



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - PJES
RUA DESEMBARGADOR HOMERO MAFRA,60 - Bairro ENSEADA DO SUÁ - CEP 29050906 - Vitória - ES - www.tjes.jus.br

DECISÃO

SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº (SEI) 7002256-60.2021.8.08.0000

REQUERENTE: ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

REQUERIDO: FREDERICO LUIZ ZAGANELLI

RELATOR: PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO

DECISÃO/MANDADO

Trata-se de incidente pelo qual o **ESTADO DO ESPÍRITO SANTO** pretende a suspensão dos efeitos da decisão liminar proferida nos autos da ação popular n.º 0007031-68.2021.8.08.0024, ajuizada por **FREDERICO LUIZ ZAGANELLI**, em que a Magistrada atuante na 4ª Vara da Fazenda Pública Estadual, Municipal, Registros Públicos, Meio Ambiente e Saúde de Vitória/ES deferiu a pretensão liminar pleiteada para: **(i)** determinar a suspensão dos efeitos do art. 5º, IV*, do Decreto n.º 4859-R, de 03 de abril de 2021, e da Portaria n.º 068-R, de 19 de abril de 2020; **(ii)** declarar a essencialidade do direito à educação; e **(iii)** determinar o retorno às aulas presenciais da rede pública e privada de ensino do Estado do Espírito Santo, **independente da atual matriz de risco**, seguindo os protocolos de biossegurança necessários, tomando-se por analogia o Protocolo de Biossegurança para Retorno das Atividades nas Instituições Federais divulgados pelo MEC, com sistema de oferta híbrido de aulas telepresenciais e presenciais, com manutenção de até 50% (cinquenta por cento) dos alunos em sala de aula, uso obrigatório de máscaras por alunos, professores e colaboradores, fornecimento de álcool gel 70% (setenta por cento), além de distanciamento entre as mesas de cada aluno, dentre outras medidas de prevenção previstas no mencionado protocolo e recomendadas pela OMS.

Afirma o requerente que a Juíza atuante em primeira instância, desconsiderando toda a jurisprudência construída pelo STF nesse longo período de pandemia, ignorou o princípio da separação de poderes, avocou para si o exercício da direção superior da Administração Estadual (estabelecendo quais são os serviços essenciais que devem funcionar durante a pandemia), substituiu a autoridade sanitária competente para dizer que o retorno das aulas presenciais na rede pública e privada de ensino é uma medida tecnicamente segura, que não tem o condão de impactar o sistema de saúde, ignorando o quadro extremamente grave em que se encontram os hospitais das redes públicas e privadas, muitos dos quais com esgotamentos de leitos de UTI. Salienta ser notório o risco de danos à saúde pública e de lesão grave à ordem administrativa oriundo da decisão “a quo” que determinou o retorno das aulas presenciais **independentemente da classificação obtida pelo Município na matriz de risco**. Destaca que ao afastar a regra do art. 5º, IV, do Decreto Estadual n.º 4.859-R, de 03 de abril de 2021 (ato normativo que regula a situação dos Municípios em situação mais grave, classificados no risco extremo), desestruturará a política de mapeamento de risco instituída pelo Estado do Espírito Santo, o que importa manifesta lesão à ordem administrativa. Ressalta, também que a invasão da seara íntima da Administração Pública, com a substituição da metodologia empregada na política de mapeamento de risco instituída pelo Decreto Estadual n.º 4.636-R, de 19 de abril de 2020, por critérios subjetivos da Julgadora, subtrai do Chefe do Poder Executivo e de seus auxiliares a competência outorgada constitucionalmente para exercer, enquanto autoridade sanitária, a direção superior da Administração Pública

em período de grave crise, em que se exige a coordenação de esforços, o que configura lesão à ordem pública. Salienta o requerente que por questões de ordem estritamente sanitária, as atividades escolares não estão enquadradas como essenciais, de modo que a elas se aplicam a proibição de funcionamento enquanto perdurar o risco extremo e alto. Nesse cenário, em suma, o Estado propôs o presente incidente processual enfatizando que a Julgadora atuante em primeira instância, ao analisar a liminar da ação popular e deferi-la, suspendendo os efeitos do art. 5º, IV, do Decreto n.º 4859-R, de 03 de abril de 2021, e da Portaria n.º 068-R, de 19 de abril de 2020; declarando a essencialidade do direito à educação e determinando o retorno às aulas presenciais da rede pública e privada de ensino no Estado do Espírito Santo, independente da atual matriz de risco, traz evidente lesão à saúde pública, à ordem administrativa e à ordem pública. Desse modo, requer a suspensão da liminar concedida na ação popular n.º 0007031-68.2021.8.08.0024.

É o breve relatório. Decido.

A base normativa que fundamenta o instituto da suspensão (Leis Federais n.ºs. 7.347/1985, 8.437/92, 9.494/97, 12.016/09 e artigo 264 do RITJES) permite que a Presidência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspenda a execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada/provisória, deferidas contra o Poder Público. Daí por que as suspensões não se caracterizam como ato discricionário do Presidente do Tribunal.

Trata-se, consoante lição de Leonardo Carneiro da Cunha, de “incidente processual, com finalidade de contracautela, voltado a subtrair da decisão sua eficácia. No seu âmbito não se examina o mérito da controvérsia principal, aquilatando-se, apenas, a ocorrência de lesão a interesses públicos relevantes”**.

Com efeito, em sede de incidente de suspensão, não se impõe ou se autoriza o exame aprofundado da demanda subjacente, nem se forma quanto a ela juízo definitivo ou vinculante sobre os fatos e fundamentos submetidos aos cuidados da primeira instância.

Nesta senda, o artigo 4º da Lei Federal nº 8.437/92 autoriza o deferimento do pedido de suspensão de decisões liminares nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar, consoante já mencionado, grave lesão aos valores tutelados na legislação de contracautela.

Não basta, contudo, a mera alegação da ocorrência de cada uma daquelas situações lesivas, sendo necessária a efetiva comprovação do dano apontado. De fato, para a concessão desta medida excepcional, deve ser levada em consideração, primordialmente, a realidade invocada nos autos, concretamente comprovada, e não conjecturas acerca de possíveis efeitos em situações cuja ocorrência remanesce duvidosa.

Além do mais, é assente na doutrina e jurisprudência o entendimento da impossibilidade de utilização da medida de contracautela como sucedâneo recursal, já que os seus requisitos estão muito bem delineados na legislação e, ainda, se justifica pela excepcional necessidade de resguardar o interesse público, gravemente violado pelos efeitos da decisão proferida na instância primeva.

Tal asserção jurídica encontra ressonância no magistério doutrinário de Accácio Cambi e Eduardo Cambi, “in verbis”:

[...] Mecanismo foi criado em 1964 para suprir a ausência de previsão de agravo de instrumento, na Lei 1.533/51 e no Código de Processo Civil (LGL\1973\5) de 1939, contra a decisão liminar. Entretanto, o pedido de suspensão cautelar da liminar não é um recurso nem um sucedâneo de recurso. Trata-se, tão-somente, de uma possibilidade de suspensão provisória dos efeitos da liminar. Não tem natureza recursal, porque não beneficia a todos que sofrem gravame, mas exclusivamente a pessoa jurídica de direito público, além de estar condicionado a requisitos específicos – grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas – que não se contrapõem àqueles que servem de fundamento para a concessão da medida liminar (art. 7.º, II, Lei 1.533/1951). Dessa forma, não cabe ao Presidente do Tribunal reexaminar todos os aspectos que a liminar envolve, para apurar se o Juiz a quo deveria ou não concedê-la. Assim, o Presidente não tem poderes para valorar novamente os pressupostos legais que ensejaram a concessão ou a denegação da medida, uma vez que a sua cognição se restringe a examinar se a liminar, não obstante preencha ou não os requisitos legais do art. 7.º, II, da Lei 1.533/1951, acarreta grave lesão a algum dos interesses públicos contemplados no art. 4.º da Lei 4.348/1964. Por isso, o pedido de suspensão não se confunde com o agravo, já que, somente por meio deste recurso, cabe ao órgão ad quem verificar os pressupostos legais que ensejaram ou não a concessão da medida. Somente o agravo transfere ao Tribunal a possibilidade de manter ou reformar a decisão recorrida.***

Os precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ, não destoam desta linha de intelecção, consoante se vê, “in litteris”:

AGRAVO INTERNO. PEDIDO DE
SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE
SENTENÇA. NÃO CONHECIMENTO.
EXECUÇÃO POR TÍTULO
EXTRAJUDICIAL. CARÁTER
DEFINITIVO DO PROCEDIMENTO.
SÚMULA N. 317 DO STJ.

IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO DA SUSPENSÃO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS HÁBEIS PARA INFIRMAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO IMPUGNADA. 1. **A suspensão de segurança é medida excepcional de contracautela cuja finalidade é evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas (Leis n. 7.038/1990, 8.437/1992, 9.424/1997 e 12.016/2009), razão pela qual não se presta ao reexame de mérito de decisão liminar [...] (STJ, AgInt na SLS n.º 2.355/RJ, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, J 26/02/2019, DJ 01/03/2019).**

AGRAVO INTERNO NO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. PREFEITO. AFASTAMENTO TEMPORÁRIO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. GRAVE LESÃO À ORDEM JURÍDICA, ADMINISTRATIVA E ECONÔMICA. NÃO DEMONSTRAÇÃO. **VIA INADEQUADA PARA ANÁLISE DO MÉRITO DA CONTROVÉRSIA. SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.** DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTOS NÃO INFIRMADOS. 1. **O deferimento do pedido de suspensão está condicionado à cabal demonstração de que a manutenção da decisão impugnada causa grave lesão a um dos bens tutelados pela legislação de regência.** 2. **O instituto da suspensão de segurança, por não ser sucedâneo recursal, é inadequado para a apreciação do mérito da controvérsia.** 3. Mantém-se a decisão agravada cujos fundamentos não foram infirmados. 4. Agravo interno desprovido (STJ, AgInt na SLS n.º 2.425/SP, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, J 12/02/2019, DJ 15/02/2019).

Passando à análise da controvérsia propriamente dita, com base nos pressupostos legais para a suspensão perquirida, verifico que, no caso “sub examine”, o requerente sustenta, em breve síntese, que a manutenção da decisão “a quo” promoverá: (i) lesão à saúde pública (com o retorno às aulas presenciais ignorando a matriz de risco); (ii) lesão à ordem administrativa (com o afastamento da regra do art. 5º, IV, do Decreto Estadual n.º 4.859-R, com a desestruturação da política de mapeamento de risco instituída pelo Governo Estadual); e (iii) lesão à ordem pública (dada a substituição da metodologia empregada no mapeamento de risco instituído pelo Decreto Estadual n.º 4.636-R, por critérios subjetivos adotados pela Julgadora “a quo”).

Pois bem: inquestionável a situação preocupante que todos os países enfrentam com relação a pandemia COVID-19, sendo editadas no Brasil normas no âmbito federal, estadual e municipal a fim de implementar

diversas medidas objetivando reduzir a velocidade de propagação do vírus e proteger os munícipes.

A urgência em precaver a população exige ações coordenadas, conforme as peculiaridades de cada localidade, visando a prevenção e contenção de riscos e danos à saúde pública.

O controle judicial de políticas públicas constitui medida de caráter excepcional em prestígio ao princípio da separação dos poderes. O que deve prevalecer é o respeito aos critérios utilizados pelo Poder Executivo, a quem por preceito de índole constitucional cabe definir seus planos de ação no combate a pandemia. A separação dos poderes deve ser respeitada, diante da necessidade de se observar as escolhas administrativas tomadas **com base em orientações técnicas**, não competindo ao Julgador substituir o administrador nas decisões tomadas. Neste sentido é a jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do STP 393, tendo como Relator o Ministro Dias Toffoli:

[...] Ademais, **destaque-se que a tutela provisória concedida ofende a competência discricionária do chefe do Executivo, a quem incumbe escolher as medidas a serem adotadas para o combate da epidemia.** É preciso deferência a análise do poder executivo local sobre a conveniência e oportunidade de requisição de bens e serviços de saúde como medida de enfrentamento da epidemia. Neste momento não cabe ao Poder Judiciário decidir onde e como devem ser implantados leitos hospitalares, ou mesmo quais políticas públicas devem ser adotadas, substituindo-se aos gestores responsáveis pela condução dos destinos do Estado. **Apenas eventuais ilegalidades ou flagrantes violações à ordem constitucional vigente devem merecer sanção judicial, para a necessária correção de rumos, mas jamais - repita-se - promover-se a mudança das políticas adotadas, por ordem diversa do responsável pelo planejamento e execução dessas medidas. Não se mostra admissível que uma decisão judicial, por melhor que seja a intenção de seu prolator ao editá-la, venha a substituir o critério de conveniência e oportunidade que rege a edição dos atos da Administração Pública, notadamente em tempos de calamidade como o presente, porque ao Poder Judiciário não é dado dispor sobre os fundamentos técnicos que levam à tomada de uma decisão administrativa.** Assim, em meio a uma pandemia e frente a uma situação de verdadeira calamidade na área da saúde pública, parece mais adequado prestigiar a solução encontrada pelo Chefe do Poder Executivo municipal, para justificar a tomada de medidas como a edição do aludido decreto [...].

Portanto, cabe ao Poder Executivo, com exclusividade, adotar as medidas que entender razoáveis e necessárias para a circulação de pessoas e o funcionamento dos estabelecimentos comerciais e instituições de ensino.

Na hipótese em tela, a decisão impugnada, com as devidas vênias, vai de encontro ao protocolo sanitário de prevenção ao COVID-19 ao permitir o retorno às aulas presenciais sem a observância dos critérios técnicos adotados pelo Poder Executivo.

Resta cristalino que a Magistrada atuante em primeira instância buscou a salvaguarda do direito constitucional à educação em detrimento do direito constitucional à saúde, permitindo o retorno das aulas presenciais **independente da atual matriz de risco**. Todavia, data vênias, penso de maneira distinta, a meu ver, a decisão, se mantida, acarreta grave lesão à saúde pública!

Há, ainda, lesão à ordem administrativa, na medida que a nobre julgadora “a quo” afastou a regra do art. 5º, IV, do Decreto Estadual n.º 4.859-R, segundo o qual as aulas presenciais em todas as escolas, universidades e faculdades, inclusive cursos livres, das redes de ensino públicas e privada, se incluem na suspensão de funcionamento veiculada pelo art. 4º deste Decreto Estadual n.º 4.859-R, de 03 de abril de 2021, por não se tratar de serviço essencial no momento de pandemia vivenciado.

Evidente também a lesão à ordem pública, pois a manutenção dos efeitos da decisão liminar ora questionada implica nítida substituição da metodologia empregada no mapeamento de risco, baseado em estudos técnicos científicos, instituído pelo Decreto Estadual n.º 4.636-R, de 19 de abril de 2020, por critérios absolutamente subjetivos da d. magistrada.

A decisão de primeiro grau de jurisdição, apesar de fundamentada, deve ter sua eficácia suspensa, visto que, à luz das razões de ordem, saúde e economia públicas, ostenta “periculum in mora” inverso de densidade manifestamente superior àquele que, aparentemente, animou o deferimento liminar da medida. É que a decisão tem por consequência permitir a abertura dos estabelecimentos de ensino das redes pública e privada, **independentemente da atual matriz de risco**, retirando da Administração Pública Estadual seu legítimo juízo discricionário de conveniência e oportunidade quanto ao tema, **fundando em critérios eminentemente técnicos**. Sobre o assunto, cito os seguintes trechos da decisão proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça da Bahia na Suspensão de Liminar n.º 8003511-20.2021.8.05.0000:

[...] Trata-se de pedido de suspensão dos efeitos da tutela de urgência, formulado pelo MUNICÍPIO DE SALVADOR, em face do ‘decisum’, exarado pela juíza de direito da 6ª Vara da Fazenda Pública desta comarca de Salvador, no ‘locus’ da ação civil pública, nº 8015072-38.2021.8.05.0001, ajuizada pelo SINDICATO DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO DO ESTADO DA BAHIA, ora requerido. De logo, realce-se que a

magistrada de primeiro grau concedeu a tutela de urgência, porfiada, na ação originária, sob os fundamentos subdelineados: [...] Posto isso, presentes os requisitos do art. 300 do CPC, acolho o Pedido de Tutela de urgência para: 1 – Suspender o inciso I do art. 1º do Decreto Municipal n. 33.506, de 5 de fevereiro de 2021, e o Decreto Estadual n. 20.205, de 5 de fevereiro de 2021 no que toca a suspensão das aulas por sua inconstitucionalidade em razão da violação dos Princípios da razoabilidade, proporcionalidade e motivação; 2 – Autorizar o RETORNO IMEDIATO das aulas PRESENCIAIS, de forma FACULTATIVA e HÍBRIDA, nos moldes do protocolo apresentado pelo Município de Salvador das escolas particulares da capital baiana; 3 – Eventuais reedições dos decretos restritivos postergando a reabertura das escolas ficam abarcadas pela presente decisão [...].

[...] **Na espécie solvenda, bem é de ver que a decisão, exarada pela magistrada primeva, que se pretende suspender, agora e aqui, representa risco de grave lesão aos bens jurídicos, catalogados, no art. 4º, da Lei nº 8.437/92, mormente, no que pertine à ordem e à saúde públicas. Basta se leia tal ‘decisum’ para vislumbrar-se o farpeamento ao princípio da separação dos Poderes, máxime, porque, ao haver suspenso os efeitos do art. 1º, I, do Decreto Municipal nº 33.506/2021, e do Decreto Estadual, nº 20.205/2021, determinando, consecutivamente, o retorno das atividades letivas, na rede particular de ensino, “de forma facultativa e híbrida, nos moldes do protocolo apresentado pelo Município de Salvador” (sic), bem como a vedação de “eventuais reedições dos decretos restritivos postergando a reabertura das escolas” (sic), evidencia-se, incontendivelmente, uma descabida ingerência do Poder Judiciário, em matéria que se insere, na competência, constitucionalmente, outorgada aos chefes dos poderes executivo municipal e estadual, eleitos democraticamente. No particular, enfatize-se tratar-se de decisão, de natureza administrativa e normativa, decorrentemente da função típica do Poder Executivo, não havendo, portanto, espaço para uma atuação atípica do Poder Judiciário, mormente, em razão da inexistência de omissão, que autorize e legitime esta atuação. Nesta perspectiva analítica, vale aduzir que o Supremo**

Tribunal Federal, no espaço da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 672 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADPF - 672-MC, respectivamente, da relatoria do Ministro Alexandre de Moraes e do Ministro Marco Aurélio, grafou a necessidade de uma atuação coordenada e harmônica, entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, neste momento, pandêmico, voltada à efetivação concreta da proteção à saúde e à segurança sanitária e epidemiológica. [...] Vale escandir, por oportuno, que o controle judicial das escolhas públicas, implementadas pelos entes federativos, com escoras, em estudos e planejamentos, empreendidos por seus órgãos técnicos, detentores de expertise e experiência necessárias, em assuntos de elevada complexidade técnica, deve realizar-se, em menor intensidade, e com temperança, mormente, em se tratando, neste momento de enfrentamento da tenebrosa e precitada pandemia. [...] De outro ângulo de enfoque, assevere-se que, na espécie fulcral, não há dúvidas, ou entredúvidas, no que tange à existência de um conflito, entre direitos fundamentais, quais sejam, a educação e a saúde. Em tais hipóteses, a doutrina de melhor cepa reconhece o critério da harmonização para, primeiramente, buscar-se a solução do conflito. Sequencialmente, em não sendo possível a harmonização dos direitos fundamentais, em conflito, passar-se-á a analisar, no caso concreto, qual deles possui maior relevância. [...] Na hipótese dos autos, depreende-se que, neste momento, ante à impossibilidade de viabilizar-se a retomada das atividades presenciais das instituições de ensino da rede particular, do município de Salvador, sem que sejam, diretamente, afetados os direitos à saúde e, corolariamente, à vida, é incontendível que estes últimos devam prevalecer, em detrimento do direito à educação. [...] Resumindo-se, em um só lance, explicita-se que a manutenção do ‘decisum’ ‘a quo’, nos moldes em que exarado, além de vergastar, desapidadamente, o princípio da separação dos Poderes, vem ocasionando incontestável risco de lesão à ordem e à saúde públicas estaduais e municipais. [...] Pelos fundamentos predelineados, DEFERE-SE, no espaço deste incidente, o pedido de suspensão dos efeitos da tutela de urgência, editada, na ação civil pública, nº 8015072-38.2021.8.05.0001 [...].

Em outras palavras, está suficientemente configurada a lesão à ordem pública, assim entendida como ordem administrativa geral, equivalente à execução dos serviços públicos e ao devido exercício das funções da administração pelas autoridades constituídas.

Questões ligadas às medidas qualificadas para o enfrentamento da emergência da saúde pública decorrente do novo coronavírus (COVID-19) nos Municípios do Estado do Espírito Santo e ao mapeamento de risco para o estabelecimento de medidas qualificadas para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente dessa doença, no cenário atual de pandemia, estão no campo da discricionariedade, e não dos atos vinculados. Nesse sentido, como regra geral uma decisão judicial não é capaz de substituir os específicos critérios da Administração Pública, que atua em atenção à supremacia do interesse público. Ademais, **o Poder Judiciário não dispõe de elementos técnicos suficientes para a tomada de decisão equilibrada e harmônica e desconhece o panorama geral de funcionamento das estruturas públicas de todo o Estado do Espírito Santo**. Em tal direção, preleciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Com relação aos **atos discricionários**, o **controle judicial** é possível mas **terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei**. Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. **Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto**" (Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 260).

Claro está que a retomada das atividades presenciais nas unidades escolares envolve elementos ligados ao mérito do ato administrativo que não pode ser objeto de análise pelo Poder Judiciário, cujo foco deve estar ligado aos aspectos formais de validade. Se não pode invalidar, pelo mérito, o ato administrativo, é também vedado ao Poder Judiciário proferir decisão que substitua o mérito desse ato, **esse pautado em critérios técnicos, afinal, não é o Judiciário o "perito peritório" devendo ele pautar-se na ciência, na epidemiologia, na infectologia e na pediatria e, sendo esta uma questão médica, caberá a estes traçar os rumos a serem tomados, evidentemente respeitando as leis e a Constituição e os direitos fundamentais**.

A este respeito, cito recente publicação no jornal A Gazeta (17.08.2020) de autoria da professora e pesquisadora capixaba Elda Bussinger, pós-doutora em saúde coletiva pela UFRJ, doutora em bioética pela UnB e mestre em direitos fundamentais pela FDV, ao alertar para fatos e dados relevantes, ponderando que:

Paralelo a esses confrontos, assistimos também as tensas e acirradas disputas entre os defensores da proteção à vida e os defensores da economia, capitaneados por uma parcela do empresariado que com sua força política e defesa intransigente da primazia do mercado sobre tudo, nos arrastaram a uma política de confinamento parcial que somente prolongou a dor e o sofrimento, levando à morte milhares de pessoas que poderiam ter tido suas vidas preservadas não fosse a insensibilidade com a miséria e a dor daqueles que se entende, perversamente, que podem morrer.

Agora nos encontramos diante do mesmo dilema, sustentado nas mesmas premissas das controvérsias anteriores. A [ciência e a anticência](#), a economia e a vida, disputando se as escolas devem ou não ser reabertas.

Não é difícil intuir quem sairá vitorioso. **Contra todos as recomendações científicas e as evidências baseadas em uma racionalidade que deveria fundamentar a elaboração das políticas públicas, bem como contra toda a primazia dos princípios constitucionais que apontam no sentido da proteção integral e absoluta prioridade da criança e do adolescente, assistiremos ao retorno às aulas presenciais em todo o Brasil, ameaçando a vida e a saúde de nossas crianças, bem como a de tantos vulneráveis que com eles convivem e que serão afetados por esse medida.**

Em nota técnica na qual trata do assunto a Fundação Oswaldo Cruz, a mais importante e reconhecida instituição de saúde do país, alerta para os perigos dessa medida precipitada e oportunista que colocará em risco a vida de milhares de pessoas, incluindo as crianças e os que com elas convivem.

Segundo o estudo realizado pela Fiocruz, a volta às aulas poderá provocar em torno de 35 mil óbitos no país, com cerca de 927 mil pessoas necessitando de internação em UTIs. Caso isso se confirme, o que se apresenta como inevitável, considerando os estudos epidemiológicos desenvolvidos pela instituição, continuaremos a assistir a política genocida implantada no país utilizando-se agora de nossas crianças como instrumentos da necropolítica criminosa que tem

caracterizado a irresponsabilidade estatal brasileira.

Nesse sentido, e conforme já se depreende, a decisão questionada acarreta risco à ordem pública na acepção acima declinada, a dificultar e a impedir o adequado exercício das funções típicas da Administração pelas autoridades legalmente constituídas, **comprometendo a condução coordenada das ações necessárias à mitigação dos danos provocados pela COVID-19**, objetivo maior desejado, inegavelmente por todos, sem dúvidas.

Oportuno destacar que, ao ser atingido pela propagação do novo vírus, dotado de habilidade ímpar de contágio, o Estado de Espírito Santo, pelo seu Poder Executivo, vem adotando desde o início providências em todas as esferas administrativas a seu cargo, adequando-as aos diferentes estágios da crise sanitária mundial, que está, mais uma vez, em franca aceleração, infelizmente, e, tudo isso a partir da edição de normativas que levam em consideração **dados extremamente técnicos de desaceleração da contaminação**.

O Estado do Espírito Santo, pela atuação direta da Secretaria de Educação e de Saúde, ao suspender as atividades pedagógicas presenciais, procurou ainda disponibilizar conteúdos educacionais a distância. Basta atentar à divulgação diária pelos diversos veículos de imprensa das sucessivas medidas adotadas quanto à prestação do imprescindível serviço educacional. É bem verdade que o ensino presencial e o convívio social, especialmente na tenra idade, são elementos fundamentais tanto para o processo educacional e de saúde das crianças e adolescentes, contudo, para o drástico momento vivenciado mundialmente hoje, não podemos, contra a ciência, com as devidas vênias a decisão atacada, nos sobrepormos ao que dizem os especialistas estudiosos do assunto e a preservação da vida de todos, crianças, seus familiares e toda sociedade.

Finalmente, alguns pontos que julgo relevantes precisam ser destacados para corroborar esta decisão: a) é de conhecimento geral que somente recentemente os professores começaram, ainda de forma incipiente, a serem vacinados, não tendo ainda proteção e imunidade ao vírus; b) escola é lugar de proximidade constante das crianças, sendo os infantes adeptos a permanente contato físico por mais que se tente controlar; c) apesar de as escolas serem ambientes controlados, especialmente na educação infantil, os menores ainda não são dotados maturidade adequada para a exata compreensão dos perigos atualmente vivenciados, estando sujeitos a trocas permanentes de abraços, apertos de mão, troca lanches, brinquedos, materiais etc (afetos típicos da inocência da pouca idade), o que pode criar uma "teia" de transmissão ao terem contato com seus parentes em casa no retorno; c) as UTI's e leitos infantis são diferentes dos adultos e necessitam de cuidados especiais, maior isolamento, recebendo maior sobrecarga de busca em períodos em que as atividades escolares estão "normais", dentre outras questões que certamente poderiam ser mencionadas para fundamentar a presente decisão, contudo, a mais importante é a de que o que se deve privilegiar no presente momento, passageiro, é a VIDA, tanto dos infantes, quanto de todos que cuidam deles.

Em realidade, neste momento, devem ser seguidas as regras técnicas e científicas, emitidas pelas autoridades de saúde, sob pena de instalação do caos. E regras tais, ao fim e ao cabo, são da competência e responsabilidade do Poder Executivo, lastreadas sempre, como no Estado do Espírito Santo, no conhecimento científico, fato notório e incontroverso. Caso cada um, ainda que com base nesta ou naquela opinião, decida de forma isolada a respeito dos mais variados aspectos da Administração Pública no que toca à pandemia, a coordenação será impossível, com inequívocos prejuízos ao respectivo e necessário combate à doença e à sua disseminação.

Por oportuno, pelo menos no campo da razoabilidade, a cautela recomenda a observância aos parâmetros fornecidos pela ciência e, em vários países e com tais critérios, as atividades escolares presenciais foram suspensas diante da necessidade de conter o avanço da pandemia.

A preocupação com a saúde do cidadão é de todos. A vida, por evidente um direito fundamental de primeira geração, ou dimensão, deve sempre ser objeto de proteção e não há dúvidas quanto a isso. E nem poderia haver.

É dizer, a coordenação, a ser exercida pelo Poder Executivo, é imprescindível. Somente uma organização harmônica e coerente ensejará a eficiente adoção das medidas necessárias e abrangentes. Decisões isoladas, por outro lado, possuem o potencial de promover a desorganização administrativa, dificultando a evolução e o pronto combate à pandemia.

Cumprido frisar que a solução encontrada pelo Poder Executivo está cercada de todas as cautelas necessárias para a proteção contra o contágio pela Covid-19, a determinar a adoção dos protocolos sanitários específicos aprovados pela Secretaria da Saúde.

Saliento que, neste momento, devem ser seguidas as regras técnicas e científicas, emitidas pelas autoridades de saúde, sob pena de instalação do desequilíbrio total em tema de tamanha complexidade e marcado por enorme gravidade, em prejuízo do próprio cidadão que se quer tutelar. E deve ser destacado que as medidas do Estado são discutidas com toda uma equipe voltada ao acompanhamento da grave pandemia: médicos, cientistas e Secretarias da Saúde e da Educação.

Impende repisar que esta decisão, de maneira clara, tem por lastro a atuação legítima e coordenada do Estado do Espírito Santo no que tange às suas políticas públicas.

Ora, tudo isso revela que os poderes constituídos, estadual e municipal (capital), estão funcionando e lutam, como todos que possuem bom senso, por bons resultados e com lastro em critérios técnicos. Nada sugere conclusão contrária. Ocorre que essa decisão compete ao Poder Executivo, cabível a atuação do Poder Judiciário em específicas situações, aqui não materializadas.

Por oportuno, destaco que tramita no Congresso Nacional, o PL 5595/20, que versa sobre o reconhecimento da educação básica e superior em formato presencial como um direito essencial, tanto em instituições públicas como privadas e, sendo os congressistas os legítimos representantes eleitos pelo povo, certamente a eles caberá o *munus* de decidir ser o serviço educacional uma atividade essencial, não cabendo, ao menos, no presente momento, ao Poder Judiciário ditar tal regra num contexto de pandemia mundial sem precedentes e sem qualquer previsibilidade de término ou amenização da situação atualmente vivenciada.

É preciso entender definitivamente que o exame do Poder Judiciário em casos tais deve ficar adstrito à legalidade, decorrente a omissão de reflexo negativo dela. Mas não há omissão. **E não pode o Estado-Juiz substituir o Estado-Gestor por entender que a política empregada é inadequada. Faltam elementos de convicção para assentar decisão de tamanha responsabilidade.**

Na hipótese nodal, malgrado a louvável intenção da Magistrada primeva, ao delinear, no “decisum”, que se pretende suspender, neste incidente, o desiderato de dar concretude ao direito fundamental à educação, não se pode olvidar que ao Judiciário não compete imiscuir-se nas escolhas administrativas dos gestores estadual e municipal, embaraçando-lhes a implementação de estratégias e diretrizes, formuladas pelos órgãos técnicos estaduais e municipais, capacitados para tal mister.

Diante do exposto, nos termos do art. 4º da Lei Nacional n. 8.437/1992, caracterizada a lesão à saúde pública, à ordem administrativa e a ordem pública, **DEFIRO** o pedido de contracautela para suspender integralmente os efeitos da decisão liminar proferida em desfavor do Estado do Espírito Santo nos autos da ação popular n.º 0007031-68.2021.8.08.0024, até o trânsito em julgado da sentença a ser proferida na ação principal.

Remetam-se os autos para a distribuição para registro e procedimentos de estilo.

Comunique-se o juízo “a quo” acerca desta decisão via malote digital **COM URGÊNCIA**.

Remetam-se os autos à d. Procuradoria-Geral de Justiça para ciência deste “decisum”.

Serve a presente como mandado.

Publique-se.

Intime-se.

Preclusas as vias recursais, **arquivem-se** os autos observadas as cautelas de estilo.

Vitória, 21 de abril de 2021.

DESEMBARGADOR RONALDO GONÇALVES DE SOUSA

PRESIDENTE DO TJES

Notas:

* Art. 5º Incluem-se na suspensão veiculada pelo art. 4º deste Decreto: [...] IV - as aulas presenciais em todas as escolas, universidades e faculdades, inclusive cursos livres, das redes de ensino públicas e privada.

** CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 611.

*** Cabimento do Agravo de Instrumento contra as decisões interlocutórias em Mandado de Segurança. Revista dos Tribunais, vol. 790/2001, Ago/2001, p. 161 – 170.



Documento assinado eletronicamente por **RONALDO GONCALVES DE SOUSA, PRESIDENTE**, em 21/04/2021, às 15:42, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://sistemas.tjes.jus.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 informando o código verificador **0742939** e o código CRC **0AC5A789**.
