

## REFLEXÕES SOBRE A LEI 13.979 E O DECRETO 10.282: DESCABIMENTO DE RESTRIÇÕES A SERVIÇOS ESSENCIAIS SEM PRÉVIA ARTICULAÇÃO COM O PODER CONCEDENTE E A AGÊNCIA REGULADORA

**Rafael Wallbach Schwind**

*Doutor e Mestre em Direito (USP)*

*Visiting scholar na Universidade de Nottingham*

*Sócio da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*

### **1. Contexto: a desorganização no momento de crise**

O país enfrenta um momento de crise severa. Atos normativos, de cunho restritivo de direitos, estão sendo editados por diversas autoridades públicas. Não há dúvidas acerca da necessidade de certos atos. No entanto, ainda que dotada de boas intenções, tal atuação tem se revelado bastante desorganizada.

Simultaneamente, o Poder Judiciário tem sido acionado para decidir liminarmente pleitos das mais diversas naturezas: pedidos de isenções tarifárias, de restrição à prestação de certos serviços, de extensão do âmbito de prestação de outros serviços. As situações são variadas.

### **2. A pluralidade de centros de poder**

A situação confirma uma constatação inquestionável: a Administração Pública é uma realidade multifacetada. Há sobreposições de competências e indefinições a respeito dos limites dos poderes de cada agente ou órgão envolvido.

Nos momentos de crise, essa problemática se intensifica. Mas não se trata apenas de uma conjuntura política, e sim de um permanente problema do nosso sistema jurídico. Já tivemos a oportunidade de tratar dessa problemática em artigo específico sobre o tema, muito antes da crise atual.<sup>1</sup> Quem trabalha com grandes empreendimentos de infraestrutura sabe das dificuldades geradas pela pluralidade de centros de poder e de controle, que muitas vezes se sobrepõem sem nenhuma preocupação de coerência. Isso só amplia os custos

---

<sup>1</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. Resolução consensual de controvérsias administrativas: elementos para a instituição da “Conferência de Serviço” no direito brasileiro. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de.; NOHARA, Irene Parícia; MARRARA, Thiago (org.). *Direito e Administração Pública: estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 831-845.

envolvidos, aumenta a morosidade decisória e, no limite, priva o país de investimentos relevantes.

### **3. A necessidade de articulação**

No entanto, justamente em momentos de crise como o atual, é ainda mais imprescindível que haja uma articulação das medidas adotadas pelos governos e órgãos de controle, em todas as esferas da Federação, notadamente em relação aos serviços públicos e privados tidos como essenciais.

Sem articulação, as medidas adotadas são ineficazes. Quando não se anulam reciprocamente, criam situações no mínimo de impossível cumprimento. Tornam-se inócuas, portanto.

A necessidade de articulação se faz ainda mais premente em relação aos serviços públicos e privados tidos por essenciais. Eventuais restrições a esses serviços devem ser objeto de uma articulação prévia entre as autoridades envolvidas.

### **4. A edição da Lei 13.979 e do Decreto 10.282**

Justamente para organizar as medidas de enfrentamento da crise, foram editados a Lei 13.979, de 6.2.2020, e o Decreto 10.282, de 20.3.2020.

#### **4.1. Premissa essencial: a necessidade de resguardar os serviços públicos e atividades essenciais**

A Lei 13.979 estabelece que as medidas nela previstas (de isolamento, requisição de bens e serviços, dentre outras) deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais (art. 3º, § 8º).

Trata-se de premissa básica, a ser analisada em face de cada restrição criada. Os serviços públicos e atividades essenciais deverão ser resguardados no âmbito das medidas restritivas que venham a ser tomadas.

#### **4.2. A relação de serviços públicos e atividades essenciais**

O § 9º do art. 3º da Lei 13.979 estabeleceu que decreto do Presidente da República disporá sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

Nesse sentido, o Decreto 10.282 estabeleceu um amplo rol (exemplificativo) de serviços públicos e atividades consideradas essenciais (art. 3º, incisos I a XXXV). O § 2º ainda estabeleceu que “Também são consideradas essenciais as atividades acessórias, de suporte e a disponibilização dos insumos necessários a cadeia produtiva relativas ao exercício e ao funcionamento dos serviços públicos e das atividades essenciais”.

### **4.3. A previsão de articulação prévia ao estabelecimento de limitações aos serviços públicos e atividades essenciais**

Um dos dispositivos mais relevantes da Lei 13.979 é a previsão do § 10 do art. 3º.

O dispositivo estabelece que “As medidas a que se referem os incisos I, II e VI do *caput*, quando afetarem a execução de serviços públicos e atividades essenciais, inclusive as reguladas, concedidas ou autorizadas, somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador”.

Para regulamentar esse dispositivo, o § 6º do art. 3º do Decreto 10.282 ainda estabeleceu que “As limitações de serviços públicos e de atividades essenciais, inclusive as reguladas, concedidas ou autorizadas somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que em articulação prévia do com o órgão regulador ou do Poder concedente ou autorizador”.<sup>2</sup>

Portanto, a Lei 13.979 e o Decreto 10.282 são muito claros em estabelecer que as limitações aos serviços públicos e atividades essenciais, inclusive as reguladas e concedidas, somente podem ser adotadas se tomadas em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente.

O objetivo é justamente garantir que haja uma centralização e uma articulação na definição das medidas restritivas. Afinal, o poder concedente e a agência reguladora competente têm uma visão mais ampla do serviço e podem definir previamente se, por exemplo, a restrição colocará em risco a própria prestação da atividade.

Ainda que bem intencionadas, as restrições aos serviços e atividades essenciais que não tenham passado pelo crivo da articulação prévia determinada pela Lei 13.979 e pelo Decreto 10.282 serão inválidas.

Assim, por exemplo, suponha-se que um determinado Município determine o fechamento de uma praça de pedágio objeto de uma concessão rodoviária estadual, ou ainda que estabeleça isenções tarifárias e outras medidas similares sobre uma concessionária de saneamento, que tenha uma atuação mais ampla baseada em um contrato de programa. Nesses casos e em outros similares, as medidas somente serão válidas se produzidas mediante a articulação prévia – além de, evidentemente, atenderem a outras garantias essenciais, como a proporcionalidade e a razoabilidade.

---

<sup>2</sup> A preposição “do” constante do dispositivo é evidentemente um mero equívoco de redação, perfeitamente compreensível no momento. O dispositivo é claro em estabelecer que deve haver articulação da autoridade que pretende impor uma medida de limitação “com” a agência reguladora ou o poder concedente.

#### **4.4. Ausência de supressão de competências**

Um questionamento tem sido levantado em face do § 10 do art. 3º da Lei 13.979 e do § 6º do art. 3º do Decreto 10.282. O de que tais previsões restringiriam as competências das autoridades envolvidas.

Os dispositivos em questão de nenhum modo retiram competências das autoridades envolvidas. Não se trata disso. Trata-se, na verdade, apenas de exigir organização e articulação, para que não haja determinações contraditórias e que acabem por se anularem reciprocamente. A rigor, essa já é uma decorrência do princípio da eficiência que rege a atuação da Administração Pública.

Vale dizer: as autoridades competentes para a prática de qualquer ato mantêm as suas competências. Apenas criou-se o dever expresso de que as medidas restritivas que venham a editar passem pelo crivo de uma articulação prévia com o poder concedente e o órgão regulador – que também têm as suas próprias competências.

A rigor, as regras em comento são salutares e devem ser de aplicação permanente. Em momentos de crise como o atual, apenas fica reforçada a sua necessidade.

#### **4.5. A questão dos órgãos de controle**

Outra questão que se põe diz respeito aos órgãos de controle.

Parece-nos que os órgãos de controle também têm o dever geral de promover a mesma articulação quando determinam medidas restritivas sobre serviços e atividades essenciais no atual momento de crise.

Primeiro, porque os dispositivos legais não excepcionam a sua aplicabilidade aos órgãos de controle. Estabelecem que as restrições precisam de uma articulação prévia.

Segundo, porque não há motivo para que restrições provenientes de órgãos de controle, no atual momento, sejam uma exceção à necessidade de maior coordenação e organização. Afinal, os seus efeitos práticos podem ser igualmente calamitosos, com a potencialidade de colocar em risco a prestação de serviços e atividades essenciais.

Ressalte-se novamente que os dispositivos não têm o condão de excluir competências dos órgãos de controle. Os órgãos de controle devem continuar realizando o seu ofício normalmente. No entanto, é necessário que os órgãos de controle tenham consciência de que certas determinações podem sim colocar em risco a continuidade de serviços públicos e atividades essenciais e, na

medida do possível, devem levar em conta o contexto atual, que é evidentemente excepcional.

#### **4.6. A questão da atuação do Poder Judiciário**

Outro tema relevante refere-se à atuação do Poder Judiciário.

Há diversas ações judiciais, propostas pelo Ministério Público, associações, sindicatos e autores populares, postulando limitações a serviços públicos e atividades essenciais (liberação de cancelas de pedágio, isenções tarifárias de saneamento e energia elétrica etc.).

No atual contexto de crise excepcional, para que não haja a frustração da determinação normativa de articulação prévia, tão essencial neste momento, caberá ao Poder Judiciário estar atento para verificar se a limitação pretendida atendeu essa exigência. Estando ausente a articulação prévia, a medida de urgência deverá ser rejeitada até que seja observada essa determinação.

Portanto, caberá ao Judiciário, num primeiro momento e ainda que em prazo exíguo, ouvir previamente o poder concedente e a agência reguladora do serviço sobre a medida pretendida. Do contrário, toda a articulação necessária restará frustrada.

Depois dessa audiência prévia, a apreciação de mérito deverá levar em conta as ponderações apresentadas pelo poder concedente e pelo órgão regulador, com a cautela para que não seja invadido o mérito do ato administrativo que avaliou (e eventualmente recusou) a limitação questionada pelo autor da ação.

#### **4.7. Em suma: o dever geral de autocontenção em suas múltiplas facetas**

Há, portanto, no atual momento de crise, um dever geral de autocontenção por parte de todos os atores envolvidos. Esse dever geral se revela em múltiplas facetas:

- (1) Primeiro, a Administração Pública somente deve adotar medidas restritivas sobre serviços públicos e atividades essenciais que tiverem passado pelo crivo do dever legal e regulamentar de articulação com o poder concedente e o órgão regulador;
- (2) Segundo, o crivo de articulação deve observar os deveres de proporcionalidade e razoabilidade na adoção de qualquer medida restritiva sobre serviços públicos e atividades essenciais. Esse dever tem inclusive natureza fiscal, uma vez que toda e qualquer providência

restritiva poderá dar ensejo a medidas futuras de reequilíbrio econômico-financeiro<sup>3</sup>;

- (3) Terceiro, os órgãos de controle devem observar que eventuais medidas que vierem a ser determinadas podem igualmente afetar outro valor essencial, que é a necessidade de resguardar os serviços públicos e atividades essenciais. Assim, eventuais medidas, além de proporcionais e razoáveis, devem observar o contraditório e igualmente o dever de articulação, o que é resultado inclusive de uma concepção consequentialista dos atos administrativos de controle (consagrada pelas recentes alterações na LINDB, diga-se de passagem);
- (4) Quarto, sempre que provocado para impor restrições liminares a serviços públicos e atividades essenciais, o Poder Judiciário deve em regra ouvir previamente o poder concedente e o órgão regulador, de modo a não frustrar essas atividades. Ações judiciais que pretendam provimentos urgentes podem até ser cabíveis em tese, mas o Judiciário tem de estar atento para, neste momento, evitar frustrar a articulação que é imprescindível para o enfrentamento da crise. Além disso, o Poder Judiciário deverá reprovar restrições impostas pela Administração Pública que não observaram o dever legal e regulamentar de articulação prévia.

#### **4.8. Âmbito de aplicação do Decreto**

Por fim, é importante ressaltar que o Decreto 10.282 tem aplicação a todas as esferas da Federação. O art. 2º é claro a esse respeito: “Este Decreto aplica-se às pessoas jurídicas de direito público interno, federal, estadual, distrital e municipal, e aos entes privados e às pessoas naturais”.

Nem poderia ser diferente. É necessário que todas as esferas estejam articuladas em combate à crise.

Portanto, determinações de Estados e Municípios, inclusive seus órgãos de controle, devem observar as previsões do Decreto.

### **5. Cabimento de suspensão de liminar por concessionárias de serviços públicos**

---

<sup>3</sup> Evidentemente, a futura medida de reequilíbrio não envolverá necessariamente o emprego de recursos públicos. Poderá resultar em prorrogações contratuais, alteração de valores de tarifas, modificação de encargos contratuais etc. De todo modo, há um impacto futuro que é certo e que constitui inclusive uma garantia constitucional (CF, art. 37, XXI).

Diante de eventual restrição liminar que não observou o dever legal e regulamentar de articulação prévia, a concessionária de serviço público afetada terá a possibilidade de requerer inclusive a suspensão da liminar.

Afinal, decisões liminares nesse contexto podem colocar em risco a ordem, a segurança, a saúde e a economia públicas, nos exatos termos do art. 4º da Lei 8.437.

Assim, de acordo com o art. 4º, *caput*: “Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar 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 grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

Nesse sentido, há muito tempo os Tribunais Superiores já pacificaram a possibilidade de concessionárias de serviços públicos pleitearem a suspensão de liminares (v.g. STF – SL n. 111/DF, DJ de 2.8.2006; STJ – AgRg na SS n. 1.277/DF).

A suspensão de liminar pode não apenas suspender as liminares atacadas pelo incidente, como também impedir previamente decisões similares. Bastará, nesse caso, mero aditamento por parte do requerente.

Nesse sentido, o § 8º do art. 4º da Lei 8.437 estabelece que “As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original”.

Como já pacificou o STJ:

SUSPENSÃO DE LIMINAR. DISTRITO FEDERAL. CURSO DE HABILITAÇÃO DE OFICIAIS ADMINISTRATIVOS, ESPECIALISTAS E MÚSICOS (CHOEM). SUSPENSÃO DE ATO ADMINISTRATIVO REFERENTE A OFERTA DE VAGAS. SITUAÇÃO DE GRAVE RISCO À SEGURANÇA E À ECONOMIA PÚBLICAS.

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. 8.038/1990, 8.437/1992, 9.494/1997 e 12.016/2009), razão pela qual não se presta ao reexame de mérito de decisão liminar.

**2. A possibilidade de estender os efeitos da medida suspensiva às liminares supervenientes com idêntico objeto está expressamente prevista no art. 4º, § 8º, da Lei n. 8.437/1992.**

3. Mantém-se a decisão agravada cujos fundamentos não foram infirmados.

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt na SLS 2.417/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/05/2019, DJe 24/05/2019)

No atual momento, absolutamente excepcional, essa regra é um instrumento importante para garantir um bem comum maior, que só será atingido com a articulação prevista na Lei 13.979 e no Decreto 10.282.

## **6. Precedentes judiciais no atual momento de crise**

Ainda que sem mencionar expressamente a Lei 13.979 e o Decreto 10.282, já há precedentes que têm observado a necessidade de cautela e autocontenção no atual momento de crise.

Dois exemplos ilustram bem isso.

Na Tutela Cautelar Antecedente nº 5001901-53.2020.8.24.0007/SC, o TJSC, ao apreciar pedido formulado pelo Município de Governador Celso Ramos, que pretendia a designação de efetivo da Polícia Militar, Corpo de Bombeiros Militares e Vigilância Sanitária Estadual para auxiliarem o Município, dentre outros, em ações de prevenção, inspeção de automóveis, fiscalização das praias e do comércio, entendeu por rejeitar o pedido justamente por não se articular com outras medidas em curso e que demandam uma coordenação.

De acordo com a decisão:

“Questões relacionadas à pandemia Coronavírus no âmbito do público em geral têm uma verticalidade no sentido União, Estados e Municípios, que preserva uma unidade de tratamento referentemente à proteção da vida humana, especialmente de caráter geral. Assim, também muito necessário preservar as Autoridades, de direito e de fato, que administram o interesse geral dos entes sob proteção do Estado.

No caso, o Estado de Santa Catarina que é o sabedor, com primazia, da sua estrutura disponível e das necessidades dos seus Municípios, em razão de vários aspectos, tais como extensão territorial, demografia e estrutura de saúde (prédios, equipamentos e profissionais de saúde, por exemplo).

Desse modo, seria odioso, nefasto e péssimo exemplo deferir-se medida que contenha perfil sectário nestas circunstâncias de calamidade pública e recomendações de absoluta igualdade de tratamento a todos os habitantes de Santa Catarina.



Ao largo, frise-se, conforme amplo noticiário estadual e nacional, que o Exmo. Sr. Governador do Estado, Carlos Moisés da Silva, tem tomado todas as providências cabíveis, inclusive com acompanhamento diário da pandemia do Coronavírus.

Também, deveras lamentável que autoridades públicas tomem, unilateralmente, medidas que importem em espetacularização de situação que, por si só, já é dramática, visando iludir a boa-fé e exacerbar o ânimo negativo moral da população em hora tão difícil. Ao Juízo não é dado ignorar, tanto que públicas, as exageradas e acintosas atitudes praticadas pelo representante legal do Requerente, Exmo. Sr. Prefeito Municipal, Juliano Duarte Campos, há dias e intensamente pelas redes sociais da região.

Detestável, nas circunstâncias atuais, pois tal comportamento menos contribui e muito mais é fator complicador ao estado de espírito da comunidade que administra, esperando-se, ao contrário, sempre acentuada responsabilidade do mandatário público. Absolutamente, não é hora do proselitismo político-eleitoral.”

A Presidência do TJSP, no pedido de Suspensão de Liminares nº 2054679-18.2020.8.26.0000, suspendeu três decisões liminares que determinavam o bloqueio de rodovias.

De acordo com a decisão:

“Assim, neste momento de enfrentamento de crise sanitária mundial, considerando todos os esforços envidados hora a hora pelo Estado, decisões isoladas, atendendo apenas parte da população, têm o potencial de promover a desorganização administrativa, obstaculizando a evolução e o pronto combate à pandemia”.

## **7. Conclusão**

O atual momento é muito peculiar. A Lei 13.979 e o Decreto 10.282 estabeleceram regras importantes sobre a articulação na edição de restrições a serviços públicos e atividades essenciais. Além de se tratar de uma medida imprescindível no atual momento de crise, espera-se que essa solução torne-se regra geral não só para momentos de crise. Afinal, a necessidade de coordenação é essencial para a segurança jurídica e a própria eficiência da Administração Pública. Longe de afastar o exercício de competências, a articulação é um pressuposto de atuação válida da Administração Pública.

**Informação bibliográfica do texto:**

SCHWIND, Rafael Wallbach. Reflexões sobre a Lei 13.979 e o Decreto 10.282: descabimento de restrições a serviços essenciais sem prévia articulação com o poder concedente e a agência reguladora. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 157, março de 2020, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].