12</sup>.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6341/DF. Min. Rel. Marco Aurélio. DJ 15/04/2020.

10 BLACKMAN, Allen; IBÁÑEZ, Ana Maria; IZQUIERDO, Alejandro; KEEFER, Philip; MOREIRA, Maurício Mesquita; SCHADY, Norbert; SEREBRISK, Tomás. **A política pública de combate à Covid-19: recomendações para a América Latina e o Caribe**. BID: Nova Iorque, 2020. p. 6.

11 MOURA, Marta Aparecida; CORREIRA, Alessandra de Oliveira; GUILHERME, Vitória Marques de Sá Sanvezzo; ARANA, Alba Regina Azevedo. Políticas públicas de enfrentamento do isolamento social da pandemia da COVID-19 no interior São Paulo-Brasil. **Revista Tamoios**, São Gonçalo (RJ), ano 17, n. 1, jan-jun 2021. p. 33.

12 CARVALHO, Wellington Roberto Gomes de; OLIVEIRA, Stefan Vilges de; SILVA, Vivianne Peixoto da; LIMONGI, Jean Ezequiel. Distanciamento social: fôlego para ciência durante a pandemia de COVID-19 no Brasil. *Interamerican Journal of Medicine and Health*. Disponível em: <<https://iajmh.com/iajmh/article/download/113/141>>. Acesso em: 23. ago. 2021.

### 3 O Controle Judicial das Medidas de Contenção e Isolamento à Pandemia do COVID-19

A presente investigação pretende analisar a possibilidade e os limites do controle judicial de políticas públicas. Em tese, não seria possível que o Poder Judiciário se imiscuísse no mérito das políticas públicas, eis que estas devem ser implementadas pelo Poder Executivo, observados os parâmetros estabelecidos pelo Poder Legislativo<sup>13</sup>, sob pena de violação à separação dos Poderes prevista no artigo 2<sup>a</sup> da Constituição Federal.

Por isso, no exercício de suas atribuições, o gestor público tem a garantia da discricionariedade, pela qual pode formatar políticas públicas que considera adequadas para responder ao problema social em questão, respeitada a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, enquanto princípios que formatam a atuação da Administração Pública<sup>14</sup>.

Como consequência da autonomia e discricionariedade dos gestores públicos, o Poder Judiciário não pode interferir neste juízo de conveniência e de oportunidade na formatação de políticas públicas. O Poder Judiciário está limitado à conformidade dos atos discricionários à legalidade, considerando as circunstâncias fáticas<sup>15</sup>. Portanto, somente nos casos em que a política pública contrariar diretamente os limites estabelecidos pela legalidade é que o Poder Judiciário pode intervir no seu conteúdo, desprezando o juízo de conveniência e oportunidade do gestor público<sup>16</sup>.

Assim, para preservar a legalidade e a constitucionalidade, em algumas circunstâncias excepcionais, é possível que o Poder Judiciário intervenha nas políticas públicas. Por isso, considerando que a política pública é a expressão de um programa de ação governamental, é preciso fomentar o debate intrinsecamente jurídico sobre o tema, ou seja: qual é o limite de interferência do Poder Judiciário para políticas públicas sem que isso represente invasão indevida na esfera própria da atividade política de governo?

Neste sentido, Maria Tereza Sadek evidencia a presença, cada vez mais constante, do Poder Judiciário na arena pública, na medida em que extrapola questões particulares para interferir em políticas públicas. O fenômeno é denominado como ativismo judicial ou judicialização da política, conforme se coloca contra ou a favor dessa atuação do Poder Judiciário<sup>17</sup>.

No caso das políticas públicas de enfrentamento ao COVID-19, há um embate entre as políticas públicas de isolamento e/ou distanciamento social e os prejuízos decorrentes da paralisação dos setores econômicos. Neste cenário, a interpretação conforme a Constituição

13 BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 25.

14 CAMBI, Eduardo; LIMA, Diogo de Araújo; NOVAK, Mariana Sartori. Isolamento social e reabertura de atividades não essenciais: controle judicial de atos discricionários em tempos do novo coronavírus (COVID-19). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 1018/2020, p. 323 – 341, ago/2020.

15 CAMBI, Eduardo; LIMA, Diogo de Araújo; NOVAK, Mariana Sartori. Isolamento social e reabertura de atividades não essenciais: controle judicial de atos discricionários em tempos do novo coronavírus (COVID-19). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 1018/2020, p. 323 – 341, ago/2020.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 672/DF (decisão monocrática). Ministro Alexandre de Moraes, DJ 08.04.2020.

17 SADEK, Maria Tereza. **Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política**. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 6.

Federal passa pelo sopesamento da livre-iniciativa e do direito à vida, cujo critério de conciliação é a dignidade da pessoa humana<sup>18</sup>. Assim, sem trabalho, não há saúde, da mesma forma que sem saúde, não há trabalho. Portanto, há apenas uma falsa contraposição entre economia e saúde, na medida em que são áreas que são reciprocamente dependentes.

Apesar disso, de um lado, a favor da intervenção judicial nas políticas públicas que impuseram restrições ao funcionamento de estabelecimentos empresariais, questiona-se o dever dos Municípios de editar regras a esse respeito em conformidade com a Lei Federal nº 13.979/20 e o Decreto Federal nº 10.282/2020, que definiu o que seriam serviços essenciais. Além disso, defende-se a interpretação restritiva dos atos municipais que restringem a livre-iniciativa e a livre-concorrência e a interpretação ampliativa, no que tange aos diversos setores econômicos de uma determinada cadeia.

De outro lado, contra a intervenção judicial, defende-se a competência comum e concorrente dos Estados e Municípios para editar regras sobre saúde em nível local, sem hierarquia entre os entes federados, conforme entendimento do STF. Em nível mais abstrato, propõe-se a autocontenção do Poder Judiciário para evitar a interferência nas decisões dos demais Poderes, de modo que a atuação corretiva do Poder Judiciário somente deve se dar quando evidenciada ilegalidade, antijuridicidade ou violação à isonomia na conduta da Administração Pública.

Diante desse impasse, é importante compreender como, na prática, os Tribunais de Justiça – mais especificadamente, o Tribunal de Justiça de São Paulo – decidem pela adequação (ou não) da manutenção de determinadas políticas públicas restritivas do funcionamento de estabelecimentos empresariais, que, em uma parcela dos casos, atinge a essencialidade dos serviços restringidos.

#### **4 Definição do repertório de acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo**

A compreensão dos limites do controle judicial dos atos administrativos que impuseram medidas restritivas ao funcionamento de estabelecimentos empresariais como parte das políticas públicas de isolamento social para enfrentamento da pandemia do COVID-19 não poderia estar dissociada da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo.

A escolha da pesquisa jurisprudencial, enquanto procedimento metodológico, se justifica porque somente a partir da definição de um repertório de acórdãos e posterior análise dos resultados é que se pode avaliar os limites do controle judicial dos atos administrativos municipais e estaduais que estabelecem políticas públicas de restrição de funcionamento de estabelecimentos comerciais no estado de São Paulo.

A jurisprudência foi selecionada a partir de critérios institucionais, temporais e processuais. No recorte institucional, o Tribunal de Justiça de São Paulo foi escolhido como órgão jurisdicional por ser competente para dirimir a legalidade dos atos administrativos municipais estaduais no âmbito do estado de São Paulo. No recorte temporal, foi fixado o período dos acórdãos publicados entre 26 de fevereiro de 2020 até 20 de agosto de 2021, que corresponde

---

18 CAMBI, Eduardo; LIMA, Diogo de Araújo; NOVAK, Mariana Sartori. Isolamento social e reabertura de atividades não essenciais: controle judicial de atos discricionários em tempos do novo coronavírus (COVID-19). **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 1018/2020, p. 323 – 341, ago/2020.

a data do diagnóstico do primeiro caso de COVID-19 no Brasil e a data da realização desta pesquisa.

Para localizar os acórdãos, foi utilizado o sistema de pesquisa de jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>19</sup> no campo específico de “ementa”, a partir de palavras-chave que pudessem atrair o maior número possível de julgados referentes ao tema. Para restringir o número de acórdãos pertinentes ao tema pesquisado, as palavras-chave foram colocadas entre aspas e combinadas entre si pelo uso do conectivo “E” como operador padrão.

No recorte processual, as pesquisas foram direcionadas a recursos advindos de mandado de segurança, por ser esta a ação mais adequada para questionar a legalidade de atos administrativos municipais ou estaduais que impõe restrições ao funcionamento de estabelecimentos empresariais. Assim, a primeira palavra-chave eleita foi justamente “mandado de segurança”. A segunda palavra-chave foi “covid”, pois este é o contexto da formatação das políticas públicas em análise.

A combinação das palavras-chave “mandado de segurança” e “covid” retornou 1230 acórdãos, com muitos resultados envolvendo questões tributárias, trabalho remoto de servidores e escolha de vacina. Diante do grande volume de acórdãos com matérias não vinculadas ao objetivo da pesquisa, foi realizada nova pesquisa com as mesmas palavras-chave, mas restrita aos acórdãos proferidos pelas Câmaras de Direito Público do TJSP, em razão da matéria, o que resultou 898 acórdãos.

Para alcançar resultados mais precisos, foi incluída a palavra-chave “decreto”, junto às palavras-chave “mandado de segurança” e “covid”. O acréscimo da palavra-chave “decreto” se justifica porque, em pesquisa exploratória a partir dos resultados anteriores, foi identificada a repetição deste termo nos acórdãos envolvendo a temática em estudo. Com a combinação dessas palavras-chave, foram identificados 304 acórdãos.

Para restringir os resultados, além da combinação das palavras-chave “mandado de segurança”, “covid” e “decreto” na pesquisa no campo específico de ementa, foi limitada a busca dos acórdãos proferidos pelas 1ª as 13ª Câmaras de Direito Público, tendo em vista a competência material conforme a organização interna do TJSP<sup>20</sup>. A pesquisa retornou 282 acórdãos, razão pela qual foram operados mais dois critérios para definição do repertório inicial.

Além das palavras-chave “mandado de segurança”, “covid” e “decreto” na pesquisa no campo específico de ementa dos acórdãos proferidos pelas 1ª as 13ª Câmaras de Direito Público, a pesquisa também foi limitada aos acórdãos advindos de agravo de instrumento, pela escolha dessa opção no campo específico “classe”, que tivessem como assunto “funcionamento de estabelecimentos empresariais”. A pesquisa retornou 91 acórdãos.

A partir da leitura das ementas, 16 acórdãos foram descartados, dos quais 10 acórdãos não foram conhecidos, em razão de superveniência de sentença, decisões da Presidência do TJSP, supressão de instância, inépcia do recurso, revogação do decreto atacado, deserção e conexão, e os outros 6 acórdãos por envolver matérias distintas, como a reabertura de estabelecimento comercial interdito por descumprimento de decreto municipal<sup>21</sup>, suspensão da cobrança de

19 Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 20. ago. 2021.

20 Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Normas2Grau/Instrucoes/IT%20SEJ0001%20INSTRU%C3%87%C3%83O-TRABALHO-1.htm>>. Acesso em: 20. ago. 2021.

21 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 2156356-57.2021.8.26.0000. Des. Rel. Aliende Ribeiro. DJ 08.08.2021. e BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 2080534-

tributos<sup>22</sup>, acesso de imóvel rural por particular<sup>23</sup> e desistência do pedido<sup>24</sup>, conforme a tabela anexa (**Anexo 1**). Assim, o repertório definitivo ficou composto de 75 acórdãos (**Anexo 2**).

Após a definição do repertório jurisprudencial que seria objeto de análise, a leitura foi orientada a partir de questionamentos e objetivos formulados para a organização dos entendimentos majoritários e minoritários, a fim de compreender a “ratio decidendi” e extrair conclusões gerais sobre o posicionamento do TJSP em relação à interferência nas políticas públicas de restrições ao funcionamento de estabelecimentos empresariais como forma de enfrentamento ao COVID-19. Os questionamentos e objetivos estão dispostos na tabela abaixo:

Tabela 1 - Questionamentos e objetivos da pesquisa jurisprudencial

Número	Questionamento	Objetivo
1	O acórdão ratificou ou infirmou o ato administrativo?	Verificar o entendimento majoritário absoluto do TJSP
2	Houve tendência de ratificação ou infirmação em função do tempo?	Avaliar se houve mudança do entendimento majoritário ao longo do tempo
3	O julgador mantinha o seu entendimento independente do estabelecimento empresarial?	Identificar padrão decisório rígido do julgador
4	Nos acórdãos que infirmaram o ato administrativo, a atividade era essencial?	Identificar se essencialidade da atividade é uma variável decisória.

Fonte: Autor, 2021.

A leitura das fontes orientada pelos questionamentos acima conduziu a análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo.

## 5 Análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo

Os acórdãos selecionados foram analisados e divididos em 2 categorias: “Ratificados” e “Infirmados”. Pela primeira categoria, foram reunidos os acórdãos que decidiram pela manutenção dos efeitos do ato administrativo estadual ou municipal, pela reforma da decisão agravada que atribuiu efeito suspensivo ou pela manutenção da decisão agravada que indeferiu a liminar. De outro lado, a segunda categoria envolveu os acórdãos que afastaram os efeitos do ato administrativo estadual ou municipal que restringiu o funcionamento de determinado estabelecimento empresarial.

A partir dessa categorização, os 75 acórdãos selecionados foram agrupados e constatou-se que o entendimento majoritário do Tribunal de Justiça de São Paulo é no sentido de ratificar os

96.2020.8.26.0000. Des. Rel. Marcelo Semer. DJ 04.05.2020.

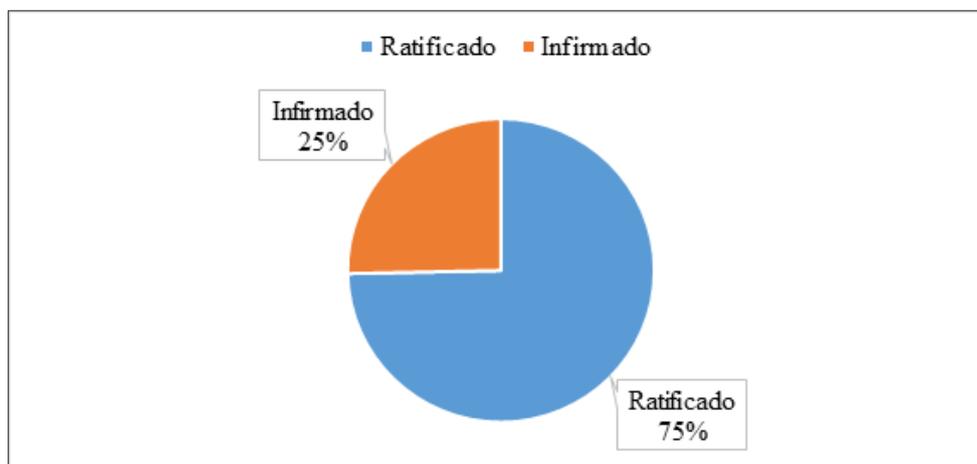
22 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 2079028-85.2020.8.26.0000. Des. Rel. Marcelo Semer. DJ 06.05.2020.

23 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 2070237-93.2021.8.26.0000. Des. Rel. Marcelo L Theodósio. DJ 21.06.2021.

24 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento 2133498-32.2021.8.26.0000. Des. Rel. Aliende Ribeiro. DJ 16.06.2021.

atos administrativos estadual ou municipal que restringiram o funcionamento de determinado estabelecimento empresarial, como se verifica pelo gráfico abaixo:

Gráfico 1 – Entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo

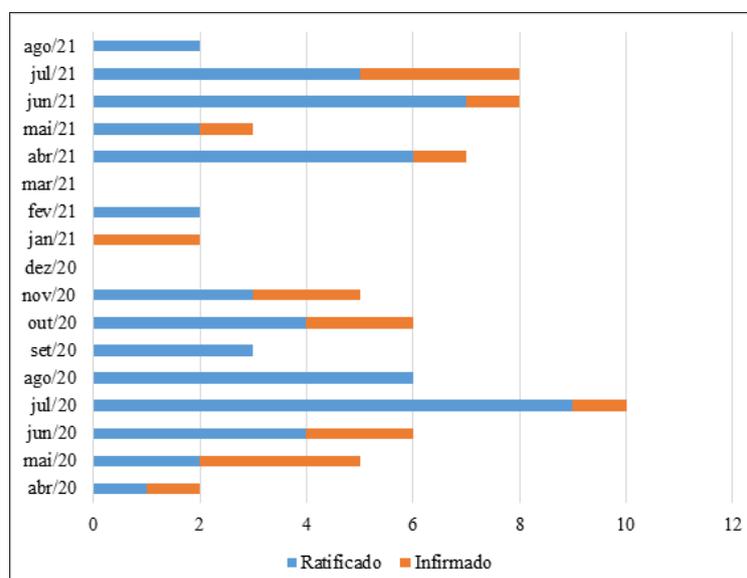


Fonte: Autor, 2021.

Apesar da ampla maioria dos acórdãos selecionados terem ratificado os atos administrativos municipal e estadual, a análise dos números absolutos pode ser insuficiente para concluir a orientação jurisprudencial. Isso porque os números absolutos ignoram a possibilidade (i) de alteração do entendimento majoritário ao longo do tempo e (ii) de estabilidade e invariabilidade dos entendimentos do Desembargador responsável pela relatoria, que impliquem desvios em razão da distribuição aleatória dos recursos.

Para afastar a simplicidade e rigidez dos números absolutos, os acórdãos selecionados foram distribuídos ao longo do tempo a partir da data de julgamento, conforme se afere pelo gráfico abaixo:

Gráfico 2 – Evolução do Entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo

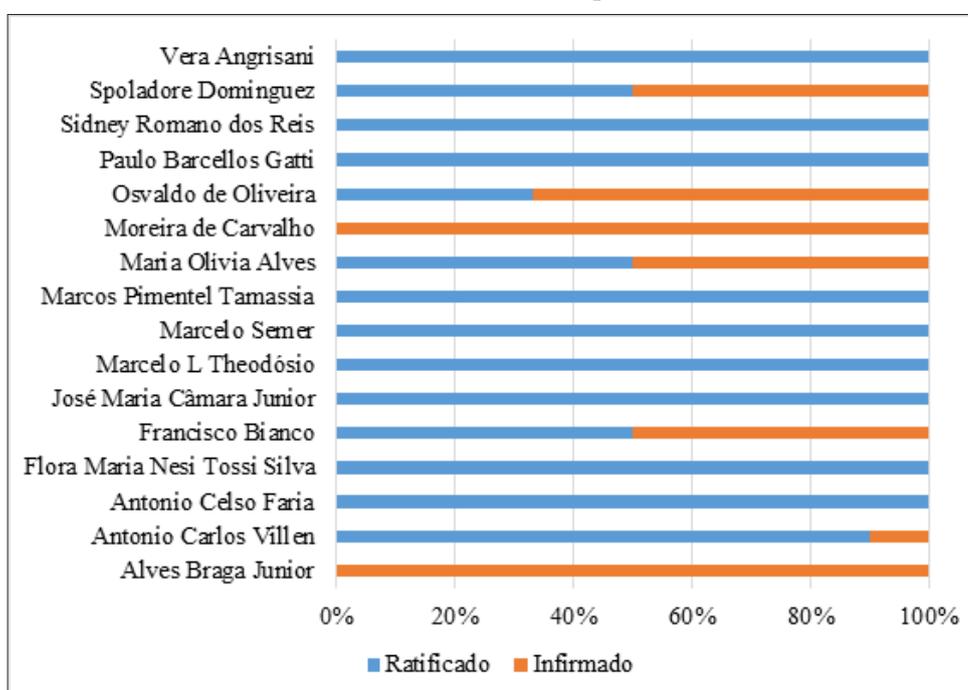


Fonte: Autor, 2021.

O gráfico acima demonstra que desde abril de 2020, quando foi identificado o primeiro acórdão a respeito da matéria, até agosto de 2021, coexistiram as decisões que ratificaram e infirmaram os atos administrativos. Portanto, não houve um entendimento preponderante ao longo do tempo, o que pode significar que os acórdãos não foram influenciados pela evolução da COVID-19 ou por questões políticas.

A segunda ressalva feita aos números absolutos da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo decorre da possibilidade que os resultados tenham sido desviados pela repetição do entendimento estável de determinado relator, para o qual foram distribuídos aleatoriamente mais recursos. Assim, foram destacados os entendimentos dos Desembargadores que relataram mais de um acórdão dentre o repertório selecionado:

Gráfico 3 – Entendimento por Relator



Fonte: Autor, 2021.

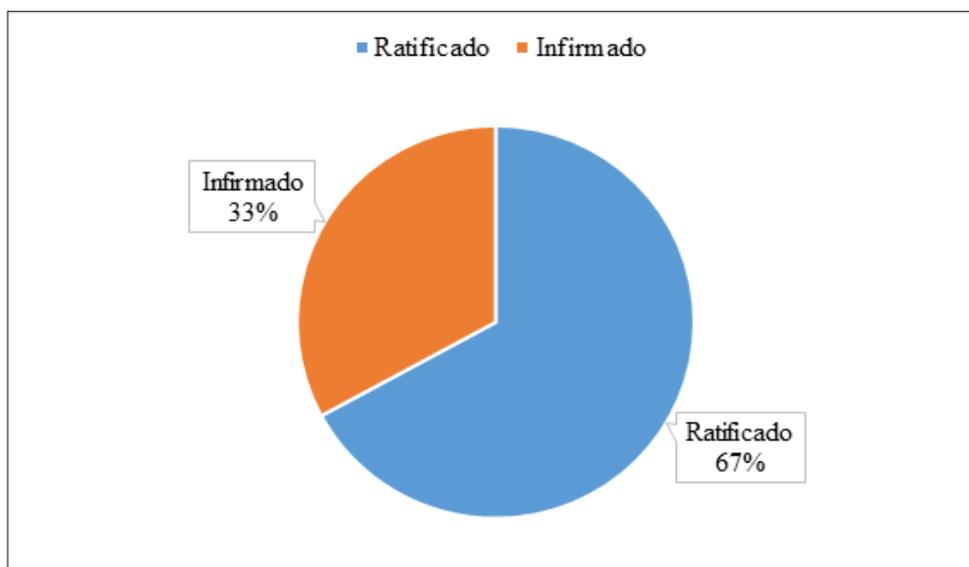
Em que pese o gráfico acima não identificou uma situação clássica de desvio da média dos números absolutos em razão do entendimento consolidado de determinado Desembargador, independentemente das condições do caso concreto, há diversos julgadores que não alteraram o seu entendimento nos acórdãos relatados. Em função disso, para afastar os vieses que a análise dos acórdãos implica, adotou-se como unidade de análise o entendimento de cada um dos Desembargadores, ao invés do acórdão individualmente considerado.

Como o objetivo da pesquisa é a aferição do entendimento médio dos Tribunal de Justiça de São Paulo e estes são formados pelos entendimentos de seus Desembargadores e considerando, conforme demonstrado no Gráfico 3, a razoável estabilidade e invariabilidade da fundamentação de cada um dos Relatores, julga-se que a unidade de análise mais correta é o entendimento médio do Relator, ao invés da média dos acórdãos.

Por esta métrica, cada Desembargador terá peso 1 (um) a ser distribuído proporcionalmente entre os seus entendimentos, se houver. Por exemplo, no caso do Desembargador Antonio Carlos

Villen, que relatou dez acórdãos, entendimentos, cada um destes terá peso 0,1 (um décimo), somando-se para chegar ao total de peso 1 (um), o que resultou no resultado ilustrado no gráfico abaixo:

Gráfico 4 – Entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo



Fonte: Autor, 2021.

O gráfico acima revela que o entendimento médio dos desembargadores é muito próximo do entendimento médio do número absoluto de acórdãos. No primeiro caso, os entendimentos que ratificaram o ato administrativo compõem 67%, ao passo que nos números absolutos, formou-se maioria de 75%. Portanto, em qualquer um dos cenários conclui-se pelo entendimento majoritário a respeito da autonomia dos entes federados na definição de requisitos para o funcionamento de estabelecimentos empresariais.

Contudo, afirmar que o Tribunal de Justiça de São Paulo tem entendimento majoritário em torno de 70% no sentido de manter a autonomia dos estados e municípios na definição de critérios para o funcionamento de estabelecimentos comerciais é parcialmente verdadeiro. Isso porque entre os acórdãos que infirmaram os atos administrativos, havia serviços considerados essenciais, conforme se verifica pela tabela abaixo:

Tabela 2 – Ramos de atividade do estabelecimento empresarial em que o acórdão infirmou o ato administrativo municipal ou estadual

Número do Processo	Relatoria	Ramo de Atividade
2070297-03.2020.8.26.0000	Spoladore Dominguez	Comércio varejista de produtos de limpeza, produtos alimentícios e produtos descartáveis em geral
2075217-20.2020.8.26.0000	Paola Lorena	Comércio de produtos de higiene e limpeza
2078074-39.2020.8.26.0000	Oswaldo Luiz Palu	Comércio de produtos de limpeza e gêneros alimentícios
2149795-51.2020.8.26.0000	Oswaldo de Oliveira	Serviço de hotelaria situado às margens de rodovia, que serve refeições a viajantes e caminhoneiros,

2136412-69.2021.8.26.0000	Oswaldo de Oliveira	Construção civil
2155366-03.2020.8.26.0000	Moreira de Carvalho	Academia de ginástica
2065794-36.2020.8.26.0000	Moreira de Carvalho	Comércio varejista de itens em geral (mercado)
2091929-51.2021.8.26.0000	Maria Olívia Alves	Serviços de estética facial, corporal, embelezamento, tratamento de cabelo e comércio de loções para beleza.
2108697-86.2020.8.26.0000	Francisco Bianco	Comércio de produtos alimentícios, bebidas e outros
2084802-62.2021.8.26.0000	Francisco Bianco	Comércio varejista de itens em geral (mercado)
2061610-37.2020.8.26.0000	Carlos Eduardo Pachi	Serviços automotivos
2067580-81.2021.8.26.0000	Antonio Celso Aguilar Cortez	Farmácia
2072558-38.2020.8.26.0000	Antonio Carlos Villen	Posto de combustíveis e derivados
2100238-95.2020.8.26.0000	Alves Braga Junior	Comércio varejista de produtos alimentícios em geral
2161499-61.2020.8.26.0000	Alves Braga Junior	Comércio varejista de materiais de construção em geral.
2207703-66.2020.8.26.0000	Alves Braga Junior	Comércio varejista de artigos de vestuário e acessórios, com atividades secundárias de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios.
2127846-68.2020.8.26.0000	Alves Braga Junior	Comércio varejista de bebidas, produtos de perfumaria e de higiene pessoal, ferragens e ferramentas, mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios
2078652-02.2020.8.26.0000	Alves Braga Junior	Comércio varejista de cosméticos, produtos de perfumaria e de higiene pessoal.
2052044-30.2021.8.26.0000	Carlos von Adamek	Comércio varejista de produtos alimentícios em geral

**Fonte:** Autor, 2021.

A análise dos ramos de atividade nos quais o Tribunal de Justiça de São Paulo autorizou o seu funcionamento, em contrariedade à previsão do ato administrativo ou diante da falta de clareza do ato administrativo, revela que a sua essencialidade ou não da atividade é um ponto decisivo na fundamentação. Pela tabela acima, nota-se que foi autorizado o funcionamento, sem restrição, de farmácias e comércios varejistas de gêneros alimentícios e higiene pessoal, que são considerados serviços essenciais.

O problema é que o critério para definição da essencialidade é político, e não jurídico. A relação de essencialidade advém de decretos municipais, estaduais e federais, passíveis de alteração por ato discricionário do Poder Executivo, o que torna a matéria instável e repleta de antinomias. Diante dessa indefinição, o Poder Judiciário avaliará casuisticamente, como no caso em que academia de ginástica e serviços estéticos foram considerados serviços essenciais.

Esses acórdãos isolados criam uma falsa percepção de discricionariedade e falta de uniformidade. A sensação não é verdadeira, porque a jurisprudência majoritária do Tribunal de Justiça de São Paulo é bastante clara no sentido de manter os efeitos dos atos administrativos

municipais e estaduais, mas oscila com relação a atividades que envolvem produtos ou serviços de primeira necessidade, como supermercados, mercearias e postos de combustíveis.

Neste contexto, é possível afirmar que o Tribunal de Justiça de São Paulo, via de regra, não interfere nos atos administrativos que impuseram medidas restritivas ao funcionamento de estabelecimentos empresariais como parte das políticas públicas de isolamento social para enfrentamento da pandemia de COVID-19.

A interferência judicial nessas políticas públicas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo ocorreu em apenas 25% dos acórdãos selecionados, e sempre nas atividades cuja essencialidade era indiscutível ou cujo critério de essencialidade não estava bem definido, em razão de conflitos entre as regras dos entes federados ou alterações das regras por conveniências políticas.

## 6 Conclusão

A investigação foi conduzida para verificar os limites e hipóteses de controle judicial dos atos administrativos que impuseram medidas restritivas ao funcionamento de estabelecimentos empresariais como parte das políticas públicas de isolamento social para enfrentamento da pandemia de COVID-19, no estado de São Paulo.

A partir da pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça de São Paulo, concluiu-se que o controle judicial das políticas públicas de restrições ao funcionamento de estabelecimentos empresariais ocorre apenas nas situações de flagrante ilegalidade ou vagueza semântica do próprio ato administrativo determinou as restrições, e não da indevida supressão da discricionariedade da administração pública pelo Poder Judiciário.

Isso se reflete no fato de que 67% da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo ratificou os atos administrativos municipais e estaduais restritivos ao funcionamento de estabelecimentos empresariais. Não obstante, os critérios operados para a pesquisa jurisprudencial impuseram limitações aos resultados passíveis de consideração, pois excluíram da análise os recursos de apelação e os recursos cujo assunto cadastrado não foi o “funcionamento de estabelecimentos empresariais”.

## Referências

BLACKMAN, Allen; IBÁÑEZ, Ana Maria; IZQUIERDO, Alejandro; KEEFER, Philip; MOREIRA, Maurício Mesquita; SCHADY, Norbert; SEREBRISK, Tomás. *A política pública de combate à Covid-19: recomendações para a América Latina e o Caribe*. BID: Nova Iorque, 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Painel Coronavírus. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 22. ago. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Política nacional de plantas medicinais e fitoterápicos*. Brasília, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. (org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMBI, Eduardo; LIMA, Diogo de Araújo; NOVAK, Mariana Sartori. *Isolamento social e reabertura de atividades não essenciais: controle judicial de atos discricionários em tempos do novo coronavírus (COVID-19)*. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 1018/2020, p. 323 – 341, ago/2020.

CARVALHO, Wellington Roberto Gomes de; OLIVEIRA, Stefan Vilges de; SILVA, Vivianne Peixoto da; LIMONGI, Jean Ezequiel. *Distanciamento social: fôlego para ciência durante a pandemia de COVID-19 no Brasil*. Interamerican Journal of Medicine and Health. Disponível em: <<https://iajmh.com/iajmh/article/download/113/141>>. Acesso em: 23. ago. 2021.

MOURA, Marta Aparecida; CORREIRA, Alessandra de Oliveira; GUILHERME, Vitória Marques de Sá Sanvezzo; ARANA, Alba Regina Azevedo. *Políticas públicas de enfrentamento do isolamento social da pandemia da COVID-19 no interior São Paulo-Brasil*. Revista Tamoios, São Gonçalo (RJ), ano 17, n. 1, pág. 29-48, jan-jun 2021.

OPAS. Organização Pan-Americana da Saúde. *Histórico da pandemia de COVID-19*. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-COVID-19>>. Acesso em: 22. ago. 2021.

SADEK, Maria Tereza. *Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SCHMIDT, João Pedro. *Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas*. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018.

UNASUS. Universidade Aberta do Sistema Único de Saúde. *Coronavírus: Brasil confirma primeiro caso da doença*. Disponível em: <<https://www.unasus.gov.br/noticia/coronavirus-brasil-confirma-primeiro-caso-da-doenca>>. Acesso em: 22. ago. 2021.