



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
SÃO JOSÉ DO CALÇADO - VARA ÚNICA

DECISÃO

AÇÃO : 65 - Ação Civil Pública Cível
Processo nº: 0000173-86.2020.8.08.0046
Requerente: MINISTERIO PUBLICO
Requerido: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

Visto em Inspeção

– Relatório –

1. Cuida-se de ação civil pública com pedido de tutela provisória aforada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO** em face do **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**.

2. Narra em síntese a peça vestibular que durante a pandemia de Coronavírus – COVID-19, o Estado do Espírito Santo tem adotado medidas de isolamento e monitoramento em parceria com os municípios, por meio do qual é elaborada uma matriz de risco, com a classificação das cidades, sendo atualmente esta cidade e comarca classificadas como de risco moderado.

Assevera que ao longo da última semana, surgiram rumores de que o Estado do Espírito Santo poderia adotar o regime de isolamento total (*lockdown*), com restrições severas à locomoção de pessoas e funcionamento de atividades, medida cuja eficiência tem sido questionada, tendo sido descartada por ora, conforme declarações oficiais do Secretário de Estado de Governo e que, em contraposição ao posicionamento em epígrafe, o Ministério Público Federal expediu a Recomendação nº 3/2020/PRM-CIT-COVID-19, direcionada ao Estado do Espírito Santo e aos Municípios integrantes da região Sul no sentido de que fosse implementado bloqueio total em seus territórios.

Pontua que, conquanto assinalado pelo Poder Executivo Estadual, ainda não é cabível a medida, que se revela extrema, incidindo em violação aos direitos fundamentais dos munícipes desta comarca e ao postulado da separação e harmonia entre os poderes.

Giza a competência deste Juízo Estadual.

Requer em tutela provisória a sustação dos efeitos da Recomendação nº 3/2020/PRM-CIT-COVID-19 em relação ao Município de São José do Calçado.

A exordial se encontra instruída por documentos.

É o relatório. **DECIDO.**

–Fundamentação –

3. O exame da matéria reclama prévia deliberação sobre a competência do Juízo e a legitimidade das partes.

DA LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA

4. Vislumbro inicialmente a legitimidade ativa do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, eis que dentro do exercício da atribuição constitucional do art. 129, III da CF/88 em busca da tutela de direitos transindividuais, em relação aos quais narra a ocorrência de violação.

Nesta toada, identifica-se ação coletiva passiva de caráter original, que reclama a averiguação da representatividade adequada do Demandado em vistas à sua legitimidade. Conforme anotam FREDIE DIDIER JR. e HERMES ZANETTI JR:

“A ação coletiva passiva pode ser classificada em original ou derivada. A ação coletiva passiva original é a que dá início a um processo coletivo, sem qualquer vinculação a um processo anterior. A ação coletiva passiva derivada é aquela que decorre de um processo coletivo “ativo” anterior e é proposta pelo réu desse processo, como a ação de rescisão da sentença coletiva e a ação cautelar incidental a um processo coletivo. A classificação é importante, pois nas ações coletivas passivas derivadas não haverá problemas na identificação do “representante adequado”, que será aquele legitimado que propôs a ação coletiva de onde ela se originou. De fato, um dos principais problemas da ação coletiva passiva é a identificação do “representante adequado”, o que levou Antonio Gidi a defender que “[p]ara garantir a adequação da representação de todos os interesses em jogo, seria recomendável que a ação coletiva passiva fosse proposta contra o maior número possível de associações conhecidas que congregassem os membros do grupo-réu.” (*Curso de Direito Processual Civil*, vol.04, 9 ed, p.377-379).

Nesta toada, a legitimidade passiva e representatividade adequada do Ministério Público Federal é inferível, a partir da atribuição de ato violador dos direitos que se intenta ver tutelados por meio da Recomendação nº 3/2020/PRM-CIT-COVID-19.

Cuida-se, bem da verdade, em última análise, da judicialização de divergência entre os órgãos do *Parquet* quanto à medida adequada para a tutela dos direitos transindividuais dos munícipes desta comarca, sendo averiguado sob tal prisma, de sorte que eventuais divergências no que tange à atribuição concorrente ou exclusiva, deverão ser dirimidas pelo Exmo. Procurador Geral da República em consonância com o precedente firmado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal na ACO 1.394/RN:

CONSTITUCIONAL. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE AGENTES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO E DOS ESTADOS. DIVERGÊNCIA “INTERNA CORPORIS”. AUSÊNCIA DE CONFLITO FEDERATIVO. INEXISTÊNCIA DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ART. 102, I, f, CF). NÃO CONHECIMENTO. 1. A divergência de

entendimento entre órgão do Ministério Público da União e órgão do Ministério Público do Estado sobre a atribuição para investigar possível ilícito de natureza penal ou civil não configura conflito federativo com aptidão suficiente para atrair a competência do Supremo Tribunal Federal de que trata o art. 102, I, f, da Constituição Federal. 2. Tratando-se de divergência interna entre órgãos do Ministério Público, instituição que a Carta da República subordina aos princípios institucionais da unidade e da indivisibilidade (CF, art. 127, parágrafo 1º), cumpre ao próprio Ministério Público identificar e afirmar as atribuições investigativas de cada um dos seus órgãos em face do caso concreto, devendo prevalecer, à luz do princípio federativo, a manifestação do Procurador-Geral da República. 3. Conflito não conhecido. (ACO 1394, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-190 DIVULG 25-08-2017 PUBLIC 28-08-2017)

Identificada, assim, em perspectiva, a legitimidade ativa e passiva dos litigantes.

DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL

5. De igual sorte, identifico como fruto da aplicação do princípio da *Kompetenz Kompetenz* a competência deste Juízo Comum Estadual para a cognição e julgamento da demanda proposta, posto como não há neste momento indicativo de interesse da União Federal e a integração do polo passivo pelo Ministério Público Federal não enseja, isoladamente, a competência *rationae personae* do art. 109, I da Constituição Federal, que assim enuncia:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Com efeito, a competência dos Juízes Federais em razão da pessoa reclama a existência de interesse da União, entidade autárquica ou empresa pública federal.

Deveras, sendo o Ministério Público Federal investido de personalidade judiciária distinta da União, dotado, assim, de independência no desempenho de suas funções – que podem inclusive ser exercidas em desfavor do ente político, certamente não se enquadra no conceito de presença da União isoladamente.

Lado outro, o conceito de interesse da União para os fins colimados pelo art.109, I da Constituição Federal pertine àquele de natureza jurídica. A respeito anota RAQUEL FERNANDEZ PERRINI:

“Diversas são as acepções do vocábulo interesse, valendo registrar as seguintes: I) genérica: vantagem ou utilidade que determinado fato, direito ou ação representa para outrem; II) econômica: expectativa de que a coisa ou fato, fundado em bem material, direito ou bem intelectual, possa ser convertido em valor pecuniário; III) jurídica: interesse legítimo e juridicamente protegido, possibilitando a defesa por seu

titular, segundo as regras de Direito. Verificamos que, embora haja proximidade entre as acepções mencionadas, “a diferença entre os interesses – latu sensu – e o interesse jurídico está em que o conteúdo axiológico daqueles primeiros é amplo e variável, na medida em que sua valoração é deixada ao livre arbítrio dos sujeitos; ao passo que o interesse jurídico, por definição, tem seu conteúdo valorativo já fixado na norma. Temos, portanto, que somente o interesse jurídico das pessoas elencadas no inciso I do art.109 da Constituição Federal firma a competência da Justiça Federal Comum para processar e julgar causas em que figurarem como autoras, rés, assistentes ou oponentes, não bastando para deslocamento da competência, a alegação de interesse econômico na demanda”. (*Competência da Justiça Federal*, 2 ed, Editora JusPodivm, p.126)

Deveras, conforme reconhecido pelo C. Supremo Tribunal Federal no exame da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341/DF, em interpretação conforme a Constituição, de que as medidas de enfrentamento à pandemia de Coronavírus – COVID 19 concernem a competência concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo submetidas, assim, ao regramento do art.23 da Carta de 1988.

Portanto, ante a edição de lei geral pela União (lei 13.979/20), fruto da conversão da Medida Provisória e situando-se a atuação do Governo do Estado do Espírito Santo dentro dos limites semânticos da norma geral, resta impossível a presunção de que existiria interesse jurídico da pessoa federal a afastar a competência deste Juízo.

Por outro lado, nítida é a hipótese de distinção entre o quadro examinado nos autos e o enfrentado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça nos autos do Agravo Interno no Conflito de Competência 157073/SP e pela 2ª Turma nos autos do Recurso Especial 1.5143935/BA.

Com efeito, os precedentes em testilha receberam as seguintes ementas:

ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. O AJUIZAMENTO DE AÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ATRAI A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. USO IRREGULAR DE VERBA FEDERAL ORIUNDA DE CONVÊNIO FIRMADO COM O MINISTÉRIO DO TURISMO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

I - O art. 109, I, da Constituição Federal, elenca, em rol taxativo, a competência da Justiça Federal, mencionando as causas a serem julgadas pelo juízo federal em razão da pessoa (*ratione personae*).

II - O enunciado n. 208 da Súmula do STJ diz respeito à seara criminal. Por consequência, no âmbito civil, deve-se observar uma distinção (*distinguishing*). Significa dizer que somente será possível se firmar uma conclusão pela competência da Justiça Federal na hipótese em que haja, efetivamente, a participação da União, de autarquia, de empresa pública e sociedade de economia mista federais, na condição de autores, rés, assistentes ou oponentes.

III - No caso dos autos, nenhuma das entidades acima referidas integram o presente processo, bem como a União manifestou expressamente intenção de não intervir no feito. Porém, a presença do Ministério Público Federal no polo ativo da ação civil pública implica, por si só, a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, supramencionado, tendo em vista que se trata de instituição federal. Precedente: REsp n. 1.513.925/BA,

Recurso Especial 2014/0213491-1, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, Julgado em 5/9/2017, Dje: 13/9/2017.

IV - No caso dos autos, o conflito de competência negativo foi suscitado nos autos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público Federal, que objetiva a responsabilização das partes requeridas pela prática de irregularidades na contratação realizada mediante inexigibilidade de licitação com recursos federais provenientes de convênios celebrados com o Ministério do Turismo.

V - Assim, considerando que se trata de ação civil pública na qual é a alegada malversação de recursos públicos transferidos por ente federal, no caso o Ministério do Turismo, justifica-se plenamente a atribuição do Ministério Público Federal, conforme prevê o art. 6º, VII, b, da Lei Complementar n. 75/93 c/c o art. 17 da Lei n. 8.429/92. Sendo assim, está correta a decisão agravada ao declarar a competência da 1ª Vara Federal Mista de Jales para processar o feito.

VI - Agravo interno improvido.

(AgInt no CC 157.073/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2019, DJe 22/03/2019) (grifei)

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESENÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NO POLO ATIVO QUE POR SI SÓ ATRAI A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, EMBORA, EM TESE, POSSA SE CONFIGURAR HIPÓTESE DE ILEGITIMIDADE ATIVA DIANTE DA FALTA DE ATRIBUIÇÃO DO RAMO ESPECÍFICO DO PARQUET. USO IRREGULAR DE RECURSOS REPASSADOS PELO FNDE AO MUNICÍPIO PARA APLICAÇÃO NO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR. PREVISÃO LEGAL DE FISCALIZAÇÃO PELO FNDE E PELO TCU. INTERESSE DE ENTE FEDERAL. ATRIBUIÇÃO DO MPF E COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. INÉPCIA DA INICIAL NÃO CONFIGURADA. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. PENA APLICADA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 7/STJ. CONFIGURAÇÃO DO ATO ÍMPROBO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INADEQUAÇÃO DA PENA DE MULTA AO DISPOSTO NO ART. 12, II, DA LEI 8.429/1992. REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO APENAS NESSE ASPECTO.

HISTÓRICO DA DEMANDA

1. Na origem, trata-se de Ação de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal contra ex-prefeito municipal, funcionário público e particular em razão de alegadas irregularidades na gestão de recursos transferidos pelo Fundo Nacional de Educação, à conta do Programa Nacional de Alimentação Escolar nos

exercícios de 1997 a 2000. O AJUIZAMENTO DE AÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL POR SI SÓ ATRAI A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL, PODENDO-SE COGITAR APENAS DE EVENTUAL FALTA DE ATRIBUIÇÃO DO PARQUET FEDERAL 2. Sendo o Ministério Público Federal órgão da União, qualquer ação por ele ajuizada será da competência da Justiça Federal, por aplicação direta do art. 109, I, da Constituição. Todavia, a presença do MPF no polo ativo é insuficiente para assegurar que o processo receba sentença de mérito na Justiça Federal, pois, se não existir atribuição do Parquet federal, o processo deverá ser extinto sem julgamento do mérito por ilegitimidade ativa ou, vislumbrando-se a legitimidade do Ministério Público Estadual, ser remetido a Justiça Estadual para que ali prossiga com a substituição do MPF pelo MPE, o que se mostra viável diante do princípio constitucional da unidade do Ministério Público. 3. O MPF não pode livremente escolher as causas em que será ele o ramo do Ministério Público a atuar. O Ministério Público está dividido em diversos ramos, cada um deles com suas próprias atribuições e que encontra paralelo na estrutura do próprio Judiciário. O Ministério Público Federal tem atribuição somente para atuar quando existir um interesse federal envolvido, considerando-se como tal um daqueles abarcados pelo art. 109 da Constituição, que estabelece a competência da Justiça Federal.

VERSANDO A AÇÃO SOBRE ALEGADA MÁ-APLICAÇÃO DE RECURSOS DO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR, CONFIGURA-SE A ATRIBUIÇÃO DO MPF E A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL 4. Fixado nas instâncias ordinárias que a origem da Ação Civil Pública é a alegada malversação de recursos públicos transferidos por ente federal (FNDE), justifica-se plenamente a atribuição do Ministério Público Federal. Precedentes do STF.

5. "1. Conflito negativo de atribuições, instaurado pelo Procurador-Geral da República, entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de São Paulo quanto a investigar irregularidades detectadas pela Controladoria-Geral da União na aplicação de recursos públicos federais no Município de Pirangi/SP.

... 3. As falhas apontadas deram-se em programas federais, os quais contam com recursos derivados dos cofres da União, o que, por si só, já resulta no imediato e direto interesse federal na correta aplicação das verbas públicas, haja vista que a debilidade de gestão resulta igualmente na malversação de patrimônio público federal, independentemente da efetiva ocorrência de desvio de verbas. No caso de eventual ajuizamento de ação civil pública, por restar envolvido o interesse da União na correta aplicação dos recursos federais, será competente a Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal. Precedente: ACO nº 1.281/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 14/12/10. ..." (STF, ACO 1.463 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, p.

01-02-2012). 6. Tratando-se de verbas do Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE, o interesse de entes federais decorria, inclusive, do art. 5º da Medida Provisória 2.178-36/2001, então vigente, que estabelecia que a fiscalização dos recursos relativos a esse programa era de competência do TCU e do FNDE. 7. Precedente

específico relativo à competência da Justiça Federal e atribuição do MPF em caso de repasse de recursos do FNDE destinados ao PNAE: AgRg no AREsp 30.160/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 20/11/2013. Colhe-se do voto da relatora que "... tratando-se de malversação de verbas federais, repassadas pela União ao Município de Canoas/RS, para aporte financeiro ao Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE/FNDE, cujo objetivo é atender as necessidades nutricionais de alunos matriculados em escolas públicas, razão pela qual é inquestionável a competência da Justiça Federal e a legitimidade ativa do MPF". 8. Apesar de o FNDE ter afirmado não ter interesse em ser incluído na relação processual, em manifestação cuja conclusão não parece poder ser extraída dos argumentos, tratando-se da correta aplicação de recursos federais sujeitos à fiscalização do próprio FNDE e do TCU, indubitável a atribuição do Ministério Público Federal para atuar no feito e, enquadrando-se o MPF na relação de agentes trazidas no art. 109, I, da Constituição, a competência da Justiça Federal. TESES RECURSAIS 9. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC/1973.

10. Não se configura inépcia da inicial se a petição contém a narrativa dos fatos configuradores, em tese, da improbidade administrativa. Sob pena de esvaziar a utilidade da instrução e impossibilitar a apuração judicial dos ilícitos nas ações de improbidade administrativa, a petição inicial não precisa descer a minúcias do comportamento de cada um dos réus. Basta a descrição genérica dos fatos e imputações.

11. Na hipótese dos autos, a referida descrição é suficiente para bem delimitar o perímetro da demanda e propiciar o pleno exercício do contraditório e do direito de defesa.

12. Caso em que o Tribunal de origem concluiu, com base na prova dos autos, que os recorrentes praticaram os atos ímprobos descritos nos arts. 10, caput, I, VIII e XI, da Lei 8.429/1992. A alteração desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ.

13. Com relação à alegação de que não houve a descrição concreta do elemento subjetivo, verifica-se que o Tribunal de origem reconheceu a sua presença: "A propósito, corroborando a sentença, o Ministério Público Federal, pelo Procurador Regional da República Antonio Carlos Alpino Bigonha, concluiu que houve locupletamento ilícito dos réus, com lesão na aplicação dos recursos repassados pelo FNDE;" (fl. 770, grifo acrescentado).

14. A jurisprudência do STJ consolidou-se no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ações de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra na Súmula 7/STJ, salvo em hipóteses excepcionais em que é manifesta a desproporcionalidade das sanções aplicadas, o que não é o caso vertente.

15. Impossibilidade de fixação da pena de multa civil para atos de improbidade administrativa que causam lesão ao Erário em valor fixo, sem prévia apuração do valor do dano, já que o art. 12, II, da Lei 8.429/1992 prevê para tal

hipótese que a pena seja estipulada tendo esse como parâmetro.

16. Em que pese não se conhecer a real extensão do dano, já que determinada sua apuração em liquidação, o acórdão recorrido atesta sua existência consignando a ocorrência de superdimensionamento das necessidades do município, com aquisição de vultosas quantias ao longo de todo o mandato do então prefeito, além da realização de pagamentos para serviços não prestados. Em virtude de terem sido causados prejuízos ao longo de anos e diante da gravidade dos fatos praticados, a multa para o recorrente Marivando Fagundes de Souza deve ser fixada em duas vezes o valor do dano, a ser apurado em liquidação. Todavia, para que não haja reformatio in pejus, a multa não poderá ultrapassar o montante estabelecido pelo Tribunal de origem CONCLUSÃO 17. Recurso Especial de Mário de Souza Porto parcialmente conhecido e não provido e Recurso Especial de Marivando Fagundes de Souza parcialmente conhecido e provido apenas para arbitrar a multa civil em duas vezes o valor dos danos, a ser apurado em liquidação, limitando-a, porém, ao valor estabelecido pelo Tribunal de origem.

(REsp 1513925/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2017, DJe 13/09/2017) (grifei)

Emana dos julgados em epígrafe fundamento determinante no sentido de que na hipótese de aforamento de ação pelo Ministério Público Federal, competente será em linha de princípio a Justiça Federal, quadro fático absolutamente diverso da espécie, em que demanda o *Parquet*, buscando a sustação de ato de atuação extrajudicial.

Tem-se, assim, para os fins do § 1º, V do art.489 do CPC/2015, hipótese de *distinguishing* que afasta a vinculatividade dos precedentes em epígrafe.

Giza-se, por oportuno, que a União deverá ser cientificada da presente demanda e ante eventual manifestação de interesse, em cumprimento à Súmula 150 do Superior Tribunal de Justiça, os autos deverão ser remetidos para apreciação pela Justiça Federal.

DA TUTELA DE URGÊNCIA

6. Entrementes, a concessão de tutela provisória de urgência reclama a identificação, sob a égide do juízo de cognição sumário que esta fase contempla, da presença concomitante dos requisitos elencados pelo caput do art.300 do Código de Processo Civil, quais sejam: (1) a **evidência da probabilidade do direito transindividual** a ser provisoriamente satisfeito, com base em um juízo de verossimilhança fática e jurídica, que denote um *fumus boni iuris*, aliado ao (2) **risco de dano atual, concreto e grave** a interesses da coletividade, concernentes, assim, ao *pericullum in mora*, associados à (3) **reversibilidade** no plano fático dos efeitos da tutela fruída.

Inicialmente identifico o requisito da probabilidade do direito a ser provisoriamente satisfeito, posto como a recomendação, no que concerne à imposição de *lockdown* nesta comarca, não se afigura como justificável.

Do exame dos autos, verifico que a Recomendação nº 3/2020/PRM-CIT COVID-19 fundou-se nos seguintes considerandos:

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, pelos Procuradores da República signatários, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, especificamente aquelas previstas nos artigos 127 e 129, incisos II e VII da Constituição da República e no artigo 6º, inciso XX, da Lei Complementar nº 75/93;

(...)

CONSIDERANDO ser fato notório a crise experimentada pelo Estado Brasileiro, bem como o seu agravamento, e pelo Estado do Espírito Santo. Confira-se, a título de exemplo:

(...)

CONSIDERANDO o Regulamento Sanitário Internacional (RSI), norma de direito público internacional, ratificado e aprovado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 395/09, promulgado por meio do Decreto nº 10.212/20;

CONSIDERANDO que o RSI (art. 43, §§ 1º e 2º) somente admite a implementação de medidas de saúde que confirmam proteção à saúde igual ou superior ao das recomendações da Organização Mundial de Saúde e que tais determinações devem ser baseadas em princípios científicos;

CONSIDERANDO a Recomendação Temporária da Organização Mundial de Saúde, de 16/04/2020, adotou, como critérios a serem atendidos antes de se adotar medidas de flexibilização do distanciamento social[1], em suma:

- a) controle da transmissão da COVID-19;
- b) capacidade do sistema de saúde de testar, isolar e tratar todos os pacientes e pessoas com as quais elas tiverem entrado em contato;
- c) capacidade dos ambientes de trabalho e demais locais em proteger as pessoas, quando do retorno das atividades;
- d) capacidade de lidar com os casos importados;
- e) consciência e engajamento das comunidades em prevenir e adotar medidas preventivas;

CONSIDERANDO que eventual não adoção da Recomendação Temporária da OMS, sem a devida fundamentação específica, viola os dispositivos cogentes do RSI, ostentando a condição de descumprimento de convenção internacional;

CONSIDERANDO que a Lei nº 13.979/20, em seu art. 3º, §1º, estabelece que as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional

decorrente da pandemia da COVID-19 somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas;

CONSIDERANDO que o crescimento exponencial do número de infectados, observado em diversos países do mundo que experimentaram picos de infecção, alguns dos quais com colapso do sistema de saúde, tem sido observado, especialmente na última semana, no Brasil[2] e, também, no Estado do Espírito Santo[3];

CONSIDERANDO que a taxa de transmissão abaixo de 1,0 é a que indica o declínio da transmissibilidade em determinada localidade[4]; e que, no Brasil, essa taxa é em média de cerca de 1,4[5], e que o Estado do Espírito Santo, segundo a Nota Técnica NIEE nº 03/2020, apresentou tendência de rápido aumento desse índice, de 1,64 para 1,84, o que demonstra que o distanciamento social mais flexível adotado recentemente não possui a mesma eficácia do modelo anterior, vez que, mesmo não havendo queda do respectivo índice de distanciamento, ocorreu a aceleração da propagação da transmissão;

CONSIDERANDO que, durante a primeira etapa do Inquérito Sorológico, que ocorreu entre os dias 13 e 15 de maio no Espírito Santo, foram realizadas 6.670 testagens entre população sorteada, pessoas que tiveram contato do sorteado positivo e pesquisadores, tendo o estudo apontado uma prevalência de 2,1% da população infectada, o que representa uma estimativa 84.391 pessoas no Estado[6], conforme a Nota Técnica NIEE nº 03/2020;

CONSIDERANDO que a estimativa de 84.391 pessoas contaminadas no estado representa uma subnotificação de casos à razão de 12:1, ou seja, a cada 1 caso confirmado, há 12 pessoas contaminadas;

CONSIDERANDO que o referido Inquérito Sorológico apontou que, das pessoas sorteadas que participaram dos testes aleatórios e testaram positivo (97 pessoas), nenhuma delas sabia que estava infectada, de forma que continuaram circulando no meio social, propiciando, assim, o incremento da disseminação do vírus;

CONSIDERANDO que, no dia 21/05/2020, o Município de Guaçuí registrou duas mortes por COVID-19 de pacientes que deixaram ser atendidas na Santa Casa de Misericórdia de Cachoeiro de Itapemirim por falta de leitos de UTI[7];

CONSIDERANDO a informação prestada pela Santa Casa de Misericórdia de Cachoeiro de Itapemirim no sentido de que chegou a atingir 100% da ocupação de leitos de UTI para pacientes com COVID-19, motivo pelo qual, no dia 21/05/2020, foram negadas vagas de UTI a 8 (oito) pacientes de municípios do Sul do estado;

CONSIDERANDO que os 20 leitos de UTI Covid do Hospital Evangélico - Unidade no Município de Itapemirim, citados no sítio eletrônico <https://coronavirus.es.gov.br/leitos-uti>, ainda não se encontram todos em funcionamento, uma vez que, conforme ofício HECI - Cor. nº 306/20, apenas 7 (sete) estão em condições de operar, tendo em vista que os demais não possuem os EPI necessários, e que todos esses 7 leitos de UTI Covid em funcionamento já se encontram ocupados;

CONSIDERANDO que o Hospital Infantil Francisco de Assis de Cachoeiro de Itapemirim, computado no cálculo da taxa de ocupação de leitos para pacientes com COVID-19 no sítio eletrônico <https://coronavirus.es.gov.br/leitos-uti>, não recebe pacientes adultos;

CONSIDERANDO que, excluindo-se os leitos do Hospital Evangélico - Unidade de Itapemirim que não estão funcionando e os do Hospital Infantil Francisco de Assis de Cachoeiro de Itapemirim (que não recebe pacientes adultos), a taxa de ocupação de leitos de UTI para pacientes com COVID-19 no sul do estado é de 82,35%;

CONSIDERANDO, dessa forma, que a informação constante no sítio eletrônico <https://coronavirus.es.gov.br/leitos-uti> de que é de 50,88% a taxa de ocupação de leitos de UTI do SUS na Região Sul do estado para pacientes com COVID-19 está incorreta e que a real taxa de ocupação é de 82,35%;

CONSIDERANDO que o Hospital Unimed de Cachoeiro de Itapemirim, único hospital particular da região sul do Espírito Santo com leitos de UTI destinados a pacientes com COVID-19, está com 70% de ocupação, tendo alcançado 100% de ocupação no dia 23/05/2020, conforme ofício DIPRE/041/2020, circunstância essa que demonstra não ser a contratação de leitos privados uma medida eficiente no sul do estado;

CONSIDERANDO o disposto no §6º, IV do art. 3º da Portaria 93-R, de 23 de maio de 2020, que regulamenta o Decreto nº 4636-R, de 19/4/2020 e dispõe sobre o mapeamento de risco para o estabelecimento de medidas qualificadas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da COVID-19, segundo o qual a taxa de ocupação de leitos de UTI para pacientes com COVID-19 observará a classificação PLANO DE CRISE, a mais grave, quando alcançar acima de 91% de taxa de ocupação;

CONSIDERANDO que a taxa de 82,35% de ocupação de leitos de UTI Covid associada à elevada taxa de transmissão (1,84) do vírus indicam o iminente COLAPSO do sistema público de saúde da Região Sul do estado, em outras palavras: o esgotamento da capacidade do sistema de saúde de acolher novos pacientes graves;

CONSIDERANDO que, diante da ausência de vacinas que curem e medicamentos que impeçam a transmissão da doença, a estratégia de **TOTAL ISOLAMENTO SOCIAL (LOCKDOWN)** é a que se tem mostrado **mais eficaz** no retardamento da velocidade de propagação da doença, com mitigação dos impactos sobre o sistema de saúde e o número de óbitos, não apenas que decorram da COVID-19 ou de sua associação a comorbidades, mas da incapacidade de adequado atendimento médico-hospitalar;

E recomendou, com validade de notificação, quanto ao que interessa ao objeto da lide, o seguinte:

RECOMENDA

1. **(a)** ao Secretário de Estado da Saúde, **(b)** ao Governador do Estado do Espírito Santo e **(c)** aos Prefeitos dos Municípios que integram a Região Sul de Saúde do Estado do Espírito Santo que:

i. referenciem os municípios em questão a outras regiões de saúde do Estado do Espírito Santo, onde haja leitos disponíveis, adotando as providências necessárias ao traslado dos pacientes que venham a necessitar de internação;

OU

ii. promovam o **TOTAL ISOLAMENTO SOCIAL (LOCKDOWN)** nos referidos municípios do Estado do Espírito Santo, até que haja demonstração de estabilização ou diminuição da curva de contaminação da COVID-19, em índice compatível com a estrutura do sistema de saúde disponível, com base em dados comprovados;

Pois bem, entendo que a recomendação no que concerne ao item “ii” em epígrafe não se justifica em relação a este município e comarca, posto como ao que se denota da documentação coligida, o Governo do Estado do Espírito Santo, tem engendrado medidas de mapeamento de risco e controle do surto do Coronavírus, dentre as quais se insere o monitoramento de casos notificados e óbitos, ocupação e instalação de leitos, suprimento de equipamentos de proteção individual, testes laboratoriais (moleculares e sorológicos), respiradores mecânicos, força de trabalho, logística e comunicação.

Ademais, esta cidade e comarca figura como local de risco moderado, conforme mapa de gestão de risco atualizado em 29/05/2020.

Desta forma, não se vislumbra indicativo de falha na atuação estatal, ao passo em que a recomendação descarta as peculiaridades deste município.

Assim, certo é que a pandemia do Coronavírus – Covid 19 traz para o Poder Público desafios até outrora inimagináveis, posto como se lida com uma crise sem precedentes, a respeito de uma doença em relação à qual ainda paira a incerteza no plano científico, contudo, a atuação do Sistema de Justiça na tutela dos direitos fundamentais deve observar com especial cautela o referido momento, monitorando as políticas públicas implementadas pela Administração e interferindo somente quando necessário, hipótese em que não se poderá reputar com a pecha de ativista ou violadora da separação dos poderes.

A respeito da matéria colhe-se recente julgado da 3ª Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo sob a relatoria do atual presidente Desembargador RONALDO GONÇALVES DE SOUSA, em que se assentou o seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL. POLÍTICAS PÚBLICAS. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. SEPARAÇÃO DOS PODERES. SEGURANÇA PÚBLICA. OMISSÃO DO ESTADO NÃO CONFIGURADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1) O direito à segurança está expressamente previsto em diversos dispositivos do ordenamento jurídico pátrio, a exemplo do art. 5º, *caput*, como um dos direitos e garantias fundamentais, bem como do art. 6º, *caput*, ambos da Constituição da República, no qual está positivado como um dos direitos sociais. 2) O art. 144, por sua

vez, especialmente no tocante à segurança pública, a estabelece como um dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através das polícias civis (inciso IV), dentre outros órgãos. 3) Às polícias civis, conforme dispõe o art. 144, § 4º, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. 4) Ilação semelhante extrai-se dos arts. 124 e 128 da Constituição do Estado do Espírito Santo, a qual prevê a segurança pública como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, garantindo às pessoas o pleno e livre exercício dos direitos e garantias fundamentais, individuais, coletivos, sociais e políticos estabelecidos na Constituição Federal e na estadual. 5) A intervenção do Poder Judiciário para assegurar políticas públicas é tema pacificado pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes STF e do TJES. 6) Contudo, as provas colacionadas aos autos pelo demandante não demonstram que o requerido tem agido de maneira omissa ou com abusiva morosidade em adotar as medidas necessárias à adequação do local discutido nos autos. O fato de ainda não se ter conclusa a completa adequação do local à acessibilidade de pessoas portadoras de deficiência física e/ou mobilidade administrativa não permite concluir que haja omissão do demandado, notadamente considerando que a realização de obras pelo Poder Público, em respeito à legislação vigente, enseja a adoção de procedimentos que levam tempo considerável para sua conclusão. Precedentes do TJES. 7) Atento ainda às razões recursais do apelante, ressalto que a jurisprudência pátria é farta no sentido de que invocar o princípio da separação dos poderes, bem como o preceito da reserva do possível, sob o intuito de obstar a efetivação de direitos fundamentais em situações análogas à presente, corresponde a um evidente retrocesso para a realidade jurídica e social hodierna, além de caracterizar um lamentável desconhecimento do papel do judiciário na democracia constitucionalmente idealizada para o Brasil. 8) Recurso conhecido e desprovido. Visto, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da 3ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Espírito Santo, em conformidade com a ata de julgamento e com as notas taquigráficas, em, à unanimidade, CONHECER do recurso de apelação e NEGAR-LHE PROVIMENTO. Vitória/ES, 10 de março de 2020. PRESIDENTE RELATOR. (TJES; AC 0000742-67.2017.8.08.0022; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Ronaldo Gonçalves de Sousa; Julg. 10/03/2020; DJES 20/03/2020) (grifei)

Presente, assim, o requisito da probabilidade do direito a ser provisoriamente satisfeito.

De outro lado, o risco de dano dimana da natureza do ato vergastado, conquanto consiste a recomendação, em conformidade com o escólio de GUSTAVO MILLARÉ ALMEIDA em “*clara advertência que as medidas*

judiciais cabíveis poderão ser adotadas a persistir determinada conduta", que pode conduzir o gestor municipal, no respeito que deve ser devotado à atuação do Ministério Público, à adoção do *lockdown*, em descompasso com a política pública estadual, com prejuízos expressivos para a economia deste município, e plausíveis efeitos negativos para a sociedade local.

Por fim, os efeitos da tutela adiantada são reversíveis *ad nutum*, sendo possível a qualquer momento o reestabelecimento da validade do ato impugnado.

Entendo, portanto, que deve ser concedida a tutela de urgência pleiteada, com a sustação dos efeitos do ato vergastado no que tange ao município de São José do Calçado até ulterior deliberação.

– **Dispositivo** –

7. Isto posto **DEFIRO** o pedido de tutela de urgência, ensejo no qual **DETERMINO** a sustação dos efeitos da Recomendação nº 3/2020/PRM-CIT-COVID-19 em relação ao Município de São José do Calçado, observando-se seus limites territoriais, encontrando-se este eximido de promover *lockdown* em cumprimento ao ato de recomendação do Ministério Público Federal, salvo a adoção de entendimento diverso pela autoridade sanitária competente, atenta à matriz de risco.

8. NOTIFIQUE-SE para imediata ciência o Exmo. Senhor Prefeito de São José do Calçado pela via mais expedita, servindo via do presente como mandado e ofício.

9. CITE-SE o Ministério Público Federal.

10. NOTIFIQUE-SE a União Federal, o Estado do Espírito Santo e o Município de São José do Calçado por seus órgãos de representação para, desejando, ingressarem no feito na forma do art. 6º, §3º da Lei de Ação Civil Pública.

Cumpra-se pelos meios digitais disponíveis em conformidade com o Ato Normativo 064/2020 do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo.

Diligencie-se.

SÃO JOSÉ DO CALCADO, Terça-feira, 2 de junho de 2020.

FREDERICO IVENS MINA ARRUDA DE CARVALHO
JUIZ DE DIREITO



Este documento foi assinado eletronicamente por FREDERICO IVENS MINA ARRUDA DE CARVALHO em 02/06/2020 às 21:42:52, na forma da Lei Federal nº. 11.419/2006. A autenticidade deste documento pode ser verificada no site www.tjes.jus.br, na opção "Consultas - Validar Documento (EJUD)", sob o número 01-5242-3563646.