

# REVISTA DA ESDM



Revista da ESDM - 2020 - v.6 - n.12

## Staff da Revista da ESDM

**Diretor Geral da ESDM** : Alexandre Salgado Marder

**Diretora Editorial (Editora-Chefe)**: Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira

**Diretora Institucional**: Alexandra Cristina Giacomet Pezzi

**Diretoria de Comunicação**: Carin Prediger, Márcia Rosa de Lima e André Santos Chaves

## Integrantes do Conselho Editorial

Alexandra Cristina Giacomet Pezzi (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Alexandre Salgado Marder (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Aloisio Cristovam dos Santos Junior (Centro Universitário da Bahia - Simões Filho, BA, Brasil)

André Santos Chaves (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Arcia Fernandes (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Arthur Maria Ferreira Neto (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Porto Alegre, RS, Brasil)

Carlos Augusto Silva (Universidade Federal do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Carolina Cardoso Guimarães Lisboa (Centro Universitário de Brasília - Brasília, DF, Brasil)

Cintia Estefania Fernandes (Procuradoria Geral do Município de Curitiba - Curitiba, PR, Brasil)

Cláudio Fortunato Michelon Jr. (University of Edinburgh - Escócia)

Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira (Procuradoria-Geral do Município - Porto Alegre, RS, Brasil)

Daniela Silva Fontoura de Barcellos (Universidade Federal do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Francisco Bertino Bezerra de Carvalho (Universidade Federal da Bahia - Salvador, BA, Brasil)

José Sérgio da Silva Cristóvam (Universidade Federal de Santa Catarina - Florianópolis, SC, Brasil)

Leandro Martins Zanitelli (Universidade Federal de Minas Gerais - Belo Horizonte, MG, Brasil)

Luciola Maria de Aquino Cabral (Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza - Fortaleza, CE, Brasil)

Luiz Gustavo Levate (Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte - Belo Horizonte, MG, Brasil)

Luiz Henrique Antunes Alochio (Universidade Federal do Espírito Santo - Vila Velha, ES - Brasil)

Marcelo Sampaio Siqueira (Centro Universitário 7 de Setembro - Fortaleza, CE, Brasil)

Márcia Rosa de Lima (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Márcio Augusto Vasconcelos Diniz (Faculdade de Direito, UFC - Fortaleza, CE, Brasil)

Marco Ruotolo (Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre - Itália)

Maren Guimarães Taborda (Fundação Escola Superior do Ministério Público do RGS - Porto Alegre, RS, Brasil)

Raffaele de Giorgi (Università del Salento - Itália)

Rodrigo Brandão (Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Vanêscia Buzelato Preste (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Vanice Regina Lirio do Valle (Universidade Estácio de Sá - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Vasco Manuel Pereira da Silva (Universidade de Lisboa - Portugal)

Hamilton da Cunha Iribure Júnior (Faculdade de Direito do Sul de Minas - Pouso Alegre, MG, Brasil)

## Pareceristas

André Santos Chaves (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

Carlos Silva dos Santos Thomaz (Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Cintia Estefania Fernandes (Procuradoria-Geral do Município de Curitiba - Curitiba, PR, Brasil)

Fernando Gaburri de Souza Lima (Ministério Público do Estado da Bahia - BA, Brasil)

Fernando Machado de Souza (Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, UEMS - MS, Brasil)

Francisco Lisboa Rodrigues (Universidade de Fortaleza, Centro de Ciências Jurídicas - CE, Brasil)

Gabriela Lema Icasuriaga (Universidade Federal do Rio de Janeiro - RJ, Brasil)

Hamilton da Cunha Iribure Júnior (Faculdade de Direito do Sul de Minas, FDSM - MG, Brasil)

Márcia Rosa de Lima (Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre - Porto Alegre, RS, Brasil)

## Editoração

Amanda Costa Moreira Teixeira

## Ficha catalográfica

---

Revista da ESDM [recurso eletrônico] / Fundação Escola Superior de Direito Municipal – Vol. 6, n. 12 (2020) - .  
Porto Alegre: ESDM, 2015 -

Semestral

ISSN online 2595-7589

Editora responsável Cristiane C. Fagundes de Oliveira

1. Direito - Periódicos. 2. Direito Municipal. I. Fundação Escola Superior de Direito Municipal - ESDM. II. Título.

CDU 34(05)

---

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Caroline Silveira Sarmento – CRB10/2240

<b>Apresentação.....</b>	<b>5</b>
<b>O ALCANCE DAS EXCEÇÕES DO ART. 8º, IV DA LEI COMPLEMENTAR FEDERAL Nº 173/2020</b>	
<b>Marcelo Rodrigues Mazzei.....</b>	<b>7</b>
<b>CIDADE E DIREITOS SOCIAIS: CONFRONTO ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CURSO DA PANDEMIA POR COVID-19</b>	
<b>Arícia Fernandes Correia, Tatiana Mota Pinheiro Marinho e Gláucia Sayuri Takaoka</b>	
<b>.....</b>	<b>19</b>
<b>ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NA SOCIEDADE COMPLEXA: A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS</b>	
<b>Kátia Silene Sarturi.....</b>	<b>44</b>
<b>PANDEMIA E JUDICIALIZAÇÃO DA CRISE: A NECESSIDADE DE DIÁLOGO INSTITUCIONAL E DA OBSERVÂNCIA DA MEDICINA BASEADA EM EVIDÊNCIAS</b>	
<b>Arícia Fernandes Correa e Rodrigo Nóbrega Farias.....</b>	<b>67</b>
<b>PRESCRIÇÃO E CRÉDITO TRIBUTÁRIO</b>	
<b>Tatiane Mattos França Bohmer e Livia Pachalski Santin .....</b>	<b>84</b>
<b>TRANSMISSÃO UNILATERAL SUBJETIVA ATIVA DAS OBRIGAÇÕES: CESSÃO DO CRÉDITO</b>	
<b>Eduardo de Sampaio Leite Jobim.....</b>	<b>97</b>
<b>CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – TST (ARTIGO 702, ALÍNEA F, DA CLT)</b>	
<b>Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira .....</b>	<b>120</b>

## Apresentação

A *Revista da ESDM* é um periódico científico semestral, com publicações ininterruptas desde 2015, que tem por missão promover o aprimoramento dos estudos na área do Direito, especialmente na área do Direito Público Municipal. A revista oferece acesso livre imediato ao seu conteúdo, seguindo o princípio de que disponibilizar gratuitamente o conhecimento científico ao público e proporcionar maior democratização mundial do conhecimento.

Nesta perspectiva, apresentamos a edição número 12 que reúne sete artigos produzidos por procuradores municipais, professores e pesquisadores, com a presença de autores mestres e doutores, que abordam diferentes temáticas trazendo conteúdos que congregam novas contribuições para o debate sobre: administração pública, direitos sociais, políticas públicas, judicialização da saúde, prescrição do crédito tributário, cessão de créditos e controle de constitucionalidade.

A edição inicia com o texto “O alcance das exceções do art. 8º, IV da Lei Complementar Federal nº 173/2020”, de autoria de Marcelo Rodrigues Mazzei, doutorando e mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), que promove a interpretação do alcance das exceções à admissão ou contratação de pessoal pela Administração Públicas, apresentando os dispositivos da Lei Complementar Federal nº 173/2020 com os da Lei Complementar Federal nº 101/2000, finalizando com conclusão lógica.

Neste momento de grandes desafios humanos e para a advocacia pública, devido à pandemia do coronavírus, a edição tem sequência com o artigo “Cidade e Direitos Sociais: confronto entre o direito fundamental à saúde e outros direitos fundamentais no curso da pandemia por *Covid-19*”, de autoria de Arícia Fernandes Correia, Tatiana Mota Pinheiro Martinho e Gláucia Sayuri Takaoka. O texto apresenta uma análise acerca da relevância dos direitos fundamentais sociais no Estado Democrático de Direito, da primazia que o direito à saúde adquiriu e da possível colisão com liberdades e outros direitos sociais, bem como do papel normativo e administrativo dos Municípios no que diz respeito ao combate ao *coronavírus*. Além disso, os autores discorrem sobre os conflitos normativos entre Municípios e União, a fim de se verificar se a *jurisprudência de exceção* em razão da *Covid-19*, em torno da interpretação da Lei Federal n. 13.979/2020.

Para falar sobre o Estado constitucional de direito, a sociedade complexa e as políticas públicas, a procuradora municipal de Campo Grande (MS), Kátia Silene Sarturi, apresenta o artigo “Estado constitucional brasileiro na sociedade complexa: a importância das políticas públicas”. O texto propõe uma reflexão sobre a importância das políticas públicas na sociedade complexa, tendo por parâmetro o Estado constitucional brasileiro, sendo relevante e salutar para a atualidade da Teoria do Direito e para a Ciência Política.

Dando sequência a edição, os autores pós-doutores em Direito Público pela *Université Paris I – Panthéon Sorbonne*, Arícia Fernandes Correa e Rodrigo Nóbrega Farias, em “Pandemia e Judicialização da Crise: a necessidade de diálogo institucional e da observân-

cia da medicina baseada em evidências”, realizam uma análise da judicialização da saúde no Brasil e suas consequências para as políticas públicas em época de pandemia por *COVID-19*. Os autores enfatizam a necessidade da busca de diálogo institucional e de um debate pautado pela ciência, colocando uma visão de operador do direito na esfera pública.

“Prescrição e Crédito Tributário” é o assunto abordado no artigo de autoria de Tatiane Mattos França Bohmer e Lívia Pachalski Santin. As autoras analisam os entendimentos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, bem como através de decisões judiciais proferidas sobre os temas 896 e 566, com ênfase aos tributos municipais e às decisões enfrentadas pelo Município de Pelotas.

Ainda nesta seção, a investigação da figura da cessão de créditos foi a inspiração para o artigo “Transmissão unilateral subjetiva ativa das obrigações: cessão do crédito”, escrito por Eduardo de Sampaio Leite Jobim. O texto apresenta a figura como uma das espécies de transmissão subjetiva das obrigações no direito privado brasileiro, sendo apresentada tomando a obrigação como processo, dando ensejo a compreensão do papel dos contraentes no contexto de suas relações mútuas.

Fechando a edição, em “Controle de Constitucionalidade e Competência do Tribunal Superior do Trabalho – TST (artigo 702, alínea f, da CLT)”, Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira, procuradora municipal de Porto Alegre (RS), foca na ideia do controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação à Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17), especificamente a alteração da alínea f do artigo 702 da CLT. A autora analisa o caso, bem como as bases do controle de constitucionalidade e também as possibilidades de declaração de constitucionalidade.

Atualmente, a *Revista da ESDM* está indexada nas seguintes bases de dados, que cooperam na divulgação do material: LATINDEX; Base de dados da Rede Virtual de Bibliotecas Congresso Nacional - RVBI; Sumários de Revistas Brasileiras (Sumários.org); Diadorim.

Com a publicação da edição, esperamos que esta obra possa contribuir para a visibilidade e fortalecimento da pesquisa e do desenvolvimento científico, por meio do diálogo e das relações com o campo do Direito Municipal.

Nossos agradecimentos aos que contribuíram com mais esta edição. Aos autores que submeteram seus trabalhos e aos pareceristas pela significativa colaboração prestada.

Aos leitores, em nome de todos os autores, desejamos uma boa leitura.

**Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira**  
Diretora Editorial da Revista da ESDM  
Procuradora Municipal de Porto Alegre

## O ALCANCE DAS EXCEÇÕES DO ART. 8º, IV DA LEI COMPLEMENTAR FEDERAL Nº 173/2020

*The interpretative reach of the exceptions of art. 8, iv of Federal Law n. 173/2020*

**Marcelo Rodrigues Mazzei**

Doutorando e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela UNAERP. Especialista em Direito Processual Civil pela UNAERP. Procurador do Município de Ribeirão Preto (SP, Brasil).

### Resumo

O presente estudo tem por objetivo promover a interpretação do alcance das exceções à admissão ou contratação de pessoal pela Administração Públicas previstas no art. 8º, inciso IV da Lei Complementar Federal nº 173/2020, que proíbe até 31 de dezembro de 2021 a admissão e contratação de pessoal nas hipóteses descritas.

**Palavras-chave:** Servidor Público. Admissão. Exceções. Lei Complementar n. 173/2020.

### Abstract

This study aims to promote the interpretation of the scope of exceptions to the admission or hiring of personnel by the Public Administration provided for in art. 8, item IV of Federal Complementary Law No. 173/2020, which prohibits until December 31, 2021 the admission and hiring of personnel in the cases described.

**Keywords:** Public server. Admission. Exceptions. Federal Law n. 173/2020.

### Sumário

1. Introdução; 2. Aspectos gerais do art. 8º da Lei Complementar Federal nº 173/2020; 3. Interpretação do alcance das vedações constantes no art. 8º, inciso IV da Lei Complementar nº 173/2020; 4. Conclusão; 5. Notas; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A Lei Complementar Federal nº 173/2020 instituiu o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-COV-2 (Covid-19), consistente em medidas financeiras e fiscais voltadas a Estados e Municípios em razão da grave crise fiscal decorrente da queda de arrecadação em virtude da pandemia.<sup>1</sup>

O art. 8º da Lei Complementar Federal nº 173/2020 instituiu de forma temporária, especificamente até 31 de dezembro de 2021, uma série de vedações à Administração Pública no que se refere a situações que acarretam aumento de despesa pública, especialmente quanto ao gasto com pessoal, com o objetivo de evitar o crescimento do déficit financeiro dos entes públicos durante a pandemia do COVID-19.

O art. 8º da Lei Complementar Federal nº 173/2020 tem gerado sérias dúvidas na consultoria jurídica da Administração Pública, especialmente por não ter constado no texto legal um prazo de adequação dos entes públicos às disposições da Lei Complementar Federal nº 173/2020, inexistindo qualquer *vacatio legis* (vacância da lei), que possibilitasse uma transição eficiente entre o antigo regime legal e o imposto pela Lei Complementar Federal nº 173/2020.

Questões relevantes como o direito adquirido a regime jurídico, a irredutibilidade de vencimentos e a vedação da mudança posterior de orientação geral quanto à validade de ato ou norma administrativa cuja produção já se houver completado efeito (art. 24 do Decreto-Lei nº 4.657/1942) são fatores que demonstram a importância do estudo dos efeitos das sérias restrições impostas nos incisos do art. 8º Lei Complementar Federal nº 173/2020.

Dessa forma, para promoção de maior segurança jurídica na aplicação do art. 8º Lei Complementar Federal nº 173/2020 (art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro),<sup>2</sup> é importante o estudo sobre a aplicabilidade das restrições impostas, especialmente para colaborar com o desenvolvimento de interpretações que municiem à Advocacia Pública em sua relevante atividade de consultoria e assessoria jurídica.

Dentro do escopo principal do presente estudo serão analisadas as exceções previstas no art. 8º, inciso IV da Lei Complementar Federal nº 173/2020, que proíbe até 31 de dezembro de 2021 a admissão e contratação de pessoal a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, as contratações temporárias de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal, as contratações de temporários para prestação de serviço militar e as contratações de alunos de órgãos de formação de militares.

A importância dessa análise reside na obrigatoriedade de uma clara definição do alcance das exceções como forma de controlar a legalidade dos atos administrativos de um lado, e por outro não inviabilizar a gestão administrativa e consequentemente a prestação de serviços públicos para a população.



## 2. ASPECTOS GERAIS DO ART. 8º DA LEI COMPLEMENTAR FEDERAL Nº 173/2020

Os incisos do art. 8º da Lei Complementar Federal nº 173/2020, motivados pela crise financeira decorrente da pandemia do Covid-19, impuseram severas restrições ao dispêndio financeiro com a remuneração e contratação de pessoal na Administração Pública.

Inicialmente, dentro do processo hermenêutico, deve-se considerar que a interpretação dada aos incisos do art. 8º da Lei Complementar Federal nº 173/2020 deve ser restrita, pois implica na restrição a direitos,<sup>3</sup> não sendo permitida interpretação que amplia desproporcionalmente as vedações para além da norma extraída de cada inciso.

Exemplificando as medidas restritivas de gasto com pessoal, o art. 8, inciso I estabelece aos entes federativos afetados pela pandemia, incluído o Município, a proibição até 31 de dezembro de 2021 de conceder, a qualquer título, vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a membros de Poder ou de órgão, servidores e empregados públicos e militares, exceto quando derivado de sentença judicial transitada em julgado ou determinação legal anterior à calamidade pública.

De forma semelhante, o art. 8º, inciso IX, estabelece aos entes federativos afetados pela pandemia, incluído o Município, a proibição até 31 de dezembro de 2021 de contar esse tempo como de período aquisitivo necessário exclusivamente para a concessão de adicionais por tempo de serviço, licenças-prêmio e demais mecanismos equivalentes que aumente a despesa com o pessoal em decorrência da aquisição de determinado tempo de serviço, sem qualquer prejuízo para o tempo de efetivo exercício, aposentadoria, e quaisquer outros fins.

No estado de São Paulo, o ato normativo nº 01/2020 - TJ/TCE/MP, de 03 de junho de 2020, apesar de não possuir caráter normativo para os Municípios e o Estado, já que derivado administrativamente de maneira conjunta entre o Tribunal de Justiça, o Tribunal de Contas Estadual e Ministério Público Estadual, estabelece em seu art. 1º, inciso III, que ficam vedados entre o dia 27 de maio de 2020 (publicação da lei) a 31 de dezembro de 2021 a contagem deste tempo como de período aquisitivo necessário para a concessão de qualquer adicional por tempo de serviço, sexta parte e licença prêmio, assegurado o cômputo para os demais fins, como para a aposentadoria e férias.

A contagem de tempo ficará suspensa de 27 de maio de 2020 (publicação da lei) a 31 de dezembro de 2021 e terão a contagem retomada em 1º de janeiro de 2022.

Esse entendimento deriva da interpretação do art. 8º, § 3º da Lei Complementar Federal nº 173/2020, que estabelece que a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual poderão conter dispositivos e autorizações que versem sobre as vedações previstas no art. 8º, desde que seus efeitos somente sejam implementados após o fim do prazo fixado, sendo vedada qualquer cláusula de retroatividade. Nesse sentido o comentário de Sérgio Ciquera Rossi:

O último inciso, IX, suspende a contagem de tempo de serviço para o propósito lá referido, preservando-o para fins de aposentadoria. Em poucas palavras, haverá uma interrupção na contagem de tempo, entre 27 de maio de 2020 e 31

de dezembro de 2021, para a concessão de adicionais por tempo de serviço, sexta parte (no caso do Estado) e blocos de licença-prêmio, merecendo atenção o § 3º, que admite a inclusão de condições na LDO e LOA "vedada qualquer cláusula de retroatividade". Certamente o intuito é o de evitar a formação de passivos de grande monta.<sup>4</sup>

Essa vedação de cláusula de retroatividade constante no art. 8º, § 3º da Lei Complementar Federal nº 173/2020, na verdade, trata-se de proibição de inclusão na LDO ou LO de autorização para utilização do tempo do período de 27 de maio de 2020 a 31 de dezembro de 2021 para a concessão de qualquer adicional por tempo de serviço, sexta parte e licença prêmio de forma temporal retroativa, mesmo que os efeitos pecuniários ocorram efetivamente após 1º de janeiro de 2022.

Consta da Nota Técnica SEI nº 20581/2020, do Ministério da Economia, que a vedação constante do art. 8º, incisos I e VI deve ser interpretada no sentido de que qualquer concessão derivada de determinação legal anterior à calamidade pública (lei publicada em período anterior ao Decreto de calamidade pública), desde que não seja alcançada pelas vedações constantes nos demais incisos do art. 8º, podem ser implantadas, ainda que impliquem aumento de despesa com pessoal, observadas demais restrições constantes na Lei de Responsabilidade Fiscal e Lei Eleitoral.

Analisando especificamente a incidência sobre Planos de Carreira (promoções e progressões), a Nota Técnica SEI nº 20581/2020 do Ministério da Economia aponta:

Ao analisar conjuntamente o disposto no inciso I e no inciso IX do art. 8º da Lei Complementar nº 173, de 2020, entende-se que as progressões e promoções, por exemplo, não se enquadram na vedação apresentada em tais dispositivos, uma vez que tratam-se de formas de desenvolvimento nas diversas carreiras amparadas em leis anteriores e que são concedidas a partir de critérios estabelecidos em regulamentos específicos que envolvem, além do transcurso do tempo, resultado satisfatório em processo de avaliação de desempenho e em obtenção de títulos acadêmicos. Conclui-se, portanto, que para essa situação, tal vedação não se aplica.

Cabe apontar que art. 8º é direcionado primordialmente para a vedação da edição de novos atos que acarretem aumento de despesa com pessoal, respeitadas as disposições legais anteriores à decretação da pandemia.

Cumpra lembrar que por força do art. 169, §1º, incisos I e II da Constituição Federal, a despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que envolva a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderá ser feita se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes, bem como se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Dessa forma, há presunção de que os atos legislativos anteriores à decretação da pandemia já tenham prévia dotação orçamentária e autorização na lei de diretrizes orçamentárias para sua implementação, sob pena de inconstitucionalidade do dispêndio por ofensa

ao art. 169, § 1º, incisos I e II da CF), o que resultaria crime de responsabilidade (art. 1º, inciso V do Decreto-Lei nº 201/1967) e crime comum (art.359-D do Código Penal), além de infração cível e administrativa (art. 10, inciso IX da Lei nº 8.429/1992).

Diante dessa circunstância temporal – respeito à legislação anterior à decretação da pandemia - tem-se que não há divergência com o entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal<sup>5</sup> de que não há direito adquirido a regime jurídico anterior,<sup>6</sup> já que assegurada a irredutibilidade de vencimentos, pois as vedações incidem em efeitos pecuniários futuros,<sup>7</sup> sem decréscimo da remuneração atual. Sobre o assunto, esclarece Alexandre dos Santos Aragão:

Os servidores estatutários, quando são investidos no cargo, recebem o imediato influxo das normas do respectivo estatuto, integrando o que alguns autores denominam de "relação de sujeição especial". Tais normas passam imediatamente a reger as suas relações com o Estado, mas o funcionário não tem direito a que as regras iniciais sejam as que indefinidamente continuem regendo as suas relações com o Estado. Não terá o servidor direito adquirido ao estatuto jurídico inicial. Este, como qualquer lei em sentido material, não gera direitos à sua imodificabilidade e é essencialmente mutável. Não há direito, portanto, à imutabilidade do Estatuto, mas sim aos direitos dele oriundos pela subsunção de fatos concretos às suas previsões abstratas enquanto teve o conteúdo que posteriormente veio a ser modificado. Ex.: a norma estatutária que estabelece adicional por tempo de serviço a cada cinco anos pode ser revogada a qualquer tempo e dali em diante ninguém mais terá direito a tal adicional, mas os adicionais concernentes a períodos aquisitivos concluídos até a data da revogação (cinco anos completos) terão que ser pagos. O Estatuto será sempre o diploma aplicável ao funcionário, mas este, internamente, é móvel e mutável.<sup>9</sup>

Apontados os aspectos gerais dos incisos do art. 8º da Lei Complementar nº 173/2020, cabe a análise pormenorizada do seu inciso IV.

### **3. INTERPRETAÇÃO DO ALCANCE DAS VEDAÇÕES CONSTANTES NO ART. 8º, INCISO IV DA LEI COMPLEMENTAR Nº 173/2020.**

O art. 8º, inciso IV da Lei Complementar nº 173/2020 estabelece a proibição até 31 de dezembro de 2021 da admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, as contratações temporárias de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal, as contratações de temporários para prestação de serviço militar e as contratações de alunos de órgãos de formação de militares.

Dentro das exceções do inciso IV, as contratações temporárias (inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal), as contratações de temporários para prestação de serviço militar e as contratações de alunos de órgãos de formação de militares não apresentam dificuldades interpretativas para sua consecução.

Diferentemente é a interpretação da exceção que trata da contratação para cargos efetivos e vitalícios, onde se percebe que só não poderão ser contratados servidores para novos cargos, que por força do inciso II do art. 8º sequer podem ser criados se acarretarem aumento de despesa. Portanto, havendo vacância<sup>9</sup> em determinado cargo, pode ser feita a respectiva nomeação para reposição da vaga.

A consequência é que o Poder Público poderá realizar concursos para preencher a vacância de cargos já existentes (inciso V do art. 8º), que se encontrem vagos por conta de demissão, exoneração, morte, aposentadoria e outras quaisquer outras formas de vacância para reposição das vagas deixadas pelos servidores que anteriormente as ocupavam.

Como visto, é possível a continuidade dos concursos em curso ou realização de novos concursos de forma restrita à reposição de vacâncias, não podendo ocorrer concurso para cargos não decorrentes de vacância, como ocorre, por exemplo, com novos cargos criados, cuja criação está inclusive vedada por força do art. 8º, inciso II Lei Complementar nº 173/2020.

Quanto à reposição de cargos de provimento em comissão, ela somente pode ocorrer se não houver aumento de despesa.

Assim, quando servidores que ocupam cargo de provimento em comissão (confiança) estiverem em gozo de férias, licença prêmio ou licença para tratamento de saúde, eles somente poderão ser substituídos por outras pessoas quando não houve aumento de despesa.

Fator relevante para aplicação da vedação é definir o conceito de aumento de despesa.

Se a interpretação do conceito for pontual e individual, aumento de despesa deve ser considerado qualquer acréscimo que ultrapasse o gasto financeiro anteriormente fixado para determinado e específico cargo de provimento em comissão.

Se a interpretação do conceito de aumento de despesa for global, considerando a Administração Pública como um todo, o conceito deve levar em consideração o acréscimo financeiro que concretamente aumento o limite de gastos de despesas com pessoal da Administração inteira.

Esse parâmetro considera aumento de despesa com o efetivo aumento do limite máximo com pessoal previsto no art. 19 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), incluindo o limite prudencial de gastos com pessoal (art. 59, § 1º, inciso II, da LRF) respeitando-se, igualmente, o disposto no art. 21, inciso II da LRF que prescreve ser nulo de pleno direito o ato que resulte aumento da despesa com pessoal nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato. Como bem destaca o Conselheiro do Tribunal de Contas de São Paulo, Sérgio Ciqueira Rossi:

*As alterações desse artigo 21 vão bem mais longe no estabelecimento dos freios impostos à observância aos limites de gastos de pessoal previstos inicialmente. O inciso II agora incluído iguala-se ao proscrito parágrafo único, ou seja, considera, também, nula de pleno direito a expedição de ato que aumente despesa de pessoal nos últimos 180 dias "anteriores ao final de mandato de titular do respectivo Poder ou Órgão referido no artigo 20" da LRF. Até aqui tudo como d'antes. A partir daí, as novidades contidas em quatro incisos, duas alíneas e dois parágrafos. O inciso III diz que é nulo de pleno direito aquele ato "de que resulte aumento de despesa de pessoal que preveja parcelas a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20". A leitura mais apressada levaria à conclusão de que qualquer concessão conferida de forma a resultar em aumento de despesa seria objeto de cessação. Isso seria lógico ou razoável? A meu ver, não! A concessão cessaria acaso houvesse aumento de despesa que implicasse na imediata recondução aos limites previstos na Lei. Isso porque a nova lei diz que*

é nulo de pleno direito o aumento de despesa, inclusive no período de recondução – ou seja, haveria de se encontrar uma fórmula daquelas previstas no artigo 169 ou na LRF na acomodação dos limites previstos. Tenha-se presente que a medição da despesa de pessoal não se faz no valor nominal da folha e, sim, sobre a equação econômico-financeira entre receita e despesa. Dessa forma, se eventual concessão não implicar na alteração ou na superação do percentual de limite previsto na LRF, não haverá necessidade de qualquer medida.<sup>10</sup>

O entendimento mais coerente é o que considera aumento de despesa com um olhar global sobre o limite de gastos da Administração Pública, utilizando a metodologia prevista no art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Quanto à reposição de funções gratificadas, o art. 8º, inciso IV da Lei Complementar nº 173/2020 é expresso ao apontar o termo “cargos” de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa.

Como dito anteriormente, por implicar em restrição a direitos, as vedações constantes do art. 8º devem sofrer uma interpretação restritiva.

Importante analisar neste momento a diferenciação entre cargo em comissão e função de confiança.

O art. 37, inciso V da Constituição Federal<sup>11</sup> destaca que as funções de confiança são exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, ao ponto que os cargos em comissão, a serem ocupados por servidores efetivos conforme legislação específica, podem ser preenchidos por pessoa estranha ao quadro funcional da Administração Pública.

O ponto comum é que tanto a função de confiança quanto o cargo em comissão são destinados somente às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

A função gratificada, apesar de constar no mesmo art. 37, inciso V da Constituição Federal,<sup>12</sup> onde está previsto o cargo comissionado, não se confunde com ele.

Se função de confiança fosse o mesmo que cargo em comissão, a Constituição Federal não diferenciava as duas. A Constituição não tem palavras inúteis (*verba cum effectu sunt accipienda*).

E nem que se diga que a diferença somente reside na circunstância de que função de confiança só pode ser exercida por servidor efetivo, pois a própria Constituição reserva para legislação infraconstitucional definir a quantidade mínima de ocupação de cargos de comissão por servidores efetivos.

Cargo é o conjunto de atribuições designadas para determinada profissão, dentro de uma carreira. Função é a atribuição de determinado cargo.

Como bem diferencia função de confiança e cargo em comissão, cabe transcrever as palavras de Marçal Justen Filho:

Cabe uma diferenciação entre duas figuras jurídicas próximas. O cargo em comissão não se confunde com a chamada 'função de confiança', que consiste na assunção de atribuições diferenciadas e de maior responsabilidade por parte do ocupante de um cargo de provimento efetivo, ao que corresponde o pagamento de uma remuneração adicional. [...] Como se vê, a chamada 'função de confiança' não consiste numa posição jurídica equivalente a um cargo público, mas na ampliação das atribuições e responsabilidade de um cargo de provimento

efetivo, mediante uma gratificação pecuniária. Não se admite o conferimento de tal benefício ao ocupante do cargo em comissão, na medida em que a remuneração correspondente abrange todas as responsabilidades e encargos possíveis.<sup>13</sup>

A Constituição Federal (art. 37, inciso V), como visto, faz uma diferenciação entre cargos em comissão e funções de confiança, sendo que esta distinção não é restrita somente pela circunstância do provimento exclusivo ou não por servidores.

Os cargos em comissão são compostos por uma definição integral de atribuições e responsabilidades dentro da organização da estrutura administrativa, enquanto a função de confiança é um acréscimo de atribuições às atribuições do cargo original do servidor efetivo, mantendo-se uma inter-relação entre elas, sempre dentro do campo de direção, chefia e assessoramento.

Pela disposição constitucional, os cargos em comissão, de livre provimento e demissão, são voltados para os cargos escalonados no topo da estrutura administrativa organizacional, existentes para gestão superior da Administração Pública. Não poderão ser atribuições dos cargos de provimento em comissão atribuições de natureza burocrática, profissional ou técnica,<sup>14</sup> já que essas atribuições são destinadas a cargos de provimento efetivo, ou seja, atribuições a serem realizadas somente por servidores públicos de carreiras, admitidos mediante concurso público.<sup>15</sup>

Já as funções de confiança são relacionadas à direção, chefia e assessoramento dos demais escalões administrativos. As funções auxiliam na direção e gestão das políticas administrativas que não estão incluídas na cúpula da Administração Pública:

O art. 37, V, tratou de forma distinta as funções de confiança e os cargos de confiança: aquelas só podem ser exercidas por ocupantes de cargo efetivo; e os cargos de confiança podem ser exercidos por pessoas "extra-quadros", respeitados apenas os percentuais mínimos previstos em lei destinados obrigatoriamente a servidores efetivos. Em outras palavras, "os cargos em comissão representam as mais elevadas responsabilidades a serem exercidas sob a fúiducia da autoridade nomeante e, em linha de princípio, podem recair sobre quaisquer destinatários, servidores ou não, desde que preencham as condições legais ou regulamentares preestabelecidas pelo Poder Público. Por outro lado, a legislação infraconstitucional deverá contemplar uma reserva de tais cargos para os servidores organizados em carreira (CF/88, art. 37, V). As funções de confiança, de outra banda, aparecem na estrutura administrativa escalonadas imediatamente abaixo dos cargos em comissão e são exclusivas dos servidores ocupantes de cargos efetivos de qualquer esfera governamental.<sup>16</sup>

Diante do demonstrado, a função de confiança é um aditivo de atribuições ao cargo efetivo, sendo esse acréscimo de atribuições referentes a atividades de direção, chefia e assessoramento. Constitui um encargo adicional de atribuição, que correlaciona as atribuições técnicas e burocráticas do cargo efetivo com as atribuições de gestão da função de confiança, necessariamente atreladas à atividade de direção, chefia e assessoramento dos escalões hierárquicos inferiores da Administração Pública, diferentemente do cargo em comissão, que constitui um plexo de atribuições pertencentes à gestão superior do órgão público.

Analisada a diferenciação entre cargo em comissão e função de confiança, tem-se que a interpretação restrita da exceção prevista no art. 8º, inciso IV da Lei Complementar nº 173/2020 não abarca as funções de confiança.

## 4. CONCLUSÃO

A Lei Complementar Federal nº 173/2020 foi publicada com a motivação de equacionar os gastos públicos com despesas de pessoal em razão da crise financeira decorrente da pandemia do COVID-19.

Diante da necessidade de segurança jurídica na interpretação/aplicação dos incisos do art. 8º da Lei Complementar Federal nº 173/2020, é possível concluir que as medidas de contenção de gastos com despesa de pessoal foram primordialmente voltadas para conter a edição de novos atos que acarretem aumento de despesa com pessoal, respeitando-se as disposições legais anteriores à decretação da pandemia. Por tratarem de medidas de restrição de direitos, a interpretação de seus dispositivos deve ser restrita e não ampliativa.

Especificamente quanto ao art. 8º, inciso IV da Lei Complementar nº 173/2020, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios não inibem realização de concurso público para tal finalidade.

Já quanto às exceções acerca das reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa deve ser aplicada aos cargos em comissão, excetuadas as funções de confiança, não abarcadas pela exceção do dispositivo.

Por aumento de despesa para aplicação dessa exceção, deve-se considerar a alteração que implica no aumento do limite legal de despesas com pessoal conforme previsão no art. 19 da Lei Complementar nº 101/2000, incluindo o limite prudencial de gastos com pessoal (art. 59, § 1º, inciso II, da LRF). Não é o mero aumento de despesa pontual frente a reposição do cargo específico que se deve considerar, mas se houve ou não aumento do limite total de despesa com pessoal.

## 5. NOTAS

1. “Projeções do Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas (Ibre/FGV) apontam para uma contração de 9,8% do PIB entre abril e junho de 2020 em relação a janeiro e março. A maior queda trimestral nas últimas quatro décadas até então havia sido de 4,7 % no quatro trimestre de 1990. No primeiro trimestre de 2020, com apenas 1/6 do período afetado pelo isolamento, o PIB já havia caído 1,5%. Somando isso à nova queda projetada para maio e junho, o encolhimento será de 11,9% nos dois primeiros trimestres. O cenário atual é bem mais difícil do que o de recessões anteriores por causa da tendência insustentável de crescimento da dívida pública e do déficit fiscal, recorrente há sete anos, diz Luana Miranda, pesquisadora do Ibre/FGV” (Retração no 2º trimestre será a maior em 40 anos, e reação virá ainda mais lenta. Folha de São Paulo, 26 de junho de 2020).

2. “O objetivo do art.30 da LINDB, inserido pela Lei n. 13.655/2018, foi garantir maior padronização na aplicação das normas em âmbito interno. [...] Estimula-se também que haja resposta às consultas como fator para assegurar maior previsibilidade. Note-se que há todo um debate sobre a vinculabilidade das consultas que são feitas aos órgãos públicos, sendo orientação da LINDB que sejam obrigatórios e que quem foi consultado dê uma palavra segura e que não envolvam quem consultou num *venire contra factum proprium*, em prestígio à boa-fé e à proteção à confiança” (MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no Direito Público**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p.100-101).

3. “Restrições a direitos somente podem ser efetuadas em havendo estrita necessidade para a preservação de outras posições constitucionalmente protegidas. O Poder Público deve agir estritamente na busca

do interesse público. A finalidade, e não a vontade, é que preside a ação da autoridade pública" (SCHÄFFER, Jairo Gilberto. **Direitos Fundamentais**: proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001. p. 106-107).

4. ROSSI, Sérgio Ciqueira. **Breves considerações sobre a Lei Complementar nº 173, de 2020**. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/6524-artigo-breves-consideracoes-sobre-lei-complementar-173-2020>. Acesso em: 23 jun. 2020.

5. "Absorção pelos acréscimos advindos na progressão da carreira. Inexistência de direito adquirido a regime jurídico desde que preservado o valor nominal da remuneração. Não ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos" (STF, RE nº 769.430/RS-AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe de 10/4/14).

6. Tema nº 41 de Repercussão Geral (Recurso paradigma RE 563.965).

7. "É legítimo que por lei superveniente, sem ofensa a direito adquirido, o cálculo da vantagem seja desvinculado, para o futuro, dos vencimentos do cargo em comissão outrora ocupado pelo servidor, passando a quantia a ela correspondente a ser reajustada segundo os critérios das revisões gerais de remuneração do funcionalismo. Ademais, não havendo decesso de remuneração, não cabe a invocação da garantia da irredutibilidade de vencimentos. Precedente: RE 233.958, Sepúlveda Pertence, 1a T, DJ 17.09.99 (AI 465.090-AgR, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence)" (STF, RE nº 494.628/AM-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 3/11/10).

8. SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 975-976.

9. "A vacância do cargo consiste no efeito jurídico de ato ou fato que produz a desvinculação do servidor do cargo que até então ocupava". (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 642).

10. ROSSI, Sérgio Ciqueira. **Breves considerações sobre a Lei Complementar nº 173, de 2020**. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/6524-artigo-breves-consideracoes-sobre-lei-complementar-173-2020>. Acesso: 23 jun. 2020.

11. "Os cargos de provimento em comissão (cujo provimento dispensa concurso público) são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los com liberdade, a qual também pode exonerar ad nutum, isto é, livremente, quem os esteja titularizando. Um porcentual deles, a ser fixado por lei, que até hoje não foi editada, terá de ser preenchido por quem seja titular de cargo de provimento efetivo (cf. art. 37, V, da CF)" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. Malheiros: São Paulo, 2015. p. 312).

12. V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

13. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 594.

14. "A criação de cargo em comissão, em moldes artificiais e não condizentes com as praxes do nosso ordenamento jurídico e administrativo, só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional do concurso (STF, Pleno, Repr.1.282-4-SP)" (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 440).

15. "a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir." (Tema nº 1.010 de Repercussão Geral – STF)..



16. SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 985/986.

## REFERÊNCIA

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. Malheiros: São Paulo, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FERNANDES DE OLIVEIRA, Régis. **Curso de Direito Financeiro**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GARCIA, Emerson. **Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GORDILLO, Agustín A. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas: el derecho administrativo en la práctica**. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos Tavares (coord.). **Lições de direito constitucional: em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no Direito Público**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NETTO DE ARAÚJO, Edmir. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUNES, Cleucio Santos. **Orçamentos públicos: a Lei 4.320/1964 comentada**. In: CONTI, José Maurício (coord.). 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

ROSSI, Sérgio Ciqueira. **Breves considerações sobre a Lei Complementar nº 173, de 2020**. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/6524-artigo-breves-consideracoes-sobre-lei-complementar-173-2020>. Acesso: 23 jun. 2020.

SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos Fundamentais**: proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

Recebido em: 14/08/2020

Aceito em: 20/08/2020

## **CIDADE E DIREITOS SOCIAIS: CONFRONTO ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CURSO DA PANDEMIA POR COVID-19**

*City and Social Rights: confrontation between the fundamental rights to health and other fundamental rights in the course of the pandemic phase by Covid-19*

### **Arícia Fernandes Correia**

Professora de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-Doutorado em Direito Público pela Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne. Doutorado em Direito Público e Mestrado em Direito da Cidade pela UERJ. Membro Permanente do Fórum de Direito da Cidade da Escola da Magistratura – TJ/RJ. Membro das Comissões de Direito Constitucional e Municipal da OAB/RJ (triênio 2019-2021) Procuradora do Município do Rio de Janeiro (RJ, Brasil).

### **Tatiana Mota Pinheiro Marinho**

Residente Jurídica da Procuradoria Administrativa da Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro (RJ, Brasil). Pesquisadora do Núcleo de Estudos, Pesquisas e Extensão em Direito da Cidade – NEPEC-UERJ.

### **Gláucia Sayuri Takaoka**

Formada em Direito na Universidade Federal do Ceará. Mestranda em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil). Bolsista CNPQ.

## **Resumo**

Trata-se de análise acerca da relevância dos direitos fundamentais sociais no Estado Democrático de Direito, da primazia que o direito à saúde adquiriu, em tempos de pandemia por *Covid-19*, e da possível colisão com liberdades e outros direitos sociais, bem como do papel normativo e administrativo dos Municípios no que diz respeito ao combate ao *coronavirus*, no contexto federativo brasileiro e dos novos desafios de seu papel de "garante", não mais apenas da zeladoria da Cidade, mas, em relevante parte, do *minimo existencial "urbano"* dos seus habitantes, no que diz respeito às competências locais em matéria de saúde primária, educação fundamental, assistência básica e moradia adequada. Cuidar-se-á também dos conflitos normativos entre Municípios e União, a fim de se verificar se a *jurisprudência de exceção* em razão da *Covid-19*, em torno da interpretação da Lei Federal n. 13.979/2020, serviu ao fortalecimento ou amesquinamento da autonomia municipal e qual o resultado dessa equação. Paralelamente, cogitar-se-ão daqueles indivíduos que não puderam aderir às regras de prevenção ao contágio por *Covid-19* justamente por não disporem de um *minimo existencial "urbano"* que lho permitissem, provando que, de fato, mais letal que o vírus SARS-COV-2 é a desigualdade social.

**Palavras-chave:** Colisão de direitos sociais. Mínimo existencial "urbano". Cidade e Pandemia.

## Abstract

It is an analysis about the origin of fundamental social rights in the Democratic Rule of Law, the primacy that the right to health acquired, in times of pandemic by Covid-19, and the possible collision with freedoms and other social rights, as well as the normative and administrative role of the Municipalities with regard to the fight against the coronavirus, in the Brazilian federative context and the new challenges of their role of "guarantee", no longer only of the janitorial of the City, but, in relevant part, of the "existential minimum urban" of its inhabitants, regarding to local competences in matters of primary health, basic education, basic assistance and adequate housing. It will also take care of the normative conflicts between Municipalities and the Union, in order to verify if the *exceptional jurisprudence* due to Covid-19, around the interpretation of Federal Law no. 13,979 / 2020, service to strengthen or weaken municipal autonomy and what is the result of this equation. At the same time, preference will be given to those who could not adhere to the rules of prevention of contagion by Covid-19 precisely because they do not have an existential "*urban*" *minimum* that would allow it, proving that, in fact, more lethal than the SARS virus - COV-2, is a social inequality.

**Keywords:** Collision of social rights. "Urban existential minimum". City and Pandemic.

## Sumário

1. Os Direitos Sociais e a Constituição de 1988; 2. Os Direitos Sociais e a Cidade: "*Mínimo Existencial Urbano*"; 3. Cidade, Direito Social à Saúde e Pandemia por Covid-19; 3.1 Estado de emergência sanitária por Covid-19; 3.2 Competência concorrente dos entes estaduais e, suplementar, dos municipais; 3.3 Critérios de constitucionalidade balizadores das medidas restritivas a direitos; 4. Cidade e Desigualdade Social; 5. Notas; Referências.

## 1. OS DIREITOS SOCIAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Habitar, trabalhar, locomover-se e se divertir: os lemas do planejamento urbano, segundo a Carta de Atenas, seriam habitação, transporte, trabalho e lazer. Era o Urbanismo batendo às portas da Modernidade, representado, por acaso, por direitos sociais, aqueles pertencentes à segunda geração dos direitos fundamentais, a demonstrar o quanto o planejamento da urbe nascera vocacionado para o usufruto coletivo de direitos à igualdade material.

Por outro lado, à Província, à Comuna, à Urbe, em seus primórdios, caberia essencialmente se restringir a ser apenas um braço político da Coroa para o exercício do poder local e, a princípio, para a zeladoria dos espaços comuns da cidade: cuidar de calçadas, ruas, parques e praças; demarcar a fronteira entre o espaço público e o privado; ordenar o espaço urbano.

Para Senett,<sup>1</sup> "[...] uma cidade aberta trabalharia com as suas complexidades" [...] O papel do planejador urbano e do arquiteto seria ao mesmo tempo estimular a complexidade e criar uma *vill*e interativa e sinérgica "maior que a soma de suas partes [...]"; a do governante, o de garantir que todos possam ter acesso a essa *vill*e: o direito à cidade.

A Constituição de 1988, além de alçar os Municípios à posição de entes federativos, não só criou um Capítulo dedicado à Política Urbana, como o posicionou no Título da Ordem Econômica, tornando-a instrumento de regulação da atividade econômica, desde que atendidas as funções sociais da Cidade.

Significa dizer que o Planejamento Urbano tem um viés de Direito Regulatório da atividade econômica ligada à mercancia da terra urbana, da propriedade e posse fundiárias, que costuma ser obnubilado por sua feição *a priori* estritamente urbanística; ou, antes, o contrário [...] E essa regulação deve levar em conta as funções sociais da propriedade urbana e, mais do que isso, da cidade.

A Constituição Federal de 1988 simbolizou a positivação da redemocratização brasi-

leira e um avanço na defesa dos direitos fundamentais, que representaram a proteção de seu epicentro – **a dignidade da pessoa humana** – e geraram uma responsabilidade ao Poder Público Municipal para sua efetivação. Dentre eles, destacam-se os direitos sociais, presentes não apenas no Capítulo II, do Título II, da Carta Magna, mas também ao longo de seu texto e em outras normas.

Os direitos sociais são fruto da busca por uma maior intervenção estatal a fim de garantir o real acesso a direitos sociais, econômicos e culturais para todos. Eles ganham destaque após um período de mera igualdade formal advinda da Revolução Francesa, que foi liderada pela burguesia que buscava apenas privilégios para si, valendo-se da transformação social, política e jurídica – do Estado Absolutista para o Estado de Direito – com vistas à garantia das liberdades de contratar, de ter e de o Estado se abster de intervir em suas relações jurídicas, a fim de manter o status quo a seu favor.

Os direitos fundamentais sociais, propositalmente posicionados topograficamente antes da organização do Estado para refletir **a relevância das liberdades e da igualdade em face da autoridade**, passam a identificar a faceta condicionante do Estado Democrático de Direito e da ordem econômica à garantia dos direitos sociais, culturais e econômicos, que permeiam toda a Carta de Outubro.

Enquanto os direitos fundamentais individuais significaram a transformação social, política e jurídica – do Estado Absolutista para o Estado de Direito – com vistas à garantia das liberdades de contratar, de ter e de o Estado se abster de intervir em suas relações jurídicas, a fim de manter o status quo a seu favor, segundo Ingo Wolfgang Sarlet<sup>2</sup> “[...] os direitos de segunda dimensão podem ser considerados **uma densificação do princípio da justiça social**”, dotados, segundo o art. 5º, §1º, da Constituição, cláusula aberta que os contém, de eficácia imediata.

No ordenamento jurídico brasileiro, após diversas constituições promulgadas e outorgadas e períodos de regimes totalitários, foi somente em 1988 que o país conseguiu, ao menos em tese, atingir o patamar de um Estado **Social** e Democrático de Direito que busca:

[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...].<sup>3</sup>

De acordo com o art. 5º, § 1º, da Constituição, os direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata. O referido artigo “estabelece para os órgãos estatais a tarefa de reconhecerem, à luz do caso concreto, a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”.<sup>4</sup>

Neste sentido, ter eficácia plena e aplicabilidade imediata, que é atributo de todos os direitos fundamentais, e não apenas dos presentes no art. 5º da Lei Maior, significa que não dependem de normas infraconstitucionais para produzirem efeitos, nem podem ser por elas limitados. Dada sua *fundamentalidade*, esses direitos possuem também plena *justiciabilidade*, na medida em que podem ser integralmente exigidos em Juízo.<sup>5</sup>

Significa dizer que, em matéria de direitos sociais, o que muitas vezes pareceram ser

garantias meramente retóricas ou promessas de direitos sociais promovidos por normas programáticas se tornaram, com a *força normativa da Constituição*, prestações positivas extraíveis diretamente de sua *fundamentalidade*, como, v.g., saúde, moradia e direito a creches, num movimento conhecido como *judicialização das políticas públicas*, a maioria delas representadas por ações movidas em face dos Entes Públicos Municipais.

Note-se que os direitos sociais pressupõem que o Estado aja ativamente a fim de superar as desigualdades sociais e garantir justiça material. Percebe-se, assim, o caráter prestacional dos direitos sociais. Entretanto, importa destacar que nem todos os direitos sociais são direitos a prestações estatais, haja vista que também podem ser caracterizados como direitos de defesa, como o direito dos trabalhadores à greve e à liberdade de associação sindical.<sup>6</sup>

Em tempos de *constitucionalização do direito da cidade e do princípio da juridicidade*<sup>7</sup> – segundo o qual cabe à Administração observar, mais do que a lei, a própria Constituição, haurindo diretamente de suas regras e princípios os fundamentos de validade de seus atos –, “aplicar a lei de ofício”,<sup>8</sup> na celebre expressão de Seabra Fagundes, deixou de ser uma atividade supostamente autômata para exigir o desenvolvimento dos poderes-deveres de agir dos Poderes Públicos Municipais no campo de suas autonomias em plena sintonia com os valores e princípios que condicionam a própria validade de seus atos, os constitucionais.

Neste diapasão, os direitos sociais, esses que garantem um mínimo de **igualdade** material, muitas vezes mediante discriminações positivas, para que os cidadãos possam usufruir de suas liberdades, para parte da doutrina constitucionalista,<sup>9</sup> estariam incluídos, ao lado dos individuais (art. 60, §4º, inc. IV, da CRFB), no **núcleo intangível da Constituição** – seja (i) em razão da fluidez semântica e da densidade moral dos “direitos e garantias individuais”, seja (ii) da circunstância de o próprio constituinte haver tornado o rol de direitos expressos na Constituição uma cláusula aberta (art. 5º, § 2º), seja porque pode haver direito individual à igualdade – sendo, neste sentido, insuscetíveis de supressão por emenda constitucional ou de alteração tal capaz de violar uma **cláusula implícita de proibição do retrocesso social**.

**São um antídoto contra a desigualdade social; uma forma de redistribuição pelo sistema constitucional de direitos; um princípio constitucional implícito de justiça redistributiva.**

Em tempos de pandemia por Covid-19, todavia, os próprios direitos sociais imanentes ao direito à cidade entraram em rota de colisão com o direito à saúde, como, por exemplo, o direito à educação fundamental, que cedeu, num primeiro momento, de forma integral, à prevenção ao contágio por *coronavírus*, através da paralisação das aulas escolares no âmbito das redes de ensino das Municipalidades Brasil afora, mesmo sem que se pudesse ofertar naquele momento o acesso a plataformas remotas de ensino e aprendizagem. Houve, portanto, um contraste entre direitos fundamentais sociais, em razão dos males causados pelo *coronavírus*, que deveriam ser resolvidos no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Trata-se, neste artigo, de análise acerca do papel normativo dos Municípios no que

diz respeito ao combate à pandemia por *Covid-19*, no contexto de um Direito à Cidade que reúne não só uma visão multidisciplinar acerca do fenômeno urbano, como as competências municipais garantidas pela autonomia federativa dos entes públicos locais, em especial, em matéria de saúde pública, bem como do eventual contraste entre o direito à saúde e outros direitos fundamentais, individuais ou sociais.

Diante do reconhecimento da competência normativa dos Municípios em matéria de saúde, em especial no que diz respeito às ações de tratamento dos infectados pelo coronavírus e as próprias à vigilância sanitária e epidemiológica, cumpre averiguar quando o cotejo entre o direito à saúde e outros direitos fundamentais, como a liberdade de ir e vir e de se reunir, por exemplo, teria obedecido aos *sobreprincípios*<sup>10</sup> da razoabilidade e da proporcionalidade e quando os teria vulnerado.

Cuidar-se-á também dos conflitos normativos entre Municípios e União, a fim de se verificar se a *jurisprudência de exceção* em razão da *Covid-19*, em torno da interpretação da Lei Federal n. 13.979/2020, serviu ao fortalecimento ou amesquinamento da autonomia municipal.

Paralelamente, cogitar-se-ão daqueles indivíduos que não puderam aderir às regras de prevenção ao contágio por Covid-19 justamente por não disporem de um *mínimo existencial* “urbano” que lho permitissem e até que ponto a pandemia acirrou as desigualdades sociais, atingindo mais, os mais vulneráveis.

Como metodologia acerca do poder normativo municipal e seus eventuais conflitos com o federal, recorrer-se-á ao mapeamento jurisprudencial, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em matéria de fixação e requisitos do exercício de competências federativas da Urbe em face da União, no que diz respeito a decisões envolvendo a garantia do exercício do poder municipal.

Para o contraste com outros direitos fundamentais, serão enumerados exemplos de confronto que derivem da Lei Federal n. 13.979/2020, vulgarmente denominada *Lei do Coronavírus*.

Para a análise do acirramento da desigualdade, utilizar-se-ão os dados primários de pesquisas desenvolvidas por instituições acadêmicas em torno do tema *Covid e Desigualdade*.

## 2. OS DIREITOS SOCIAIS E A CIDADE: “MÍNIMO EXISTENCIAL URBANO”

Além dos direitos sociais fixados no art. 6<sup>o</sup><sup>11</sup> e espalhados ao longo da Constituição, a Carta de Outubro foi além especificamente em relação ao Direito à Cidade: fixou o ensino fundamental como **direito subjetivo** da criança – muito antes de se cogitar de quaisquer discussões acerca da *fundamentalidade* dos direitos sociais, independentemente de legislação interposta, até porque rigorosamente prescindível – e traçou significativas competências municipais em matéria de direitos sociais, inclusive de moradia adequada, assistência social, mais do que de transporte intramunicipal, de mobilidade urbana, segurança, pública, através da Guarda Municipal, e alimentar, e saúde, com destaque para assistência básica e, no caso

da pandemia, também as ações de vigilância sanitária, podendo-se dizer que um rol extenso de direitos sociais integra um **mínimo existencial urbano**, adjetivo que se toma a liberdade de apor à expressão consagrada por se constituir eminentemente de direitos sociais de que deve se desincumbir a Urbe.

Passou-se a exigir da Cidade, para muito além da zeladoria dos espaços públicos, da mobilidade urbana, do lazer, da moradia adequada e do trabalho digno, outros tantos direitos fundamentais sociais, entre os quais, a saúde.

Ocorre que os direitos prestacionais dependem de recursos públicos e, nesse ponto, torna-se evidente a crise do Estado Social brasileiro, cujos recursos são escassos e, muitas vezes, mal geridos.

Nesse cenário de orçamento público insuficiente, haveria um conjunto de direitos básicos do cidadão, insitos à dignidade da pessoa humana, próprios à garantia da igualdade, sem os quais não seria possível o exercício das liberdades: trata-se do assim denominado *mínimo existencial*.<sup>12</sup>

Ricardo Lobo Torres,<sup>13</sup> discorrendo sobre os vários matizes do conceito, no Estado de Polícia derivado da isenção tributária, mínimo até o qual não se tributavam aqueles que não dispunham de recursos, até se converter em direito(s) fundamental(is) no Estado Democrático de Direito, entende que não existe uma definição apriorística dos direitos que contém, devendo ser traduzido em prestações positivas por parte do Estado a partir das quais se lhes garanta dignidade.

Na definição daquele que entendia o “*tributo como o preço da liberdade*”, *mínimo existencial* corresponde ao “direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas.”<sup>14</sup>

Segundo Ana Paula Barcellos,<sup>15</sup> os direitos que estariam incluídos neste *mínimo existencial* envolvem, materialmente, **educação fundamental, saúde básica e assistência aos desamparados e, sob o ponto de vista formal, para exigí-los, o acesso à justiça**, competências que, do ponto de vista material, pertencem aos Municípios.

A Constituição garante ensino fundamental como direito subjetivo das crianças, determina uma série de outras competências legislativas para os Municípios, responsáveis prioritariamente, em matéria de saúde, pela assistência básica – embora, de acordo com o STF, sejam todos os Entes Federativos brasileiros solidariamente responsáveis pela saúde como um todo<sup>16</sup> –, além de assegurar o direito a uma política de habitação social inclusiva e de regularização fundiária urbana entre as políticas urbanas, da cidade.

Esse *mínimo existencial*, porque deve ser garantido ao cidadão, do ponto de vista material, essencialmente pelos Municípios, pode ser considerado mesmo **urbano**, afinal, na cidade, deve-se localizar a moradia adequada, garantir o acesso às creches e escolas, aos postos de saúde e hospitais, aos equipamentos culturais, parques, praças e praias, aos locais de trabalho, aos meios de deslocamento, à mobilidade urbana, aos espaços coletivos e tudo o mais que integra o cotidiano da urbe.



A partir da constatação de que o poder público não consegue garantir universalmente todos os direitos a todas as pessoas, surgiu, na Alemanha, a noção de *reserva do possível*, que seria a ideia de que os direitos sociais e suas prestações dependeriam da capacidade financeira e da real disponibilidade de recursos pelo Estado, cujas decisões a respeito da alocação do orçamento público são discricionárias, salvo quando constitucionalmente vinculadas, e envolvem os conceitos de proporcionalidade e razoabilidade da prestação. A *reserva do possível* representaria, neste sentido, em tese, um limite jurídico e fático à concretização dos direitos fundamentais.<sup>17</sup>

No entanto, esse limite não pode servir de embasamento para se suprimir ou restringir direitos conforme o *princípio da vedação ao retrocesso social*, que constitui uma proteção aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana contra a atuação do legislador e da administração pública,<sup>18</sup> mas passa a exigir do gestor público o ônus argumentativo da demonstração pública das razões republicanas de suas escolhas alocativas prioritárias e da prestação de contas à população acerca de seus gastos.

O direito constitucional à saúde consiste no dever de o Estado prover assistência à saúde de maneira integral, universal e gratuita com o intuito de garantir uma qualidade mínima de vida, dentro de um sistema único de saúde, à população. Sua efetivação não depende apenas do setor da saúde, mas também da execução de políticas públicas que superem as desigualdades sociais e assegurem o pleno desenvolvimento das atuais e futuras gerações.<sup>19</sup>

A fundamentalidade do direito social à saúde decorre da relevância do bem jurídico tutelado, afinal ele é pressuposto para a manutenção de uma vida digna, saudável e de boa qualidade, que é necessária para o usufruto de outros direitos.<sup>20</sup>

Mas fato é que a própria *judicialização* do direito à saúde acabou por se tornar uma nova rotina administrativa, só que agora ampliada para outros órgãos constitucionais, desde a Defensoria Pública até o Judiciário. E assim o será enquanto não prestada a contento pelos Poderes Públicos.

Com efeito, pela divisão de competências constitucionais posta na Lei do Sistema Único de Saúde (Lei Federal n. 8.080/1990), aos Municípios compete, prioritariamente, a assistência básica; aos Estados, os procedimentos de média complexidade; e à União, os de alta complexidade.

Firmou-se, todavia, a jurisprudência no sentido de caber a todos os entes federativos, de forma solidária, a responsabilidade pela garantia do direito social à saúde.<sup>21</sup> Contudo, os recursos públicos são limitados e mal distribuídos, alocados conforme interesses políticos – e não necessidades sociais e econômicas – em um país com notória desigualdade socioeconômica.<sup>22</sup>

Não bastassem, pois, todas as dificuldades enfrentadas pela população para ter garantido seu *mínimo existencial urbano* em matéria de saúde pública perante o Município, muitas vezes tendo que se socorrer do Judiciário para tanto, eis que se abateu sobre o mundo uma pandemia causada pelo vírus Sars-Cov-2, o *coronavírus*, assim declarada pela

OMS em 11 de março de 2020.

### 3. CIDADE, DIREITO SOCIAL À SAÚDE E PANDEMIA POR COVID-19

No Brasil, a situação de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ES-PIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV) veio a ser declarada pelo Ministério da Saúde através da Portaria n. 188/2020 e a situação de calamidade fiscal por Covid-19 veio a ser reconhecida pelo Decreto Legislativo n. 06/2020, do Congresso Nacional; no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, reconheceu-se a situação de emergência sanitária através do Decreto Estadual n. 46.973/2020; e, no âmbito do Município do Rio de Janeiro, a situação de emergência sanitária foi decretada pelo Decreto Rio n. 47.236/2020, enquanto o estado de calamidade fiscal o foi pelo Decreto Rio n. 47.355/2020, reconhecido tanto pela Assembleia Estadual, através do Decreto-Legislativo Fluminense n. 05/2020, quanto pela Lei Municipal Carioca n. 6.738/2020, por força de uma interpretação do artigo 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal literal e conforme o princípio federativo, respectivamente.

#### 3.1 ESTADO DE EMERGÊNCIA SANITÁRIA POR COVID-19

Délton Winter de Carvalho,<sup>23</sup> especialista em Direito dos Desastres, explica a natureza jurídica da Covid-19:

Segundo a OMS, os coronavírus são zoonóticos<sup>1</sup>, o que significa que são transmitidos de animais para pessoas. [...]

As doenças zoológicas são constantemente associadas a mudanças ou a distúrbios ecológicos<sup>2</sup>, numa relação direta entre a degradação dos ecossistemas e o surgimento e a difusão dos patógenos da vida selvagem para humanos.<sup>4</sup> [...]

Os desastres consistem, conceitualmente, em *cataclismo sistêmico* de causas que, combinadas, adquirem consequências catastróficas.

Uma concepção dominante de catástrofe nos remete aos impactos humanos e sociais ocasionados pela natureza<sup>5</sup>, tais como terremotos, tornados, incêndios. Esta *concepção naturalística de catástrofes* tende a vincular os desastres a eventos naturais desencadeadores de danos humanos e à propriedade, dotados estes de grande magnitude. Subjaz a esta noção mais tradicional de desastres, uma distinção *cartesiana* entre homem/natureza, concebendo desastres como aqueles eventos naturais, não habituais e de intensidade irresistível.

No entanto, a evolução tecnológica e científica da Sociedade Contemporânea ocorrida, principalmente, após a industrialização, desencadeou a ampliação da capacidade de intervenção do homem sobre a natureza, havendo, em quase todos desastres denominados *naturais*, algum fator antropogênico<sup>17</sup>, o que frequentemente torna as fronteiras entre estes conceitos turvas. Apesar de tais dificuldades conceituais, para fins didáticos, os desastres são constantemente descritos e classificados segundo suas causas, como "naturais", mistos ou antropogênicos. Os desastres *naturais* são aqueles decorrentes imediatamente de fenômenos naturais, atribuíveis ao exterior do sistema social, sendo frequentemente classificados em categorias de desastres geofísicos, meteorológicos, hidrológicos, climatológicos e biológicos. Entre os exemplos de desastres biológicos, encontram-se as epidemias e as infestações de insetos. [...]

Note-se, portanto, que as pandemias são frequentemente passíveis de se configurarem em *desastres biológicos*, geralmente sob a classificação de *naturais*, em dicotomia aos desastres antropogênicos, com as devidas ressalvas já observadas aqui neste texto sobre o critério da "causalidade natural".

Em suas especificidades, este [o do coronavírus] consiste em um verdadeiro *desastre ao sistema de saúde pública mundial*.<sup>24</sup> (g.n.)

Não foi à toa que, na decretação da situação de emergência por Covid-19, através

do **Decreto Municipal nº 47.263/2020**, o Município do Rio de Janeiro, adequadamente, o classifica como tal, com fundamento na legislação de defesa civil:

Art. 1º Fica declarada Situação de Emergência no Município do Rio de Janeiro, em conformidade com as prescrições contidas no Formulário de Informações do Desastre - FIDE e demais documentos anexos a este Decreto, em virtude do desastre classificado e codificado como DOENÇAS INFECCIOSAS VIRAIS - COBRADE 1.5.1.1.0, pela Instrução Normativa nº 2, de 20 de dezembro de 2016, do então Ministério da Integração Nacional, que estabelece procedimentos e critérios para a decretação de situação de emergência ou estado de calamidade pública pelos Municípios, Estados e pelo Distrito Federal, e para o reconhecimento federal das situações de anormalidade decretadas pelos entes federativos, e dá outras providências. (g.n.)

A Lei do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil (Lei Federal n. 12.608/12), que disciplina as situações de emergência e de calamidade pública, dispõe que:

Art. 5º São objetivos da PNPDEC:

[...]

VIII - monitorar os eventos meteorológicos, hidrológicos, geológicos, biológicos, nucleares, químicos e outros potencialmente causadores de desastres;

Art. 6º Compete à União:

[...]

§ 1º O Plano Nacional de Proteção e Defesa Civil conterá, no mínimo:

[...]

II - as diretrizes de ação governamental de proteção e defesa civil no âmbito nacional e regional, em especial quanto à rede de monitoramento meteorológico, hidrológico e geológico e dos riscos biológicos, nucleares e químicos e à produção de alertas antecipados das regiões com risco de desastres. (g.n.)

A pandemia por *Covid-19* é reconhecida cientificamente, como um **desastre biológico**, conforme indicado por Délton Winter de Carvalho,<sup>25</sup> havendo repercussão na população em caráter mundial: daí o termo “pandemia” utilizado. **Esse desastre biológico deriva de um desequilíbrio ambiental que decorre per se de uma inobservância a um outro direito fundamental constitucional, desta feita, de terceira geração: ao do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Decorre da inobservância ao direito fundamental a cidadões sustentáveis.**

Neste sentido, não há que se confundir a situação de emergência sanitária com o estado de calamidade fiscal que acometeu a União e, por força da rápida propagação do vírus, pelos demais entes da Federação: enquanto aquele diz respeito à questão sanitária e epidemiológica, este reflete seus impactos financeiros e a flexibilização das exigências de equilíbrio fiscal impostas pelo direito financeiro brasileiro diante da necessidade<sup>26</sup> irrefreável de prover os gastos destinados ao combate à *Covid-19* e, por isso, mitigar as exigências de equilíbrio fiscal que porventura os obstaculizem.

De toda forma, prontamente, a União publicou a Lei Federal n. 13.979/2020, que cuidou de prever **medidas drásticas de restrição aos direitos fundamentais** em nome da preponderância do direito à saúde, cuja vertente da vigilância sanitária se tornou fundamental para a contenção da expansão do contágio pelo novo vírus SARS-Cov-2 paralelamente ao cuidado aos acometidos da doença da *Covid-19*.

Com efeito, a Lei Federal n. 13.979/2020 autorizou a adoção das seguintes medidas:

Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitas de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

I - isolamento;

II - quarentena;

[...]

§ 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.

[...]

§ 7º As medidas previstas neste artigo poderão ser adotadas:

I - pelo Ministério da Saúde;

II - pelos gestores locais de saúde, desde que autorizados pelo Ministério da Saúde, nas hipóteses dos incisos I, II, V, VI e VIII do caput deste artigo; ou

III - pelos gestores locais de saúde, nas hipóteses dos incisos III, IV e V do caput deste artigo. (g.n.)

Quarentena e confinamento são medidas de **restrição às liberdades de ir e vir, de autonomia da vontade, de livre iniciativa e empresa e de reunião**, que, longe dos *estados de exceção constitucional* – nos quais também são constitucionalmente permitidas restrições às liberdades ambulatoriais e de reunião, por exemplo, mas com sério comprometimento ao Estado Democrático de Direito –, significaram apenas medidas recomendadas pelo Poder Público como forma de contenção do contágio pelo *coronavírus* antes que o surto pandêmico atingisse uma quantidade tal de cidadãos que o sistema de saúde não pudesse mais suportar o número de possíveis infectados pela doença, mas não deixaram de significar uma ponderação com o direito à saúde no qual este veio a preponderar em relação aos demais.

**Houve, portanto, na colisão entre direitos fundamentais, a verificação de o quanto o sacrifício às liberdades de ir e vir, de reunião, de livre iniciativa, de autonomia da vontade, de liberdade econômica significaram ônus proporcionalmente menor em relação ao benefício das vidas poupadas do contágio pelo mortal e implacável *coronavírus*.**

Restava, porém, definir (i) qual ente federativo seria competente para estabelecer quais atividades seriam consideradas essenciais o bastante para permitir que tais medidas pudessem ser *flexibilizadas*, como o *ir e vir* dos próprios profissionais encarregados de manter o sistema de saúde funcionando em permanente situação de emergência e (ii) neste caso, como essa regulação deveria obedecer aos *sobreprincípios* da razoabilidade e da proporcionalidade.

### 3.2 COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ENTES ESTADUAIS E, SUPLEMENTAR, DOS MUNICIPAIS

Na primeira hipótese – de perquirição sobre se caberia somente à União definir quais seriam os **serviços essenciais** (e essa definição implicava sérias consequências à liberdade econômica, por exemplo) ou aos demais Entes Federativos, no âmbito de seus territórios –, coube ao Supremo Tribunal Federal definir a questão.

**A Suprema Corte reconheceu, no julgamento da ADI n. 6341, numa interpretação do artigo 3º do referido diploma legal conforme a Constituição, a competência de Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios para disciplinar os institutos por meio de atos normativos e administrativos, de forma delimitada no tempo e no espaço.**

Assim, caiu a exigência de autorização do Ministério da Saúde prevista no §7º, inc. II, do mesmo art. 3º da “*Lei do Coronavírus*” e **se legitimaram as regulamentações dos institutos do isolamento e, em especial, da quarentena, com sua restrição de atividades e separação das pessoas suspeitas de contaminação (em suas casas) já tipificados em lei de conteúdo, neste ponto, nacional**, tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido a competência concorrente legislativa de todos os Entes Federativos brasileiros acerca da matéria, como de resto já inferira dos artigos 196 a 198 do texto constitucional a responsabilidade solidária de todos pelo direito coletivo à saúde.<sup>27</sup>

Com efeito, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 672/DF, a Corte Suprema, entendendo que a política pública de saúde consistiria de preceitos fundamentais que poderiam estar sendo violados, assim como o princípio federativo e a separação dos poderes, reconheceu a competência concorrente de Estados e Distrito Federal e, suplementar, dos Municípios, para tratar de saúde (art. 23, inc. II e IX) e, portanto, do combate ao *coronavírus*, com fundamento nos artigos 24, inc. XII c/c 25, §1º c/c 30, inc. II, da Constituição, de modo que assegurou aos governos estaduais, distrital e municipais, no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus territórios, competência para a adoção ou manutenção de medidas restritivas durante a pandemia da *Covid-19*, tais como a imposição de distanciamento social, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais, circulação de pessoas, entre outras.

Na linha da proteção e prevenção aos riscos à saúde provocados pelo perigo de contágio pelo vírus SARS-CoV-2 à população carioca, com base nos institutos da quarentena e do isolamento já definidos, bem como no exercício da vigilância sanitária da ocupação humana do território municipal, sem falar na nova conotação que assume, em tempos pandêmicos, o exercício das funções sociais da Cidade e de um meio ambiente ecologicamente equilibrado postos na Lei Maior, estabeleceram-se, no plano normativo e administrativo, uma série de medidas restritivas à liberdade deambular, de reunião e de livre iniciativa e de autonomia privada, todas embasadas em estudos exarados por uma Comissão Científica formada por especialistas das mais diversas áreas do saber.

Se o ato normativo se legitimou pela decisão da Corte Suprema de Justiça, o ato administrativo passou a contar com um novo requisito de validade: o de estar lastreado em evidências científicas ou dados estatísticos de saúde aptos a justificar e legitimar perante a

sociedade, o que mais tarde veio a ser enfaticamente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de responsabilidade do agente público.

Com efeito, nos julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade<sup>28</sup> acerca da Medida Provisória n. 966/2020, a Corte Suprema entendeu que os atos de agentes públicos, em relação à pandemia da Covid-19, devem observar critérios técnicos e científicos de entidades médicas e sanitárias, observando-se, assim, o princípio da precaução. A Corte julgou que o artigo 2º da Medida Provisória deveria ser interpretado conforme a Constituição, para que se configure como erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação do direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado em razão da inobservância de normas e critérios científicos e técnicos.

Além disso, a matéria já continha disciplinamento no recente **Código de Vigilância Sanitária, Vigilância de Zoonoses e de Inspeção Agropecuária** (Lei Municipal n. 197/2018).

Coube, assim, às Cidades, a partir de evidências científicas e de dados estratégicos de saúde relativos a indicadores como índice de letalidade do vírus, posicionamento da curva de crescimento dos contagiados e nível de ocupação de leitos pelos atingidos pelo *coronavírus*, definir as raras atividades que poderiam ser total ou parcialmente exercidas, ficando todas as demais qualificadas como não essenciais e, quem as exercia, sujeito a quarentena.

O exercício do poder normativo por parte das Municipalidades permitiu que uma verdadeira política pública de combate e prevenção ao contágio pelo *coronavírus* pudesse ser implantada pelos Chefes dos Executivos e Secretários e Gestores Locais de Saúde e Vigilância Sanitária e Epidemiológica através de atos dotados de normatividade, como decretos, resoluções e portarias, que, muitas vezes, foram publicados no dia mesmo em que deveriam começar gozar de vigência e eficácia, de modo que a Administração fosse, se não tão ágil, o menos “atrasada” o possível em relação à capacidade anônima e veloz do contágio viral pelo SARS-Cov-2.

Observe-se, porém, que as medidas compulsórias preconizadas pela Lei do *coronavírus*, como quarentena, isolamento, sepultamento com caixão cerrado, requisição administrativa de bens e serviços e compartilhamento compulsório de dados, por exemplo, implicaram restrições a direitos fundamentais tais como a livre iniciativa, a autonomia individual e as liberdades de locomoção e reunião que muitas vezes foram totalmente preteridos em nome do direito à saúde, como até deveriam ser, mas que, em outras, restaram razoável e desproporcionalmente comprometidos.

### **3.3 CRITÉRIOS DE CONSTITUCIONALIDADE BALIZADORES DAS MEDIDAS RESTRITIVAS A DIREITOS**

**Imperioso delimitar os critérios de constitucionalidade desse poder normativo reconhecido aos Municípios: a uma, respeitar os limites do exercício da competência concorrente à luz do princípio da “hierarquia” (estritamente em relação às normas gerais) e do decidido pelo STF na ADPF 672; a duas, o lastro em evidências científicas ou em dados estatísticos de saúde; a três, a prévia tipificação legal (princípio da**

**legalidade, ainda que fosse a Lei Federal n. 13.979/2020); a quatro, a razoabilidade e a proporcionalidade das medidas tomadas pela Cidade; e, a cinco, sua finalidade, de efetivo combate à Covid-19 e não quaisquer outros fins, ainda mais por se tratar de um ano de eleições municipais.**

Em que pese, no âmbito da competência concorrente dos Municípios, se verifique a prevalência das normas gerais federais sobre as demais, aspecto considerado expressamente no deslinde de inúmeros julgados, na prática tem se mostrado extremamente sutil e controvertida a definição do que seja “legislação prevalente” ou a sempre debatida “norma geral”, razão pela qual não à toa se viu frequente a *judicialização* de demandas.

Da análise minuciosa dos termos consignados no Voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes na ADPF 672, depreende-se a sobreposição, naquele caso concreto, de regras mais severas de outros entes federativos que não a União, aptas a proporcionar maior segurança à saúde pública, ainda que em dissonância ao posicionamento do ente federal. A delicada divergência de posicionamentos entre os entes federativos que, se mal conduzida fosse, poderia estremecer o próprio pacto federativo, teve de ser cuidadosamente contornada pelo Relator.

Naquele julgamento, foi considerado que medidas que neguem a existência ou relevância da pandemia enquanto risco para os direitos constitucionais à vida e saúde vão de encontro aos estudos científicos. Registrou, ainda, a configuração de falta de coerência lógica na conduta e que, diante do dever inerente às autoridades públicas de proteger os direitos à vida e à saúde, quando o Poder Executivo Federal promove políticas decorrentes de decisões de tal cunho, estariam as mesmas eivadas em vícios, sujeitando-as, por consequente, à revisão judicial.<sup>29</sup>

**Como consequência, a regra legal aplicável seria a mais severa naquele caso, que, fatalmente, não sendo a federal, seria municipal ou estadual, conferindo a ideia superficial de prevalência da regra específica quando, tecnicamente, o que teria ocorrido seria a não aplicação de norma federal, porquanto ilegal, e não em função da competência concorrente ou do princípio da especialidade, mas em razão da menor proteção contra o risco do *coronavírus*.**

Em outro cenário, na STP 676,30 discutiu-se a reabertura de escola militar no município de Belo Horizonte – MG. Apesar da irrisignação do município contra a decisão de reabertura da escola militar, o que contrariou as políticas de prevenção municipais, aparentemente mais severas, o STF entendeu pela prevalência da decisão da instituição federal de retornar seu funcionamento em detrimento ao posicionamento municipal de suspendê-lo.

O Relator Ministro Luiz Fux suscitou, em seu voto, dentre os argumentos, que teriam sido tomadas “*rigorosas providências técnicas e sanitárias adotadas pelo Sistema Colégio Militar do Brasil e pelo Colégio Militar de Belo Horizonte*”, e que, diante da “*existência de controvérsia efetiva acerca das recomendações técnico-científicas aplicáveis à discussão*”, não deveria ser concedida a contracautela pleiteada pelo Município. **Por tal linha de pensamento, restrições a direitos somente seriam permitidas diante da comprovação de ineficiência das metodologias de prevenção adotadas para a reabertura, o que enseja**

## dúvidas sobre uma possível inversão da lógica utilizada na ADPF 672.<sup>31</sup>

Na RCL 42637,<sup>32</sup> discutiram-se as competências dos entes federativos à luz do decidido na ADI 6341 MC.<sup>33</sup> No caso concreto, o TJMG havia determinado que todos os municípios seguissem o posicionamento do respectivo Estado, o que teria acarretado violação à competência legislativa dos municípios e desproporcionalidade na imposição das mesmas medidas a todos os municípios sem observância das características e peculiaridades de cada região.

Nesta oportunidade, restou consignado no voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes assistir razão ao Município entendendo que “[...] a dinâmica estabelecida pelo ato impugnado, ao impor aos municípios, de forma absoluta, as regras da Deliberação nº 17/2020 e da Lei Estadual 13.317/1999 caminha, inevitavelmente, na contramão do federalismo cooperativo, em efetivo prejuízo ao princípio da predominância do interesse local [...]”, finalizando com a seguinte conclusão:

Nessas circunstâncias, o Tribunal de origem, ao impor as normas estabelecidas no âmbito estadual aos municípios, acabou por esvaziar a competência própria dos municípios do Estado de Minas Gerais para dispor, mediante decreto, sobre o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais durante o período de enfrentamento da pandemia, ofendendo, por consequência, o decidido por esta CORTE na ADI 6341 (Redator p/ o Acórdão Min. Edson Fachin, Pleno, julgamento em 15/4/2020).

Nessa linha, um dos vieses da análise relativa à proporcionalidade e razoabilidade das decisões, no que tange à identificação e divisão de competências, seria distinguir a norma geral do interesse regional, contraposto ao interesse local; a competência municipal em face da estadual, haja vista a assimetria de municipalidades num mesmo território estadual, o princípio da proteção mais rigorosa contra a ameaça de Covid-19 e o daquela que respeitasse ao mesmo tempo a autonomia do ente federativo e a proteção cientificamente melhor embasada. Trata-se de uma jurisprudência de exceção, construída num cenário de avanço galopante da Covid-19 mundo afora e de suas vítimas fatais.

Diante da disparidade da realidade dos entes sobre os quais se legisla, como no caso da tentativa de aplicação da lei estadual sobre todos os municípios indistintamente, verificou-se uma predominância na análise à luz das necessidades locais como medida de razoabilidade, aplicando-se o princípio da subsidiariedade, ou o da “especialidade” (**interesse local**) em detrimento do princípio da “hierarquia” (das **normas gerais federais**), tendo este sido constantemente invocado em decisões que têm por fundamento justamente a competência concorrente dos entes federativos para legislar sobre a saúde.<sup>34</sup>

Outro importante filtro da validade dos atos administrativos praticados durante a pandemia é a finalidade do ato administrativo, que não pode ser praticado para fins outros, mas sob o pretexto do combate à Covid-19.

A finalidade do ato administrativo exige que se cumpra o fim a que ele se destina, não podendo ser desviado de rota, sob pena de malferir princípios como os da impessoalidade e da moralidade, mas vai muito além disso. Durante a pandemia, frequentemente, divergências *judicializadas* sobre a competência legislativa foram solucionadas em função da matéria, promovendo um *mix* entre os conceitos de finalidade e matéria legislativa.



Mais especificamente, dispositivos legais versando sobre matérias que desbordariam da competência legislativa de determinado ente foram consideradas constitucionais em razão de terem por finalidade a proteção do direito à vida, à saúde pública e/ou combate à pandemia de COVID-19, atraindo a aplicação da regra da competência legislativa concorrente. Isto é, diante da concomitância de matérias legislativas, analisou-se a finalidade da norma, prevalecendo a análise voltada para o direito à saúde sobre as demais.<sup>35 36</sup>

Muito relevante é o contorno conferido à finalidade à luz da destinação de receitas após a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 106, de 07 de maio de 2020, e da Lei Complementar n. 173/2020, de 27 de maio de 2020, diplomas legais responsáveis pelo estabelecimento do Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (*Covid-19*), prevendo mecanismos pautados na flexibilização de restrições previstas na temida Lei de Responsabilidade Fiscal, transferência de recursos da União,<sup>37</sup> etc.

A Emenda Constitucional n. 106, batizada como “orçamento de guerra”, é precisa, já em seu artigo 1º, acerca da excepcionalidade e temporariedade que lhe são características, bem como da imprescindibilidade de que a finalidade do ato esteja voltada para o combate à pandemia como condicionante para as flexibilizações que promove.<sup>38</sup> Por sua vez, a Lei Complementar n. 173/2020, ao alterar o artigo 65, da Lei de Responsabilidade Fiscal, inseriu como condicionante para fruição de alguns benefícios “*que os recursos arrecadados sejam destinados ao combate à calamidade pública*”.

Nessa linha, na SLS n. 2794, o STJ, em sede de decisão monocrática, entendeu que configura desvio de finalidade a utilização de recursos provenientes da LC 173/2020 para outros fins que não ações de saúde e assistência social voltadas para o combate ao coronavírus.<sup>39</sup> Ou seja, o auxílio financeiro não pode ter uma predestinação por parte dos entes públicos beneficiados, porque há uma premissa objetiva de que a flexibilização do comprometimento fiscal do Estado só é possível em relação às despesas com a pandemia, não podendo ser desviados seus recursos para quaisquer outros fins.

Por tais razões, a despeito de uma política judicial de *selfrestraint*, o Judiciário na maior parte das vezes, legitimou os atos restritivos, apoiados em evidências científicas, impostos pelos Poderes Públicos, mas reconheceu eventualmente excessos da Cidade, não só na restrição de direitos fundamentais em nome do bem coletivo *saúde*, como também no desvio de finalidade de seus atos em relação ao efetivo combate à pandemia.

**No quadro geral, pode-se concluir que o Supremo Tribunal garantiu aos Municípios uma autonomia responsável e baseada no princípio da precaução, norteadas por adequação a critérios técnicos e científicos, ponderação entre normas gerais e interesse (preponderantemente) local no exercício da competência concorrente em matéria de saúde e observância ao pacto federativo, com preservação ao máximo da autonomia de todos os entes federativos, no combate ao *coronavírus*, reafirmando, em muitas oportunidades, o protagonismo da Cidade neste momento crucial da história humana.**

## 4. CIDADE E DESIGUALDADE SOCIAL

No seu papel gestor, os Municípios têm restringido diversos direitos em prol do combate ao SARS-Cov-2 e da defesa do direito à saúde. Dentre eles, pode-se aludir a limitação ao direito de ir e vir;<sup>40</sup> a proibição de aglomerações e reuniões presenciais;<sup>41</sup> a restrição à livre iniciativa e à autonomia da vontade;<sup>42</sup> e a proibição da suspensão de serviços essenciais como o fornecimento de água, gás e energia.<sup>43</sup>

A conjuntura de pandemia impactou fortemente o cotidiano de todas as pessoas, principalmente das de classe baixa, negras e da periferia, que já sofrem diversos outros problemas cotidianamente. Tais pessoas, quando conseguem acessar a justiça, recorrem ao Judiciário para terem seus direitos menos violados, pleiteando, *v.g.*, a redução de seus alugueis<sup>44</sup> e mensalidades escolares,<sup>45</sup> o impedimento do corte de sua energia e o parcelamento de seus débitos.<sup>46</sup> São elas quem mais sentem as desigualdades sociais e os impactos negativos da pandemia.

É possível se observar que todas as ordens da *etiqueta anti-covid* ou das *regras de ouro* ministradas pela Cidade soaram, muitas vezes, elitistas, inverossímeis ou autoritárias para grande parte da população, tais como, “*Fique em casa*”, “*Lave as mãos*”, “*Use álcool gel*” e “*Mantenha distanciamento social*”.

Trata-se daqueles a quem o direito à prevenção ao contágio restou proscrito não em razão da política pública municipal adotada, mas, diante de omissões estatais históricas e atuais, por integrarem partes da cidade onde o trabalho informal presencial é a única forma de obtenção de renda possível, a metragem quadrada média das habitações e o alto índice de coabitação familiar impedem que se mantenha distanciamento social em relação a membros da família mais vulneráveis e a falta de saneamento básico inviabiliza que o lavar as mãos seja a garantia de não contágio de todo e qualquer vírus.

A *Covid-19* também sofreria os influxos do racismo estrutural brasileiro. Resultados de um estudo do Núcleo de Operações e Inteligência em Saúde, grupo da PUC-Rio,<sup>47</sup> confirmam que pretos e pardos morreram por *Covid-19* mais do que brancos no Brasil.

O grupo analisou a variação da taxa de letalidade da doença no Brasil de acordo com variáveis demográficas e socioeconômicas da população. Cerca de 30 mil casos de notificações de covid-19 até 18 de maio disponibilizados pelo Ministério da Saúde foram levados em conta.

Considerando esses casos, quase 55% de pretos e pardos morreram, enquanto, entre pessoas brancas, esse valor ficou em 38%. A porcentagem foi maior entre pessoas negras do que entre brancas em todas as faixas etárias e também comparando todos os níveis de escolaridade.

O estudo também concluiu que, quanto maior a escolaridade, menor a letalidade da covid-19 nos pacientes. Pessoas sem escolaridade tiveram taxas três vezes superiores (71,3%) às pessoas com nível superior (22,5%).

Cruzando escolaridade com raça, então, a coisa piora: pretos e pardos sem escolaridade tiveram 80,35% de taxas de morte, contra 19,65% dos brancos com nível superior.

“A desigualdade social tem impacto direto nos óbitos entre os mais pobres e com menor escolaridade”,<sup>48</sup> diz, por e-mail, uma das pesquisadoras responsáveis pelo estudo, Paula Maçaira, pesquisadora do Departamento de Engenharia Industrial do CTC/PUC-Rio e integrante do NOIS - Núcleo de Operações e Inteligência em Saúde. “Quanto mais desfavo-

rável a situação do paciente, mais chances ele tem de falecer.”<sup>49</sup>

A percepção do medo e, por isso, os cuidados, porém, são maiores entre os moradores de assentamentos precários em relação ao resto da cidade. Pesquisa realizada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro<sup>50</sup> mostrou que, nas favelas, a percepção de medo da Covid-19 é maior do que no asfalto, o que leva seus moradores a adotarem as medidas de prevenção de maneira muito mais cuidadosa.

O Laboratório de Análise da Violência do Instituto de Ciências Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (LAV-Uerj) realizou a pesquisa “Coronavírus: medo, percepções e crenças”, entre os dias 4 e 15 de maio, pela internet, com 1.203 moradores da cidade do Rio de Janeiro. O estudo mostrou que os reflexos do isolamento social e o medo do vírus são uma realidade na vida de todos os entrevistados, mas a condição social e as crenças políticas ditam o quanto a pessoa vai ser afetada por esse medo. [...]

Números demonstram diferenças de ordem social

A pesquisa mostrou que o medo da doença é maior para os moradores de favela, que também se expõem mais. Entre eles, 77,2% evitaram pegar algum transporte coletivo, contra 92,9% dos que residem fora de comunidades; 72,6% deixaram de trabalhar fora de casa, contra 81,4% dos demais moradores da cidade. E 84,4% evitaram encontrar familiares e amigos, uma realidade para 97,2% dos cariocas do asfalto. Na favela, 71,8% dos habitantes temem o SARS-CoV-2 contra 55,6% fora dela, enquanto 56% têm medo de morrer por Covid-19, em comparação a 33,7% do restante da população.

Em matéria de *Direito dos Desastres*, para os quais deve sempre haver a devida gestão de riscos, certo é que os indivíduos em situação de maior vulnerabilidade serão sempre, em caso de sinistro, os mais atingidos: no caso das chuvas torrenciais, os que morem em encostas; no caso do *coronavírus*, os que contem com histórico de saúde comprometido, que concorram para a existência de comorbidades, os que morem em lugares mais adensados, com pouca aeração e saneamento precário, que facilitem exponencialmente a proliferação do vírus, e os que tenham famílias numerosas em coabitação num mesmo imóvel, contribuindo igualmente para a contaminação de todos.

Não é à toa que lemos, em alguma das inúmeras pesquisas produzidas durante a pandemia, que, no Brasil, o vírus que mais mata não é o *corona*, mas a desigualdade.

Resta, finalmente, cogitar qual cidade, sob a perspectiva do SUS, se terá ou se deverá buscar ter, pós Covid-19. Quais lições a Cidade e seu sistema de saúde aprenderam com a pandemia? Como a Covid-19, assim como outros desastres, cujos riscos cabe à Cidade gerir, revelam a vulnerabilidade superlativa daqueles que moram em condições precárias? Se o problema não é tanto ou somente o desastre, mas a desigualdade *per se*, o que fazer?

Amartya Sen<sup>51</sup> responde a pergunta com a garantia das liberdades, firme na convicção de que elas assegurarão igualdade e, até mesmo, desenvolvimento, porque, através delas e da emancipação democrática, o indivíduo é capaz de fazer valer seus direitos, de não ter fome a se desenvolver economicamente.

O Sistema Único de Saúde, apesar de todas as mazelas, sairá maior da Covid-19, mas é preciso que a política pública de moradia popular passe a merecer maior investimento por parte da Cidade. Para João Sette, uma vinculação orçamentária constitucional, tal qual existe na Saúde e na Educação, ajudaria bastante.

## 5. NOTAS

1. SENNETT, R. **Construir e Habitar**. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2018, p. 19.
  2. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2001, p. 50.
  3. BRASIL. Constituição da República. Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
  4. SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988, **Revista Diálogo Jurídico**, ano I, vol. I, nº. 1, Salvador, 2001, p. 29.
  5. *ibid.*, p. 31.
  6. *ibid.*, p. 18-19.
  7. SESIN, Domingo J. **Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional e Técnica**. Buenos Aires: Depalma, 1994. ENTERRIA, García de. e RAMON FERNANDEZ, Tomás. **Curso de Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 1999, v. I, p. 429. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.
  8. FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 4-5.
  9. SARLET, Ingo W. A problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição. In: SARLET, Ingo W. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
  10. Segundo Humberto Ávila, razoabilidade e proporcionalidade são princípios que auxiliam o interprete na interpretação de outros princípios, de modo que deveriam receber o adjetivo de *sobreprincípios*. (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2019).
  11. **CRFB**
- Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (g.n.)**
12. Para outras conceituações de *mínimo existencial*, confira-se: CARDOSO, Itala Lopes; CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. O mínimo existencial do direito à saúde no SUS: o caso do Programa Saúde da Família. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, 5(4):9-26, out./dez, 2016, p. 5-7.
  13. TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. v. III Os Direitos Humanos e a Tributação – imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
  14. *op. cit.*, p. 141.
  15. BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais - O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
  16. RE 855178 – RE –Repercussão Geral – Tema 793 – Tese:
- Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.
17. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações.

**Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 16, n. 2, p. 459-488, jul./dez. 2015, p. 470-471.

18. *ibid.*, p. 477.

19. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 67, 2008, p. 4.

20. *ibid.*, p. 5.

21. EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. (RE 855178 RG, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-050 DIVULG 13-03-2015 PUBLIC 16-03-2015) A repercussão geral veio a ser aprovada e votada, passando a ser o Tema 793.

Tese:

**Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.**

22. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos sociais, estado de direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. **Quaestio Juris**, v. 8, n. 3, Rio de Janeiro, 2015, p. 2082-2083.

23. CARVALHO, Délton Vinter. A natureza jurídica da pandemia da Covid-19 como um desastre biológico. **Conjur**, São Paulo, 21 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-21/direito-pos-graduacao-natureza-juridica-pandemia-covid-19>

-19-desastre-biologico. Acesso em: 20 jun. 2020.

24. Em *Live*, realizada em 22/06/20, pelo Instituto de Direito Público, para tratar da **Desigualdade e Cidade em tempos de Pandemia**, a especialista Fernanda Damascena classifica a *Covid-19* como um desastre sanitário. Confira em: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PÚBLICO. **Cidades e Desigualdades: reflexos do Covid-19 na pandemia**. Disponível em: <https://www.idp.edu.br/eventos/cidades-e-desigualdades-reflexos-da-pandemia-do-covid-19-grupo-de-estudos-o-direito-em-tempos-de-covid-19/>. Acesso em: 15 ago. 2020.

25. CARVALHO, Délton Winter. *op. Cit.*

26. Através da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6357, deferida em 29 de março de 2020, o Ministro Alexandre de Moraes, afastou as exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar Federal n. 101/2000) e da Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei Federal n. 13.898/2019), relativas à demonstração de adequação e compensação orçamentária para a criação e expansão de programas públicos destinados ao enfrentamento da *Covid-19* e, no primeiro caso, de ofício, as estendeu a Estados e Municípios, em decisão recentemente referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

27. RE 855.178-RG, Rel. Min. Luiz Fux (Tema 793)

28. As ações foram ajuizadas pela Rede Sustentabilidade (ADI 6421), pelo Cidadania (ADI 6422), pelo Partido Socialismo e Liberdade (ADI 6424), pelo Partido Comunista do Brasil (ADI 6425), pela Associação

Brasileira de Imprensa (ADI 6427), pelo Partido Democrático Trabalhista (ADI 6428) e pelo Partido Verde (6431).

29. STF. ADPF 672. Relator Ministro Alexandre de Moraes – Fragmento do Voto do Relator: “*Em respeito à Separação de Poderes, ao Presidente da República, como força motriz na condução do Estado nos regimes presidencialistas, compete à chefia da administração pública federal o planejamento e a execução de políticas públicas de âmbito nacional, visando à atenuação dos efeitos sociais e econômicos da pandemia. [...] Ressalte-se, entretanto, que o caráter discricionário das medidas realizadas pelo Presidente da República, bem como de suas eventuais omissões, é passível de controle jurisdicional, pois está vinculado ao império constitucional, exigindo a obediência das autoridades ao Direito, e, em especial, ao respeito e efetividade aos direitos fundamentais. [...] Não compete ao Poder Judiciário substituir o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo Presidente da República no exercício de suas competências constitucionais, porém é seu dever constitucional exercer o juízo de verificação da exatidão do exercício dessa discricionariedade executiva perante a constitucionalidade das medidas tomadas, verificando a realidade dos fatos e também a coerência lógica da decisão com as situações concretas. Se ausente a coerência, as medidas estarão viciadas por infringência ao ordenamento jurídico constitucional e, mais especificamente, ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente, arbitrárias*”. (g.n.) Data de Julgamento: 13/10/2020, Data de Publicação: 29/10/2020.

30. Supremo Tribunal Federal. SUSPENSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA 676 MINAS GERAIS. Fragmento da decisão: “*Nada obstante, à luz da argumentação formulada pelo Município requerente e dos elementos constantes nos autos não se depreende claramente, acima de dúvida razoável, a existência de potencial lesão de natureza grave ao interesse público a ensejar a concessão da medida pleiteada. Com efeito, nada obstante a decisão administrativa municipal esteja supostamente amparada em um planejamento (Decreto nº 17.361, de 22 de maio de 2020), a União, na qualidade de agravante nos autos do processo nº 1031780-72.2020.4.01.0000, aponta “rigorosas providências técnicas e sanitárias adotadas pelo Sistema Colégio Militar do Brasil e pelo Colégio Militar de Belo Horizonte”, tendo sido acostados aos autos documentos como: i) o protocolo sanitário elaborado pelo Exército Brasileiro, o qual compreende as medidas de adaptação das atividades pedagógicas; ii) o comunicado emitido pelo Comando e Direção do Colégio Militar de Belo Horizonte com a programação e regras acerca do retorno às aulas (doc. 2, p. 69); e iii) o documento que trata do cumprimento de informações da Requisição (Inquérito Civil nº 1.222.000.000625/2020-19) assinado pelo comandante e diretor de ensino do Centro de Preparação de Oficiais da Reserva (CPOR/CM-BH), atestando a possibilidade de retorno às aulas com segurança, considerando medidas e protocolos adotados (doc. 2, p. 71)”*”. (g.n.) Relator: Ministro Luiz Fux, Data de Julgamento: 21/10/2020, Data de Publicação: 23/10/2020.

31. STF. ADPF 672. “*Dessa maneira, não compete ao Poder Executivo federal afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento ou isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outros mecanismos reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos, como demonstram a recomendação da OMS (Organização Mundial de Saúde) e vários estudos técnico-científicos, como, por exemplo, os estudos realizados pelo Imperial College of London, a partir de modelos matemáticos (The Global Impact of COVID-19 and Strategies for Mitigation and Suppression, vários autores; Impact of nonpharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand, vários autores)*”. (g.n.) Relator: Ministro Alexandre de Moraes, Data de Julgamento: 13/10/2020, Data de Publicação: 29/10/2020.

32. STF. RCL 42.637. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Data de Julgamento: 09/09/2020, Data de Publicação: 24/09/2020.

33. “*REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979*

DE 2020. **COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. [...]** 4. *A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles.* 5. *É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços de saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços.* 6. *O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde.* 7. *Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde. [...]* (ADI 6341 MC-Ref, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-271 DIVULG 12-11-2020 PUBLIC 13-11-2020) (g.n.)

34. TJRJ. 5ª Câmara Cível. MS 0023149-25.2020.8.19.0000. “[...] a competência para adoção das medidas de combate e prevenção à COVID-19, por se tratar de questão afeita à saúde, é concorrente<sup>1</sup>, como indicado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, quando referendou a medida cautelar deferida pelo Relator Min. Marco Aurélio na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341. A ADI citada tem como objeto a Medida Provisória nº 926/2020, editada para alterar dispositivos da lei nº 13.979/2020, e o STF esclareceu que todos os entes, no respectivo âmbito territorial, podem determinar medidas restritivas durante a pandemia do novo coronavírus. Assim, as providências normativas e administrativas podem ser determinadas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, observado o princípio da hierarquia das normas, segundo o qual a legislação federal tem primazia sobre a estadual e municipal e, a estadual sobre a municipal”. (g.n.) Relatora: Desembargadora Cláudia Telles de Menezes, Data de Julgamento: 02/09/2020, Data de Publicação: 04/09/2020.

35. TJRJ AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 0036587-21.2020.8.19.0000. Nesse caso foi mantida a proibição de realização de obras em condomínio durante a Pandemia. Não obstante a competência legislativa sobre matéria de direito civil ser privativa da União, nos termos do inciso I, do artigo 22, da CRFB/88, a restrição imposta às relações de natureza civil se deu em função do objetivo de combate à pandemia de COVID-19, atirando a competência concorrente de todos os entes federativos para legislar sobre saúde. Relator: Desembargador Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara, Data de Julgamento: 20/07/20, Data de Publicação: 22/07/2020.

36. TJRJ. 0023149-25.2020.8.19.0000. Fragmento do Voto da Desembargadora Relatora Cláudia de Menezes: “[...] Alegam os impetrantes, primeiramente, que a competência para legislar sobre trânsito e transporte é privativa da União e que a BR040 é rodovia de competência federal, não tendo o Prefeito qualquer ingerência sobre seus acessos e saídas. Ocorre que, além de o ato ora impugnado não afetar a BR 040, a competência para adoção das medidas de combate e prevenção à COVID-19, por se tratar de questão afeita à saúde, é concorrente[...]”. (g.n.) Data de Julgamento: 02/09/2020, Data de Publicação: 04/09/2020.

37. LC 173/2020. Art. 1º, §1º, inc. III: “entrega de recursos da União, na forma de auxílio financeiro, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, no exercício de 2020, e em ações de enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19)”.

38. Emenda Constitucional n. 106, de 07 de maio de 2020: “Art. 1º Durante a vigência de estado de calamidade pública nacional reconhecido pelo Congresso Nacional em razão de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente de pandemia, a União adotará regime extraordinário fiscal,



*financeiro e de contratações para atender às necessidades dele decorrentes, somente naquilo em que a urgência for incompatível com o regime regular, nos termos definidos nesta Emenda Constitucional".* (g.n.)

39. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2794 - MT (2020/0238239-1. Relator Ministro Humberto Martins. Decisão Monocrática. *"Como visto, asseverou-se que o propósito do auxílio financeiro estabelecido na Lei Complementar n. 173/2020 é o de promover ações de enfrentamento à covid-19 e o de mitigar seus efeitos financeiros, de modo que a sua finalidade é vinculada. Assim, a aprovação da Lei Municipal n. 11.022/2020, permitindo a utilização de recursos provenientes da LC n. 173/2020 para outros fins, configura desvio de finalidade da verba, a qual foi destinada exclusivamente para ações de saúde e assistência social".* (g.n.) Data de Julgamento: 21/10/2020.

40. *"PRETENSÃO DE ESCAPAR DAS DIRETRIZES ESTATAIS QUE LIMITAM O TRÂNSITO DOS CIDADÃOS PELOS ESPAÇOS PÚBLICOS EM FUNÇÃO DA PANDEMIA DE COVID-19. 1 Direito constitucional à livre locomoção em território nacional (art. 5º, inc. XV da CRFB) que não ostenta caráter absoluto. [...] as alegadas restrições de circulação não se mostram abusivas ou ilegais, mas, muito pelo contrário, constituem medidas essenciais para garantia mínima contra disseminação e contaminação dos cidadãos cariocas e fluminenses por um vírus que causa moléstia cujos efeitos podem ser letais quando da sua rápida propagação. Permitir que o paciente ou qualquer outro sujeito tenha o privilégio de não observar restrições preventivas a todos impostas significa criar tratamento diferenciado sem motivação idônea para tanto e, em última análise, fomentar a contaminação massiva de sujeitos mais vulneráveis cuja suscetibilidade a desfechos graves é maior."* (TJ-RJ - HC: 0023125-94.2020.8.19.0000, Relatora Desembargadora Maria Angélica Guimarães Guerra Guedes, OE - Secretária do Tribunal Pleno e Órgão Especial, Data de Julgamento: 26/10/2020, Data de Publicação: 03/11/2020)

41. *"IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE ASSEMBLEIA PRESENCIAL DURANTE A PANDEMIA DO COVID 19 EM RAZÃO DO ISOLAMENTO SOCIAL COM A PROIBIÇÃO DE AGLOMERAÇÃO OU REUNIÃO DE PESSOAS FISICAMENTE, DEVENDO O JUÍZO DE ORIGEM, TODAVIA, REALIZÁ-LA NA MODALIDADE VIRTUAL, NOS TERMOS DO ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA REFERIDA RECOMENDAÇÃO Nº 63 DO CNJ."* (TJ-RJ - AI: 0052425-04.2020.8.19.0000, Relator Desembargador Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho, Segunda Câmara Cível, Data de Julgamento: 05/10/2020, Data de Publicação: 07/10/2020)

42. *"DOCUMENTOS ACOSTADOS AOS AUTOS QUE DEMONSTRAM A VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES AUTORAIS, BEM COMO O RISCO DE DANO IRREPARÁVEL CONSUBSTANCIADO NO CANCELAMENTO DO PLANO DE SAÚDE EM MEIO À PANDEMIA DE COVID-19. (...) PREPONDERÂNCIA DOS DIREITOS À SAÚDE E À DIGNIDADE DA PARTE AUTORA SOBRE A AUTONOMIA DE VONTADE DA RÉ."* (TJ-RJ - AI: 0045932-11.2020.8.19.0000, Relatora Desembargadora Sandra Santarém Cardinali, Vigésima Sexta Câmara Cível, Data de Julgamento: 17/09/2020, Data de Publicação: 18/09/2020)

43. *"A LEI ESTADUAL 8.769/20, QUE DISPÕE SOBRE AS MEDIDAS DE PROTEÇÃO À POPULAÇÃO DO RIO DE JANEIRO DURANTE O PLANO DE CONTINGÊNCIA DO COVID-19 DISPÕEM: "ART. 2º. FICA VEDADA A INTERRUPÇÃO DE SERVIÇOS ESSENCIAIS POR FALTA DE PAGAMENTO, PELAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS.". ATÉ MESMO PARA DÉBITOS ANTIGOS, HÁ VEDAÇÃO LEGAL DE INTERRUPÇÃO DO SERVIÇO DE ENERGIA: 2º - APÓS O FIM DAS RESTRIÇÕES DECORRENTES DO PLANO DE CONTINGÊNCIA, AS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO, ANTES DE PROCEDER A INTERRUPÇÃO DO SERVIÇO EM RAZÃO DA INADIMPLÊNCIA ANTERIOR A MARÇO DE 2020, DEVERÃO POSSIBILITAR O PARCELAMENTO DO DÉBITO PELO CONSUMIDOR."* (TJ-RJ - AI: 0037891-55.2020.8.19.0000, Relatora Desembargadora Inês da Trindade Chaves de Melo, Sexta Câmara Cível, Data de Julgamento: 23/09/2020, Data de Publicação: 02/10/2020)

44. *"DESPEJO - LIMINAR DEFERIDA PARA REDUÇÃO DO VALOR DO ALUGUEL E OBSTAR DESPEJO. COVID 19. CARÁTER DE EXCEPCIONALIDADE. Agravo de instrumento em face de decisão que deferiu antecipação de tutela para impedir o despejo da agravada do imóvel locado, bem como autorizar que a mesma efetue o pagamento do valor correspondente a 50% do aluguel, a contar do mês de abril/2020."*



[...] *Necessidade de convalidação da medida de redução do valor locativo. Impactos na vida financeira da agravada, que inclusive desocupou o imóvel.*" (TJ-RJ - AI: 0051381-47.2020.8.19.0000, Relatora Desembargadora Natacha Nascimento Gomes Tostes Gonçalves de Oliveira, Vigésima Sexta Câmara Cível, Data de Julgamento: 17/09/2020, Data de Publicação: 18/09/2020).

45. *"Relação de consumo. Redução de mensalidade em curso de ensino superior em razão da pandemia de covid-19. UNIGRANRIO. Decisão que concede tutela provisória de urgência deferindo desconto de 40%. Insurgência da parte ré. Possibilidade de revisão de cláusulas contratuais com base na onerosidade excessiva (art. 6º, V do CDC). Pandemia de covid-19 que afetou significativamente o modo de prestação do serviço de presencial para virtual. Necessidade de reequilíbrio contratual. Dever de solidariedade (art. 3, I da Constituição Federal)."* (TJ-RJ - AI: 0046402-42.2020.8.19.0000, Relator Desembargador Peterson Barroso Simão, Terceira Câmara Cível, Data de Julgamento: 19/10/2020, Data de Publicação: 28/10/2020).

46. *"Com efeito, a Lei Estadual nº 8.769/2020, ao dispor sobre medidas de proteção à população fluminense durante o plano de contingência do COVID-19, proibiu a suspensão dos serviços essenciais por falta de pagamento pelas concessionárias de serviço público. A restrição ao corte do serviço essencial imposta pela legislação estadual não distingue débitos atuais ou pretéritos do consumidor, conforme se extrai da leitura do §2º, art. 2º da Lei Estadual nº 8.769/2020. [...] quanto à alegada cobrança excessiva do serviço essencial, a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça orienta-se no sentido da possibilidade de a parte autora realizar o pagamento do débito por consignação nos autos, conforme a média registrada nos últimos seis, conforme entendimento sedimentado na Súmula nº 195 deste TJRJ [...]"* (TJ-RJ - AI: 0018961-86.2020.8.19.0000, Relatora Desembargadora Sandra Santarém Cardinali, Vigésima Sexta Câmara Cível, Data de Julgamento: 21/05/2020, Data de Publicação: 22/05/2020).

47. GRAGNANI, Juliana. Por que o coronavírus mata mais as pessoas negras e pobres no Brasil e no mundo? **BBC News Brasil**, Londres, 12 jul. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53338421>. Acesso em: 18 nov. 2020.

48. *ibid.*

49. *ibid.*

50. UERJ. Pesquisa da Uerj revela influência das desigualdades sociais e crenças políticas na percepção sobre a Covid-19, Rio de Janeiro, UERJ, 2020. Disponível em: <https://www.uerj.br/noticia/pesquisa-da-uerj-revela-influencia-das-desigualdades-sociais-e-crencas-politicas-na-percepcao-sobre-a-covid-19/>. Acesso em: 18 nov. 2020.

51. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais** - O princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Rio de Janeiro, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: outorgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 106, de 7 de maio de 2020**. Institui regime extraordinário fiscal,

financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. Brasília, DF: Presidência da República, 2020.

BRASIL. **Lei Complementar n. 173/2020, de 27 de maio de 2020.** Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020.

BRASIL. **Lei Federal n. 13.979/2020, de 6 de fevereiro de 2020.** Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6341 - MC-Ref. Relator: Marco Aurélio; Relator p/ Acórdão: Edson Fachin, 15 de abril de 2020. Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 271, div. 12 nov. 2020, pub. 13 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 672. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 13 de outubro de 2020. Brasília: STF, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6357. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 29 de março de 2020. Brasília: STF, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RCL nº 42.637. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 9 de setembro de 2020. Brasília: STF, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 855178/RG. Relator: Min. Luiz Fux, 5 de março de 2015. Tribunal Pleno. Processo Eletrônico Repercussão Geral – Mérito. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 050, div. 13 mar. 2015, pub. 16 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2794/ MT. 2020/0238239-1. Relator: Min. Humberto Martins, 21 de outubro de 2020. Decisão Monocrática. Brasília: STF, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Provisória nº 676/MG. Relator: Min. Luiz Fux, 21 de outubro de 2020. Brasília: STF, 2020.

CARDOSO, Ítala Lopes; CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. O mínimo existencial do direito à saúde no SUS: o caso do Programa Saúde da Família. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, 5(4):9-26, out./dez, 2016.

CARVALHO, Délon Vinter. A natureza jurídica da pandemia da Covid-19 como um desastre biológico. **Conjur**, São Paulo, 21 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-21/direito-pos-graduacao-natureza-juridica-pandemia-covid-19-desastre-biologico>. Acesso em: 20 jun. 2020.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GRAGNANI, Juliana. Por que o coronavírus mata mais as pessoas negras e pobres no Brasil e no mundo? **BBC News Brasil**, Londres, 12 jul. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53338421>. Acesso em: 18 nov. 2020.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos sociais, estado de direito e desigualdade: reflexões sobre as

críticas à judicialização dos direitos prestacionais. **Quaestio Juris**, v. 8, n. 3, Rio de Janeiro, 2015.

RIO DE JANEIRO. Decreto Municipal nº 47.263, de 17 de março de 2020. Declara Situação de Emergência no Município do Rio de Janeiro, em face da pandemia do Co-ronavírus - Covid-19, e dá outras providências. Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro: Ano XXXIV, Rio e Janeiro, RJ, p. 3, 18 mar. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2001.

SARLET, Ingo W. A problemática dos direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição. In: SARLET, Ingo W. **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 16, n. 2, p. 459-488, jul./dez. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, ano I, v. I, n. 1, Salvador, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 67, 2008.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SENNETT, R. **Construir e Habitar**. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Os Direitos Humanos e a Tributação – imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, v. III, 1999.

UERJ. Pesquisa da Uerj revela influência das desigualdades sociais e crenças políticas na percepção sobre a Covid-19, Rio de Janeiro, UERJ, 2020. Disponível em: <https://www.uerj.br/noticia/pesquisa-da-uerj-revela-influencia-das-desigualdades-sociais-e-crencas-politicas-na-percepcao-sobre-a-covid-19/>. Acesso em: 18 nov. 2020.

Recebido em: 30/11/2020

Aceito em: 17/12/2020

# ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NA SOCIEDADE COMPLEXA: A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

*Brazilian constitutional state in complex society: the importance of public policies*

**Kátia Silene Sarturi**

Procuradora Municipal em Campo Grande (MS, Brasil). Mestre em Direito e Doutora em Direito.<sup>1</sup>

## Resumo

O ensaio propõe uma reflexão sobre a importância das políticas públicas na sociedade complexa, tendo por parâmetro o Estado constitucional brasileiro. Para tanto foram apresentados conceitos de sociedade complexa e políticas públicas, contextualizando com o constitucionalismo brasileiro, enfrentando a relação do direito com a política.

**Palavras-chave:** Estado constitucional de direito. Sociedade complexa. Políticas públicas.

## Abstract

The essay proposes a reflection on the importance of public policies in the complex society, having as parameter the Brazilian Constitutional State. For that, concepts of complex society and public policies were presented, contextualizing with Brazilian constitutionalism, facing the relationship of law and politics.

**Keywords:** Constitutional state of law. Complex society. Public policy.

## Sumário

1. Considerações iniciais; 2. Notas a diferenciar (não separar) direito e política; 3. Sociedade complexa; 4. Constitucionalismo a partir da 2ª Guerra Mundial na Europa e após a ditadura no Brasil; 5. Conceituação e definição de parâmetros de escolha; 6. Conclusões a evidenciar a importância das políticas públicas; 7. Notas; Referências

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No Brasil e em diversos países do mundo percebe-se uma maior proeminência do Poder Judiciário na condução dos ditames relativos a políticas públicas.<sup>2</sup> Essa nova atuação está a refletir uma mudança paradigmática na teoria tripartite dos poderes, ao menos se pensada na sua concepção clássica, que mesmo naquele pensamento já não admitia separação radical entre os Poderes, mas, ainda assim, considerada como fundamento para a intocabilidade de temas como políticas públicas pelo Judiciário.

Tem-se por ativista a tendência do Poder Judiciário em substituir os demais poderes nas atribuições a estes inerentes, principalmente em face de condutas omissivas destes Poderes<sup>3</sup> ou como uma singular atuação para materializar direitos fundamentais. É fato que todo o Poder Judiciário, movimento que é capitaneado pelo Supremo Tribunal Federal, tem ganhado destaque em temas que antes da Constituição Federal de 1988 somente seriam tratados pelos demais Poderes.

Em matéria de política pública, questiona-se: em meio às crises institucionais enfrentadas pelos Poderes Executivo e Legislativo deste país, considerando que a sociedade não se sente tutelada e/ou representada por esses Poderes em sua totalidade, somadas às omissões legislativas e falta de instituição de políticas públicas que atendam a todos da sociedade (incluindo as classes minoritárias), bem como a existência da rigidez de normas Constitucionais analíticas, que trazem uma gama de direitos fundamentais do ser humano, poderia o Judiciário permanecer inerte (ou decidir nos estritos limites da interpretação clássica das normas) perante demandas acionadas pelo descumprimento de direitos fundamentais? Na sociedade complexa, o enfrentamento de temas envolvendo políticas públicas também é tema de complexa interpretação constitucional (trocadilho).

A compreensão do Estado no século XXI, em especial no Brasil, é substancial para a compreensão da sociedade complexa, pois os desafios ditos da atualidade, como fenômenos ligados à globalização, a crise da democracia representativa, crises econômicas, questões migratórias, pandemias, problemas ambientais, terrorismo,<sup>4</sup> desafiam a formação de um novo Estado, com perfil reorientado pela formação de blocos políticos e econômicos, com novo olhar acerca da soberania,<sup>5</sup> a exigir uma nova postura do Direito, posto que o Estado é responsável pela produção de normas e instituições que precisam “dar conta” das expressivas mudanças sociais e jurídicas, que exigem políticas públicas capazes de encadear as ações do governo que realizem efetivamente as promessas constitucionais.<sup>6</sup>

## 2. NOTAS A DIFERENCIAR (NÃO SEPARAR) DIREITO E POLÍTICA

As nítidas e essenciais relações entre o direito e a política não os transformam na mesma substância, mas com certeza são partes do mesmo alforje<sup>7</sup> chamado Poder.

Conceitualmente, o direito busca criar padrões de comportamentos e sanções pelo descumprimento do comportamento desejado, tendo assim uma função estabilizadora. Já a política cabe determinar e realizar os fins coletivos.

O direito traz as formas de se organizar e trazer contornos bem definidos para uma atuação política e esta tem como produto e instrumento o próprio direito. A distinção entre

política é direito é fugaz principalmente em face da Constituição Federal de 1988 que constitucionalizando direitos, não é apenas um instrumento de proteção e limitação de poder, mas sim um guia de orientação para o exercício do poder que nunca pode destoar da busca da implementação dos direitos constitucionais.

Desta forma, em uma sociedade complexa, não há rigidez em qualquer separação. As vontades decorrentes do processo político motivado por tensões culturais e sociais, devem subsidiar o arcabouço jurídico a permitir se alcancem os objetivos almejados por uma determinada sociedade. Por isso, o direito é dinâmico e, por ser produto da política, está sujeito a avanços e também a regressões.<sup>8</sup>

Não se descuida, entretanto que, no Brasil, por ser nossa Constituição analítica e programática, não se abrem muitos espaços ao legislador. Com esse panorama o direito tem por principal função permitir o questionamento da validade e legitimidade das próprias normas produzidas no processo legislativo político. Temos uma vinculação constitucional da legislação. A política molda o direito por meio de normas gerais, mas a interpretação e aplicação aos casos concretos se desapega do conteúdo político.<sup>9</sup>

Percebe-se dessa forma a nitidez da separação entre o juiz e político, separação esta inclusive determinada pela Constituição, havendo uma separação institucional. A regra é que as condutas dos cidadãos sejam pautadas pelas diretrizes dos comandos legais decorrentes do processo político. Apenas quando há conflitos, é que a tutela do poder judiciário entra em cena por meio da jurisdição, explicitando o conteúdo da norma e a aplicando ao caso concreto.<sup>10</sup>

E há um sistema constitucional de proteção entre a política e a aplicação do direito. Os órgãos da jurisdição estão protegidos das interferências políticas dos órgãos públicos que possuem poder de decisão, bem como dos partidos políticos. Mas o processo político também é protegido pela existência de regras e limites que os tribunais devem obediência quando da aplicação da lei ao caso concreto. Quando se afirma que a Constituição limita a política não se está a afirmar que há total juridicização da política, sob pena de se converter o político em um mero administrador, o que não se coaduna com a própria política que produz e transcende o próprio direito.<sup>11</sup>

Quando surge o Estado Democrático e Social de Direito, abandonou-se a discricionariedade absoluta dos Estados liberais, estando os governantes limitados em seu agir às determinações de cunho social determinadas pela Constituição. Daí se permite um controle político exercido pelo poder judiciário. A Constituição em si, documento político máximo da nossa nação, que refletiu, quando de sua edição, os aspectos sociais de conflito, com teor revolucionário, principalmente no que se refere à determinação de direitos, faz com esses direitos sejam bastante próximos da Política.<sup>12</sup>

E as escolhas feitas pelo Poder Constituinte, originário e ilimitado, não podem ser comprometidas pela inércia do Poder Constituído, seja em decorrências das ações dos poderes Legislativo ou Executivo. Há na Carta Magna um nítido viés de preocupação social, sendo que a já definição constitucional de direitos sociais configuram direitos públicos subjetivos passíveis de serem exigidos em face do Estado.<sup>13</sup> Assim, o Poder Judiciário pode

analisar questões políticas, mas estando limitado onde há discricionariedade deixada pela Constituição ao administrador e legislador, que permitem a estes a escolha das políticas adequadas, desde que qualquer das escolhas respeitem as disposições da Constituição.

Desta forma, não se pode negar a existência da jurisdição política, para fins de verificação da legitimidade da política adotada. Esta atividade judicial, embora excepcional, eis que não cabe ao Poder Judiciário a formulação de políticas públicas, quando o administrador ou legislador descumprirem mandamentos constitucionais, comprometendo a integridade dos direitos garantidos pela Constituição, é totalmente legítima e necessária em um Estado Democrático e Social de Direito, sendo o Poder Judiciário um papel de controlador de última instância das decisões políticas dos demais poderes, quando o paradigma é a Constituição.

Por conseguinte, a função política pode ser verificada nas funções decorrentes do próprio poder político, quais seja, as funções legislativa, executiva e a judicial.<sup>14</sup> A constituição, de forma política, delimitou, em muito as políticas públicas a serem seguidas, e, como cabe ao Poder Judiciário a verificação de conformidade com a Constituição, se impõe na prática perfil político desse poder.

### 3. SOCIEDADE COMPLEXA

A característica principal de uma sociedade complexa é a existência de riscos e incertezas, além da constatação de que as promessas feitas pela modernidade nunca se concretizarão, sendo certo, ainda, que as sociedades não necessariamente devem caminhar para uma mesma finalidade, que é o desenvolvimento econômico.

Quanto ao tema, devem ser destacadas as características de uma “sociedade de riscos”, conceito trazido em 1980 pelo sociólogo alemão Ulrich Bech. A análise de tais traços é importante, na medida em que o pânico gerado na sociedade possui reflexos no Estado, que se vê responsável na solução dos problemas, obrigando a estender seus braços a amparar a complexa sociedade.

Em sua obra “*La sociedad del riesgo*”, Ulrich Bech, diferencia escalona as modernidades. A primeira (*simples* ou *industrial*) formara-se a partir do século XVIII, caracterizando-se por ser uma sociedade baseada no Estado territorial, nacional e fortemente industrializado. Destaca o autor que a segunda modernidade, na qual vivemos, (“*modernização da modernização*”, “*segunda modernidade*” ou “*modernidade reflexiva*”), escancara as insuficiências e as antinomias pregadas pela primeira modernidade, tentando superar os desafios da globalização, da individualização excessiva, do desemprego, do subemprego, da revolução dos gêneros e dos riscos globais da crise ecológica e da voracidade e volatilidade dos mercados financeiros.<sup>15</sup>

É certo que o homem sempre tenha estado envolto a riscos,<sup>16</sup> mais previsíveis, pois ligados às guerras, fome e doenças, a sociedade moderna, por meio da tecnologia e da técnica, embora embasada na busca do controle total sobre as situações de ameaça, desenvolveu riscos que fogem a qualquer possibilidade de controle.<sup>17</sup>

As duas grandes guerras mundiais do século XX que deixaram mais de 100 milhões de mortos mostrou a total impotência humana em viver em um mundo repleto de incertezas,

cujo resultado fora o Holocausto, o fascismo, os desastres ambientais e nucleares e os imperialismos ideológicos comunista e americano.

A certeza que a ciência pregava não tem mais lugar. As religiões, aptas a fazer as sociedades agirem em cooperação já estão sendo desbancadas pelo Homo Deus.<sup>18</sup>

Conforme destaca Harari, a modernidade é um contrato, sendo que “*todos nós aderimos a ele no dia em que nascemos, e ele regula nossa vida até o dia em que morremos*”.<sup>19</sup> Ocorre que nesse contrato, a incerteza se mostra presente em todos os lugares,<sup>20</sup> inclusive nas ciências e religiões.

Por outro lado, a constatação de que a natureza em si mesma teria como único objetivo servir ao indivíduo não mais subsiste, pelo esgotamento ocasionado pelo desenfreado consumo mundial. O ciclo vicioso de busca de desenvolvimento econômico para se solucionar problemas sempre traz mais problemas a serem resolvidos com mais desenvolvimento econômico.

Maffesoli, analisando as características da modernidade, ressalta que “a projeção no futuro não possui grande sentido; o trabalho é relativizado por muitos centros de interesse; o quantitativo cede lugar ao qualitativo e ao desejo de fazer da vida uma obra de arte”.<sup>21</sup>

Já se percebeu que a ciência humana, bem como toda a sua tecnologia, não resolveram os problemas causados pela natureza ao homem causados por este àquela.

E nesse panorama surge o direito, como aquele que resolveria todas as diferenças. Os bens naturais, por serem naturalmente limitados e os interesses do homem ilimitados, fazem surgir os conflitos de interesses, eis que para se garantir todos os direitos, o interesse de um indivíduo deve prevalecer sobre o do outro, necessariamente. Surgem assim as pretensões resistidas. As denominadas lides. E essas são resolvidas pelo Poder Judiciário.

As multinacionais e também os problemas ambientais não respeitam, entretanto, as fronteiras da Justiça. A dicotomia entre a necessidade do progresso econômico e a consequente produção de riscos afetam o mundo global.<sup>22</sup>

É certo que, embora o potencial destrutivo da tecnologia alcançado pelas sucessivas guerras tenha evidenciado a capacidade de destruição em massa, constatando-se na verdade o ser humano age como um vírus, também proporcionou o surgimento de diversas novas tecnologias presentes em nosso cotidiano, a exemplos os *smartphones*, aplicativos de comunicação, diversos remédios, veículos e diversos equipamentos eletrônicos, todos a tornarem a nossa vida mais fácil e significativa.

Entretanto, a esperada sensação de segurança e prazer que tais novidades poderiam nos trazer sucumbem vez ou outra à inquietude dos desastres ambientais, dos extremismos, da ausência de valores, o que faz a sensação de insegurança ser sentida em todos os lugares, mesmo no interior de nossas protegidas residências.

Além de ter que saber repartir de forma justa a riqueza e assegurar a igualdade, também é necessário repartir e distribuir a destruição e os riscos a todos como a extinção de espécies animais e até mesmo de grupos étnicos, os desastres ambientais, as contaminações



químicas, o esgotamento hidráulico, entre vários outros problemas. Os avanços médicos, morais e sociais que trazem consigo uma maior obrigatoriedade do Estado em relação ao cidadão, trazem consigo algo muitas vezes não querido, mas que veio junto em um pacote único proveniente da venda casada que a geração de riquezas proporciona.<sup>23</sup>

Os riscos não respeitam as divisões sociais, embora os menos abastados sempre se submetam a eles de forma mais exposta. Mesmo na segurança de seu lar, com segurança monitorada, bem alimentado muitas vezes com transgênicos e com recursos mais que suficientes para o gozo da vida com as facilidades proporcionadas pela modernidade, o indivíduo de uma classe social abastada fica totalmente impotente frente à poluição do ar, frente às notícias que chegam pelas redes sociais, bem como à subversão e inversão de valores que chegam por meio de programas televisivos que muitas vezes tornam o indivíduo em um mero e insignificante telespectador que espera que algo ou alguém irá sempre resolver os seus problemas.<sup>24</sup>

É certo que compartilhamos uma era plural em que a aceleração das informações e facilidades do dia a dia fez o homem abandonar as suas certezas<sup>25</sup> como a religião, a própria ciência,<sup>26</sup> as forças do meio ambiente que aos poucos vai constantemente se exaurindo e até a moral, estando saboreando o ser humano as vantagens e responsabilidades de se sentir como o Deus responsável pela própria existência.

A globalização que pode ser conceituada como a “*intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa*”,<sup>27</sup> a mundialização do direito e o mercado globalizado e sem fronteiras reduz a maioria dos indivíduos, ora a meros produtores ora a meros consumidores.

As sociedades e os indivíduos, sejam eles ricos ou pobres, desenvolvidos ou não, não mais enfrentam a localidade de nações ou pessoas inimigas, mas riscos e perigos onipresentes, seja ele um ataque terrorista, um assassinato em massa em escolas ou igrejas, acidentes ambientais com potencial lesivo ainda que tenha ocorrido do outro lado do mundo, um vírus de computador, ou imagens e personagens que levam crianças e adolescentes a se suicidarem.

A Pós-Modernidade se encontra desestruturada. Com tal percepção, Franklin Baumer destaca:

*o homem do século XX perderá seu ponto de referência dentro do universo, perdendo “segurança sociológica”. Ressalte-se que as duas guerras mundiais deixaram à mostra as angústias do homem que não consegue resolver seus problemas sociais. Existe um grande poder através da tecnologia versus impotência e destruição na busca da resolução a problemas políticos. Assim, nunca o homem em toda a idade moderna havia se olhado de maneira tão baixa, uma vez que esta visão substitua a idéia de homem dotado de razão e senhor de si (enfraquecida desde Darwin). Copérnico destruiu a ilusão cósmica de que o homem era o centro do universo; Darwin destruiu a do homem de ser um ser superior e diferente dos animais e Freud, com a psicanálise, dá o maior golpe: o homem nem sequer era dono de sua casa, o ego não dirigia toda a vontade trabalho do espírito.<sup>28</sup>*

Ainda, nas palavras de Arenhart :

*o mito da Modernidade, propriamente, consiste em fazer o Outro crer que sua submissão ao superior é feita para o bem de todos, de modo a civilizá-lo, modernizá-lo, ou seja, a dominação adquire um caráter de 'emancipação', 'utilidade', 'bem' do 'bárbaro'. Consiste em vitimar o dominado considerando-o causa culpável de sua própria vitimação e atribuindo-se ao sujeito moderno plena inocência com respeito ao ato sacrificial; o sofrimento do conquistado seria o sacrifício ou o custo necessário da modernização.<sup>29</sup>*

O homem pós-moderno, destituído de fé e de razão, de território, de projeto e de crença em uma certeza de um futuro previsível, vê a solução no presenteísmo e no consumismo, capazes de minimizar sua depressão. Por não ter conseguido responder todas as dúvidas do ser humano, mas, ao contrário, por demonstrar a incerteza dos próprios fenômenos, as ciências, sejam humanas ou exatas, são sempre cobradas e muitas vezes questionadas por suas conclusões.

#### **4. CONSTITUCIONALISMO A PARTIR DA 2ª GUERRA MUNDIAL NA EUROPA E APÓS A DITATURA NO BRASIL**

O constitucionalismo contemporâneo (para parte da doutrina, o neoconstitucionalismo) apresenta características específicas decorrentes do pós segunda-guerra, como reações ao nazismo e fascismo. Ter-se-iam novidades, o que o diferenciaria do constitucionalismo anterior, por meio de particularidades que se apresentam, notadamente em relação à dignidade da pessoa humana, redução das desigualdades, valorização de serviços como educação e assistência social. A Constituição teria passado de um documento essencialmente político para uma norma jurídica suprema, com normatividade e imperatividade extremas, com superioridade sobre quaisquer outras normas jurídicas de um Estado, que inclusive devem sempre partir dos ditames da própria Constituição.<sup>30</sup>

Enquanto no Brasil o marco do fenômeno do direito Constitucional contemporâneo se dera com a Constituição de 1988 no período de redemocratização, na Europa o fenômeno é mais antigo datando do pós-guerra, notadamente na Alemanha e na Itália.

Antes da segunda guerra mundial, no velho continente a cultura jurídica privilegiava totalmente a lei em sentido formal, sendo esta editada pelo Poder Legislativo fonte quase exclusiva do Direito. Não se atribuía muita força normativa às Constituições geralmente encaradas como documentos políticos a inspirarem o legislador, não podendo suas disposições serem invocadas perante o Poder Judiciário para a defesa de direitos.<sup>31</sup> Se algum direito fundamental previsto em alguma constituição não tivesse sido previsto por lei, não era dotado de força vinculante.

Na Europa, o cientificismo do Direito Constitucional fora impulsionado aos países de tradição romano-germânica pela Constituição Alemã (Lei Fundamental de Bonn - 1949). Também houve impulsionamento pela Constituição da Itália de 1947.<sup>32</sup> Mais tarde, com a redemocratização e reconstitucionalização da Espanha (1978) e de Portugal (1976) houve destaque no debate sobre o direito constitucional, notadamente pelo reconhecimento de a Constituição ser um instrumento jurídico e político.<sup>33</sup>

Nesses países percebeu-se que também as maiorias, ainda que políticas, podem se

aproximar da barbárie, como o fizera o Nazismo em relação à minoria judia na Alemanha. Essa percepção permitiu se alçar à Constituição os direitos fundamentais, mas agora dotados de força normativa.

Em similitude ao ocorrido na Europa, no Brasil também após um período de ditadura com autoritarismo, foi com o processo de redemocratização no Brasil que se atribuiu maior força normativa ao Direito Constitucional. A Carta de 1988 fez do Direito Constitucional o centro real de poder, diversamente do que sempre ocorrera no país anteriormente.<sup>34</sup> A Carta Magna tem o mérito de ter feito sem naufrágios a travessia no rio revolto a separar o leito de um regime autoritário e o de um Estado Democrático de Direito. Passou a ser símbolo de conquistas e uma superação da histórica indiferença que se tinha em relação às Constituições.<sup>35</sup>

O neoconstitucionalismo, seja na Europa seja no Brasil, surgiu do reencontro da ciência jurídica e da filosofia do direito, o que se dera por meio do recurso aos princípios abrigados de forma explícita ou implícita pela Constituição, que passa a figurar em uma ordem superior.<sup>36</sup> O reconhecimento de força normativa aos princípios jurídicos, que passaram a moldar a própria aplicação do direito em qualquer das áreas, o abandono do mero formalismo em si pelo recurso a técnicas de raciocínios jurídicos mais abertos e a reaproximação do direito e da moral com a consequente judicialização da política e da própria relação social com as luzes pairando mais no Judiciário do que no próprio Legislativo e Executivo, são a tônica principal desse novo fenômeno.<sup>37</sup>

As constituições passaram assim a trazer regras e princípios com forte valor axiológico, com abertura e indeterminação semânticas, frutos de decisões substantivas sobre temas que antes não eram abordados nas Constituições, como economia, temas afetos à família, ao trabalho, educação, saúde, dentre diversos outros temas. É como se tivesse se materializado a constitucionalização da ordem jurídica, o que tinha reflexos nos mais diversos ramos do direito. Na interpretação de tais regras e princípios constitucionais, a mera subsunção já não se mostrava suficiente, demandando novas técnicas e estilos hermenêuticos.

Muitos dos princípios constitucionais podiam até mesmo conflitar entre si, o que fez se aplicar pelo Poder Judiciário de novas técnicas de argumentação jurídica, como a da ponderação e da proporcionalidade, com constantes imersões em campos afetos à moral disciplinada na ética.<sup>38</sup>

No modelo legalista ou democrático, a Constituição fixa as regras do jogo político, mas sem dele participar. Determina ela quem manda, mas não o que se manda. Não seria a Constituição o oráculo a resolver todos os problemas, mas traria os caminhos a serem seguidos mediante escolha do legislador.<sup>39</sup>

## 5. CONCEITUAÇÃO E DEFINIÇÃO DE PARÂMETROS DE ESCOLHA

Políticas públicas seriam os programas, o conjunto de ações, os arranjos institucionais das estruturas sociais de fodo (modo) a refletir as relações entre sociedade civil, mercado e governo, e a definir os padrões para se buscar a consecução de objetivos previamente estabelecidos. Política pública pode ser vista como o caminho para se checar um objetivo,

muitas vezes já predeterminado. Nessas relações institucionais, percebe-se que as instituições são mais importantes que os indivíduos.<sup>40</sup>

O adjetivo “público” evidencia que se está a falar dos caminhos trilhados pelo poder público, em regra o Poder Executivo, por meio de seus governos eleitos em esfera federal, estadual, distrital ou municipal, para mandato determinado. Isto porque a política, ainda que vise atingir objetivos públicos, podem ser desenvolvidas por sujeitos não integrantes do poder público. Logo, o tema que por hora nos interessa é a política pública desenvolvida por órgãos estatais.

A política pública, desta forma, envolve decisão, escolha, opção da forma de se melhor alocar os recursos. É a livre escolha de meios para se atingir objetivos. Os objetivos, por sua vez, no caso brasileiro, na maioria das vezes não são de livre escolha pelo Administrador, por já estarem previstos na Constituição Federal. Desta forma, ao administrador cabe decidir o melhor caminho a ser seguido para se atingir os objetivos pré-determinados.

O deixar de fazer algo também decorre de um processo decisório e pode demonstrar que a omissão pode ser fruto de uma determinada política pública. Ou seja, a ausência decisória pode também ser vista como uma política pública.<sup>41</sup>

Falar desta forma em política pública envolve abordar as instituições públicas, suas regras, procedimentos e esquemas de cognição que fornecem o significado de suas ações e relações com os indivíduos. Essas relações entre as instituições e os indivíduos, de modo a se ter a legitimidade nas escolhas, ao longo da história pátria, mostrou-se ora patrimonialista, ora clientelista, ora corporativista, gerencialista e ora baseada no mérito.<sup>42</sup>

Com a Constituição Federal de 1988 e seu sopro de redemocratização, foram criadas várias formas de participação direta da sociedade na escolha das políticas. Isto se deu por meio da criação de conselhos, da definição das atribuições constitucionais dos Municípios, com ênfase para a descentralização, surgindo a *accountability*.

Na outra ponta, a Constituição Federal também trouxe normas que afetam a estrutura para a tomada de decisões e para a execução das políticas públicas. As rígidas e burocráticas regras seguidas pela administração direta muitas vezes são estendidas para a administração indireta. Criou-se regime jurídico único para o serviço público federal, o que fora reproduzido em muitos casos pelas esferas municipais e estaduais, o que limita a inovação e a flexibilização na atuação e também nas formas de contratação.<sup>43</sup>

A Constituição também tem um papel muito importante na política, eis que, por ser extremamente analítica, já define os vários objetivos a serem conseguidos pelo administrador. Possui a Carta Magna viés social, sendo difícil imaginar alguma política pública que não tangencie com algum direito fundamental ou princípio já estabelecido pela Lei Maior, que pode ser considerada uma matriz de políticas públicas.

E é uma matriz plenamente vinculante. O § 1º do art. 5º da CF, impõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Desta forma, há um direcionamento a todas as instituições de quaisquer dos poderes para que efetivem de forma mais ampla possível os direitos assegurados pela Constituição.

E a escolha desses mecanismos também serve para a despolíticação do Poder Judiciário, que pode inclusive, na definição das políticas públicas, estando em coalizção com determinado governante, agir no caminho majoritário ou contra-majoritário,<sup>44</sup> a depender de seu alinhamento político, o que não se pode admitir de um poder que por natureza é imparcial.

Sobre a relação da aplicabilidade das normas constitucionais com as políticas públicas, necessário se faz o recurso à clássica divisão de José Afonso da Silva<sup>45</sup> em relação as normas constitucionais em face de seu potencial de aplicabilidade.

Alguns dos direitos são de eficácia plena,<sup>46</sup> são auto-aplicáveis, não exigindo atuação do legislador, produzindo efeitos desde a entrada em vigor da Constituição e sequer podem ser reduzidos pelo poder constituinte decorrente, sendo que tais direitos vinculam em alto grau a atuação dos poderes públicos e suas instituições, o que impõe a imediata adoção de ?? pública para implementar o direito, sendo também evidente a necessidade de fiscalização de um poder sobre o outro para a verificação da adoção da política pública necessária e eficiência dessa para a consecução de aplicação do direito.

A Constituição traz direitos de eficácia contida<sup>47</sup> (reduzível, prospectiva ou plena restringível). Essas normas possuem aplicabilidade imediata e direta, não dependendo de leis posterior, mas podem ser restringidas a depender da discricionariedade do Poder Público.<sup>48</sup>

Também há direitos com eficácia limitada<sup>49</sup> (mediata, reduzida, mínima diferida ou relativa complementável), consubstanciados naqueles que dependem de uma atuação posterior do poder público, sendo necessária uma regulação para que se permita a aplicação por completo do direito. Costuma-se dizer que, em relação a esses direitos, embora sejam relevantes, não há o mesmo nível de urgência em sua implementação, quando comparados com os direitos auto-aplicáveis, por dependerem de uma regulamentação infraconstitucional do direito.<sup>50</sup>

De qualquer forma, independente da classificação do grau de aplicabilidade da norma constitucional, não se afasta o dever de se implementar as políticas públicas para quaisquer deles, independentemente de qual Poder deva vir a atuação, Executivo ou Legislativo. E mesmo entre cada categoria de norma, é possível uma segmentação considerando níveis de exigência de cada uma. E esses níveis de exigência é que devem nortear a intervenção judicial na fiscalização e imposição para que o poder público implemente esta ou aquela política com base em critérios exclusivamente jurídicos para a categorização das políticas.<sup>51</sup>

Diante do panorama constitucional, devem-se ter regras de categorização de aplicabilidade dos direitos para que se possa priorizar as políticas públicas. Deve haver uma identificação dos parâmetros de escolha da política pública e também de seu controle.<sup>52</sup>

Sob esse prisma Gilmar Mendes sugere a seguinte classificação sobre as fontes constitucionais de políticas públicas:

1) direitos sociais previstos em normas de aplicabilidade imediata (ou de aplicabilidade mediata já regulamentada), em que a exigibilidade é de grau alto e a intensidade do controle jurisdicional é forte; 2) direitos sociais previstos em normas constitucionais de aplicabilidade mediata (e ainda não regulamentada), caso em que o grau de exigibilidade é médio, assim como a possibilidade de

intervenção e controle jurisdicional; e, finalmente; 3) objetivos que não atribuem direitos subjetivos, o que corresponde a políticas públicas de longo prazo, de modo que sua exigibilidade é mais baixa, além de estarem submetidas a um controle jurisdicional fraco.<sup>53</sup>

O Poder Judiciário (cujos integrantes, em tese impuros e separados dos comuns por sua toga, por sempre estar acima do embate e separado das partes já é visto como o possível guia no caminho para definir os caminhos de se chegar a algum lugar, ainda que não seja ao ponto final, mas sim à próxima esquina) é o ator que vai dar a palavra final em relação às políticas públicas, sendo necessário assim a demonstração de postulados que agreguem coerência, integridade, reflexão e isenção, na fundamentação nas análises de escolhas e até mesmo na forma de imposição das políticas públicas.<sup>54</sup>

## 6. CONCLUSÕES A EVIDENCIAR A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Temos que a política é um programa de ações. Há quem diga não serem nem normas nem atos, sendo essa constatação importante por ser o controle de constitucionalidade tradicionalmente exercido sobre normas e atos, mas é certo que a política os envolve e os tem como seu objeto, sendo assim possível o controle de constitucionalidade sobre elas.<sup>55</sup> E este controle pode se dar tanto em relação às finalidades em si quanto aos meios usados para se atingir esse fim.

As ciências sociais, e, principalmente o direito, sempre exigido, não conseguem fornecer as explicações e fornecer a segurança tão almejadas. Ao contrário, muitas vezes, como já o foram, a psicologia, a antropologia, a sociologia e o direito podem servir ao propósito para justificar as diferenças existentes entre os indivíduos.

Mundialmente, percebe-se a falência ou insuficiência do Estado Providência. Mesmo em países desenvolvidos como os Estados Unidos,<sup>56</sup> percebem-se as consequências de se estar no caminho de frente da linha do desenvolvimento. População obesa, socialmente dividida internamente, tentando se separar de nações consideradas impuras por meio de muros físicos, elevado número de pessoas vivendo na pobreza, dentro diversos outros problemas. Estar no primeiro lugar no que se refere ao percurso do trajeto retilíneo e uniforme do desenvolvimento não os torna muito diferentes de países que se encontram no final da fila da linha do progresso, onde os integrantes da fila contam com a submissão aos ditames do mercado globalizado, com a burocracia exacerbada que permite a corrupção em massa, com a concentração de rendas, com o desemprego e com a ineficiência. Tudo está a demonstrar que a linha do progresso pode ser outra que não a que todos almejam seguir.

E em todo esse turbilhão de vantagens e desvantagens trazidas pela própria vida social potencializada pela ciência, surge o direito. A constituição dos Estados Sociais e Democráticos de Direito tem o objetivo de resolver os problemas sociais. Com isso ganham força os fenômenos da panconstitucionalização a busca por novas formas de se traçar as diretrizes para a resolução dos problemas sociais

Já é percebida a ausência de confiança nos partidos políticos para a condução das políticas, eis que temos percebido que os interesses maiores dessas entidades muitas vezes nem é a consecução da melhor política pública, mas sim a melhor política própria.

A democracia propiciada pelos legisladores também tem mostrado suas entranhas e os caminhos que expõem os reais interesses daqueles que, em tese, deveriam estar exercendo a representatividade.

Por outro lado, não há democracia sem conteúdo<sup>57</sup> e verificação deste e sua afirmação por meio de processos argumentativos e não autoritários se mostra mais essencial do que nunca. Mas o intervencionismo não deve ser intransigente, devendo respeitar e fazer o contraponto entre a reserva do possível e o mínimo existencial exige.<sup>58</sup>

O Poder Executivo, seu aparelhamento e ineficiência para agir e para alocar os recursos, além da discricionariedade que muitas vezes é utilizada para cometer abusos, também mostra não saber muitas vezes o caminho a seguir, ou se o sabe, não tem a necessária eficiência para atingir os objetivos.

Nesse panorama, passou o Judiciário a ter importância no aspecto político, tendo que se imiscuir em questões polêmicas, seja em sede de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, sendo que nas Cortes Constitucionais, muitas vezes os que perderam no processo legislativo tentam melhor sorte no Poder Judiciário,<sup>59</sup> mas esta já é questão a ser pensada em outro artigo, registre-se apenas, por oportuno, que a crítica a atuação do judiciário parte do ponto de que as decisões políticas deveriam ser tomadas por representantes do povo e não por técnicos, daí se falando em tecnocracia ou “judiciocracia”, a ser considerada antidemocrática.<sup>60</sup>

E os desafios são grandes. Em sua gênese, o Direito foi concebido para resolver problemas passados, o caso concreto. Mas constantemente vem o julgador ser chamado para resolver problemas futuros,<sup>61</sup> a exemplo de definir a melhor política pública a ser aplicada para resolver problemas futuros, que sempre se mostram novos até mesmo em face dos próprios avanços tecnológicos e sociais.

O Direito, entretanto, é um sistema apenas parcial da sociedade, mas é chamado sempre a resolver as expectativas sociais contraditórias.<sup>62</sup> Na sociedade complexa, o direito recebe a qualificação de ser restitutivo, em face da capacidade e liberdade de estabelecer relações contratuais.<sup>63</sup> Embora por natureza devesse ser fechado, os aspectos cognitivos oriundos dos valores de uma sociedade complexa, devem ser mostrar presentes.

Assim, com o pensamento de Niklas Luhmann:

*a partir da Teoria dos Sistemas, assume-se que o Direito é um sistema autopoietico – operacionalmente fechado, mas cognitivamente aberto –, o que torna possível observar se a política influencia o discurso e a hermenêutica jurídicas de forma “salutar” (como elemento cognitivo) ou de maneira indevida (substituindo a argumentação jurídica pela política).<sup>64</sup>*

E complexidade permite a existência de várias soluções para o mesmo problema, não se podendo falar em verdades absolutas.

Mas como vimos, não há tanta liberdade assim. As estruturas e possibilidades muitas vezes estão de tal forma amarradas que só há um caminho a seguir. E nessa busca por segurança jurídica no meio da total insegurança surgem as súmulas vinculantes, decisões *erga omnes*, dentre diversos outros instrumentos que ostentam a missão de pacificação social

e continuar a finalidade e necessidade de qualquer sociedade que é a existência de cooperação para que a própria sociedade continue a existir.

No constitucionalismo contemporâneo, a Constituição transformou-se na encarnação permanente de valores superiores da sociedade. O conteúdo material e de significados dela oriundos se irradia para todo o restante ordenamento jurídico, sendo que os valores, os comportamentos e os fins públicos traçados pela Carta Magna superam e condicionam a validade de todas as normas infraconstitucionais. Também afeta os demais poderes e até mesmo os indivíduos em sua esfera privada.

Isto porque os defensores de uma visão mais privatista do direito destacam e pregam por uma visão mais abstrata, centrada na autonomia do indivíduo, repugnando uma inflação dos direitos fundamentais.<sup>65</sup> Há claro conflito ideológico, mas no caso da Constituição Federal de 1988, extremamente detalhista que incorporou uma infinidade de valores, a panconstitucionalização é uma realidade, inclusive legitimando o exercício do controle de constitucionalidade,<sup>66</sup> a evidenciar a atuação do poder judiciário.

A Constituição encerraria uma proteção a determinados valores e direitos pelo interesse universal da própria sociedade na satisfação desses direitos. Mas é certo que o panorama vivido pelo Poder Constituinte pode tornar perene desejos que muitas vezes só seriam necessários no período em que atuou o Poder Constituinte, como regras paternalistas, protecionistas a determinados setores, corporativismos que, em outro momento da posterior história, podem se mostrar não tão necessários. A título de exemplos temos que a Constituição de 1988 para além de analítica é, em alguns aspectos prolixa e até corporativista, mas que, por estarem na Carta Maior, tornaram-se institucionalizados.

E os instrumentos para se levar ao Poder Judiciário a análise de políticas públicas são os mais variados, podendo-se citar: 1) ação civil pública com efeitos erga omnes (art. 129, III, da CF/88 e 16 da Lei 7.347/85); 2) ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, a, da CF/88); 3) ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, a, da CF/88); 4) ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da CF/88) 5) mandado de injunção (art. 5º, XXI, e 102, I, q, e II, a, da CF/88); 6) arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, da CF/88); 7) súmulas vinculantes (art. 102, § 2º, da CF/88); 8) ação popular (art.5º, LXXIII, da CF/88) e 9) controle difuso de constitucionalidade a ser efetivado em quaisquer ações judiciais (art. 5º, XXXV, da CF/88) . Como esse arcabouço de ações não se tem como deixar passar ao largo do Poder Judiciário as políticas públicas, sendo inevitável a judicialidade das políticas públicas, em se considerando os aspectos constitucionais.<sup>67</sup>

A constitucionalização do direito trouxe obrigações positivas e negativas para os membros do poder legislativo e executivo, a serem submetidos à jurisdição constitucional. E esta possui um papel importante perante a sociedade e o cidadão comum. Com certeza é mais fácil para qualquer integrante da sociedade buscar uma justiça a que entenda ter direito no capilarizado poder judiciário a percorrer todo o caminho democrático para o acesso ao legislador ou o caminho por demasiado discricionário de ser atendido pelo poder executivo. É certo que o Poder Judiciário tem um papel simbólico no imaginário social.<sup>68</sup>



No Brasil, no caminho trilhado pelo Supremo Tribunal Federal, diante das determinações detalhistas da nossa Constituição Federal, também se percebe uma inclinação política, na medida em que, seja pela via do controle concentrado ou do difuso, faz-se o cotejo entre as leis e atos dos demais poderes e a Carta Magna.

O STF, em temas de caráter político, não tem se omitido, o que se percebe em diversos julgados, como no que se deu o reconhecimento da inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime aos autores de crimes hediondos.<sup>69</sup> São várias as decisões em que o STF decidiu temas que contaram com o beneplácito da sociedade, temas que não tiveram o mesmo empenho por parte dos demais poderes.

É notória a influência de decisões da Suprema Corte norte-americana sobre o Supremo Tribunal Federal, pois em vários julgados o STF rememorou decisões da Corte Americana, seja sob a presidência de Warren ou dos Justices subsequentes. Ao tratar o STF do tema de perda de mandato parlamentar, do precedente *Baker v. Carr* de 1962, que discutira questões eleitorais (*one man, one vote*).<sup>70</sup> Analisando a questão da imunidade relativas dos Estados soberanos, citou a mudança de entendimento que se dera na Suprema Corte na década de 1950, quando a Corte modificou seu entendimento anterior que vigorava desde 1812, com o *Schooner Exchange v. McFaddon*.<sup>71</sup> Ao se pronunciar sobre editais que impediam o acesso a cargo público de pessoas tatuadas, o STF citou o precedente da Corte norte-americana *Miller vs. Califórnia* de 1973.<sup>72</sup>

A atuação de Corte Constitucional em questões que envolvam políticas públicas não é algo restrito ao direito pátrio, sendo verificada também em vários outros países. Na nossa é extremamente analítica, tratando de diversos pontos da vida social, podendo ser tida como substancialista, sendo certo, entretanto, serem necessários temperamentos. Seja para os procedimentalistas ou substancialistas, ambos compartilham a ideia de ser o Poder Judiciário uma instituição estratégica e essencial nas democracias contemporâneas, que potencializa e efetiva os mecanismos de *checks and balances*.<sup>73</sup>

Assim como está expressamente previsto na Constituição Federal a separação dos poderes, também estão os mecanismos de freios e contrapesos (modelo de balanceamento dos poderes) de uns com relação aos outros. Assim, sempre será possível o controle judicial das políticas públicas para decidir o grau de importância das políticas públicas escolhidas.<sup>74</sup>

E esse controle como vimos pode ser utilizado tanto para a defesa das minorias políticas quanto para justificar uma ação proveniente dos que ostentam maioria política, o que impera a definição de critérios claros de escolha e priorização de políticas públicas, quando o julgador apreciar os pedidos das ações judiciais e recursos lhe dirigidos.

Também não vislumbramos qualquer extrapolação de limites do referencial judicial, isto porque a função de controle de constitucionalidade vem bem delineada pela Constituição Federal. Os direitos fundamentais, inclusive os sociais são condições da democracia, e, em sendo o Poder Judiciário, o guardião desses direitos, tem o dever de fiscalizar e até mesmo impor a concreção desses direitos. Nesse sentido Souza Neto destaca que “a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um *minus* em relação ao controle de constitucionalidade”.<sup>75</sup> Assim, não há distanciamento

e nem potencial de mitigação<sup>76</sup> do modelo da democracia representativa nas decisões do STF sobre políticas públicas. Ao contrário, a democracia resta potencializada por permitir a dialética entre vários atores, entre eles, os que ostentam inclusive a legitimidade da representatividade do Executivo e Legislativo.

A efetivação das políticas públicas é imperiosa para manutenção do Estado Democrático Constitucional, cuja guarda foi originariamente atribuída ao Poder Judiciário, especificamente ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que o Supremo pronuncia-se em temas relacionados à concretização das políticas públicas, ou melhor, à efetivação dos direitos fundamentais, não se está dialogando entre a melhor ou pior estratégia, mas, sim, acerca do que a Constituição Federal traz como atribuição para o Supremo Tribunal Federal. Esses questionamentos superam os integrantes do Supremo e têm efeitos seculares. Trata-se da política judicial adotada pelo país. E, realmente, a atual sociedade não comporta um Tribunal silente.<sup>77</sup>

## 7. NOTAS

1. Mestre em Direito e Doutora em Direito, com defesa em 22 de abril de 2020 e aprovação com louvor da tese intitulada “O Supremo Tribunal Federal e o tema do ativismo democrático-constitutivo na implementação de políticas públicas: possibilidades, limites e casuística”, sob orientação do Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho, pelo Centro Universitário de Brasília- Uniceub.
2. BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional, Madrid, n. 13, p. 17-32, 2009.
3. LEAL, Rogério Gesta. As responsabilidades políticas do ativismo judicial. *In*: LEAL, Mônia C. H.; LEAL, Rogério Gesta (org.). **Ativismo judicial e déficits democráticos**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. p. 16.
4. BUCCI, Maria Paula Dallari; GASPARDO, Murilo (org.). **Teoria do Estado. Sentidos contemporâneos**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 15.
5. BUCCI, Maria Paula Dallari; GASPARDO, Murilo (org.). **Teoria do Estado. Sentidos contemporâneos**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 95.
6. BUCCI, Maria Paula Dallari; GASPARDO, Murilo (org.). **Teoria do Estado. Sentidos contemporâneos**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 17.
7. Duplo saco, fechado em ambas as extremidades e aberto no meio (por onde se dobra), formando duas bolsas iguais; us. ao ombro, para distribuir o peso dos dois lados.
8. CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 266.
9. GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.11.
10. GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.13.
11. GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.10 e 14.
12. SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Jurisdição constitucional política**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 21/22.
13. SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Jurisdição constitucional política**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 22.
14. SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Jurisdição constitucional política**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 28.

15. BECK, Ulrich; ZOLO, Danilo. **A sociedade global do risco - uma discussão entre Ulrich Beck e Danilo Zolo**. Tradução de p Selvino J. Assmann. Disponível em: [www.cfh.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm](http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm).
16. CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e sociedade complexa**: uma abordagem interdisciplinar sobre o processo de criminalização. Campinas: LZN, 2005, p. 150.
17. KERCKHOVE, Derrick de. **A pele da cultura – uma investigação sobre a nova realidade electrónica**. Tradução de Luís Soares e Catarina Carvalho. Lisboa: Relógio d'Água, 1997, p. 126.
18. HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus**: uma breve história do amanhã. Tradução Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 205.
19. HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus**: uma breve história do amanhã; tradução Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 206.
20. COMTE-SPONVILLE, André. **O ser-tempo**: algumas reflexões sobre o tempo da consciência. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 53.
21. MAFFESOLI, Michel. **A violência totalitária**. Porto Alegre: Sulina, 2001, p. 25.
22. BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad**. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998, p. 19.
23. BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad**. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998, p. 28.
24. BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad**. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998, p. 43.
25. COMTE-SPONVILLE, André. **O ser-tempo**: algumas reflexões sobre o tempo da consciência. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 53.
26. VIRILIO, Paul. **A inércia polar**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993, p. 76.
27. GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. 6. ed. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 69.
28. BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno**. Tradução de Manuela Alberty e Artur Morão. Lisboa: Edições 70, v. II, 1990, p. 192.
29. ARENHART, Bianca Geórgia Cruz. O processo penal brasileiro à luz da filosofia da libertação de Enrique Dussel. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 208.
30. BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. p. 83-84.
31. SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n.9, p.95-133, jan/mar. 2009. p. 98.
32. “Más bien, acogiendo una sugerencia de Louis Favoreu, por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.” (GUASTINI, Ricardo. La ‘Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 49).
33. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos funda-

mentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 283.

34. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 285.

35. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Revista Nacional da Magistratura**, Brasília: Escola Nacional da Magistratura, ano 1, n.2, p.26-73, out. 2006. p.28.

36. "En la primera acepción, como tipo de Estado de Derecho, cabe decir que el neoconstitucionalismo es el resultado de la convergencia de dos tradiciones constitucionales que con frecuencia han caminado separadas: una primera que concibe la Constitución como regla de juego de la competencia social y política, como pacto de mínimos que permite asegurar la autonomía de los individuos como sujetos privados y como agentes políticos a fin de que sean ellos, en un marco democrático y relativamente igualitario, quienes desarrollen libremente su plan de vida personal y adopten en lo fundamental las decisiones colectivas pertenecientes en cada momento histórico. En líneas generales, ésta es la tradición norteamericana originaria, cuya contribución básica se cifra en la idea de supremacía constitucional y en su consiguiente garantía jurisdiccional: dado su carácter de regla de juego y, por tanto de norma lógicamente superior a quienes participan en ese juego, la Constitución se postula como jurídicamente superior a las demás normas y su garantía se atribuye al más <neuro> de los poderes, a aquel que debe y que mejor puede mantenerse al margen del debate político, es decir, al poder judicial." (SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 124).

37. SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n.9, p. 95-133, jan/mar. 2009. p.95

38. SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n.9, p. 95-133, jan/mar. 2009. p.100.

39. GASCON ABELLÁN, Marina. Os limites da justiça constitucional: a invasão do âmbito político. **Revista brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n.9, p.71-92, jan/mar. 2009. p.76.

40. REISMAN, Leonardo; TONI, Jackson De. A formação do Estado Brasileiro e o impacto sobre as políticas públicas. In: MENDES, Gilmar Ferreira; PAIVA, Paulo. **Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 14.

41. REISMAN, Leonardo; TONI, Jackson De. A formação do Estado Brasileiro e o impacto sobre as políticas públicas. In: MENDES, Gilmar Ferreira; PAIVA, Paulo. **Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.16.

42. REISMAN, Leonardo; TONI, Jackson De. A formação do Estado Brasileiro e o impacto sobre as políticas públicas. In: MENDES, Gilmar Ferreira; PAIVA, Paulo. **Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.25 a 27.

43. REISMAN, Leonardo; TONI, Jackson De. A formação do Estado Brasileiro e o impacto sobre as políticas públicas. In: MENDES, Gilmar Ferreira; PAIVA, Paulo. **Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.28.

44. RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck; PEIXOTO, Vítor de Moraes. **Processo Decisório, Judiciário e Políticas Públicas**: Levando a decisão judicial a sério. Trabalho apresentado, n. 33, p. 26-30, 2009. p. 3. Disponível em: [diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br](http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br).

45. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros. 1998, p. 89.

46. O autor indica como exemplos de normas de eficácia plena "as hipóteses contempladas nos arts. 21 (competência da União), 25 a 28 e 29 e 30 (competência dos Estados e Municípios), 145, 153, 155 e 156 (repartição de competências tributárias), e as normas que estatuem as atribuições dos órgãos dos Pode-

res Legislativo, Executivo e Judiciário (arts. 48 e 49, 51 e 52, 70 e 71, 84 e 101-122).” (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 89).

47. “A peculiaridade das normas de eficácia contida configura-se nos seguintes pontos:

I – São normas que, em regra, solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura; mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos. II – Enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua eficácia será plena; nisso também diferem das normas de eficácia limitada, de vez que a interferência do legislador ordinário, em relações a estas, tem o escopo de lhes conferir plena eficácia e aplicabilidade concreta e positiva. III – São de aplicabilidade direta e imediata, visto que o legislador constituinte deu normatividade suficiente aos interesses vinculados à matéria de que cogitam. IV – Algumas dessas normas já contêm um conceito ético juridicizado (bons costumes, ordem pública etc.), como valor societário ou político a preservar, que implica a limitação de sua eficácia. V – Sua eficácia pode ainda ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais, se ocorrerem certos pressupostos de fato (estado de sítio, por exemplo).” (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 105).

48. O autor cita “alguns exemplos em que a própria Constituição de 1988 diminuiu o âmbito de incidência de uma norma constitucional de eficácia contida: a) direito de propriedade: da leitura dos incisos XXII e XXIV do art. 5o, percebe-se que o próprio legislador constituinte originário limitou o exercício do direito de propriedade; b) restrições a direitos fundamentais impostas pela decretação de estado de sítio: o art. 139 restringiu o âmbito de incidência de diversos direitos fundamentais, dentre os quais a liberdade de locomoção, a intimidade, a inviolabilidade domiciliar e a propriedade. Importante que se diga, ademais, que a restrição pode ser operada por conceitos ético-jurídicos, como no caso do art. 5o, XXV, em que o “imminente perigo público” autoriza à autoridade competente a imposição de restrições ao direito de propriedade, a partir do instituto da requisição administrativa.” (DUTRA, Luciano. **Direito Constitucional Essencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 48).

49. “as normas constitucionais de eficácia limitada são de dois tipos: a) as definidoras de princípio institutivo ou organizativo, que, por brevidade, temos chamado de normas constitucionais de princípio institutivo; b) as definidoras de princípio programático, ou, simplesmente, normas constitucionais de princípio programático.” (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 119).

50. CAVALCANTE FILHO, João Trindade. A constituição de 1988 como matriz de políticas públicas: direitos, deveres e objetivos no campo dos direitos sociais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; PAIVA, Paulo. **Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.41.

51. CAVALCANTE FILHO, João Trindade. A constituição de 1988 como matriz de políticas públicas: direitos, deveres e objetivos no campo dos direitos sociais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; PAIVA, Paulo. **Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.45.

52. BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. ISSN 2238-5177. P. 94. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620/44697>. Acesso em: 09 mar. 2019. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43620>.

53. CAVALCANTE FILHO, João Trindade. A constituição de 1988 como matriz de políticas públicas: direitos, deveres e objetivos no campo dos direitos sociais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; PAIVA, Paulo. **Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.46.

54. DE OLIVEIRA, Guilherme Fonseca; DE BRITO ALVES, Fernando. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 20, p. 33-45, 2014. P. 41. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/432>. Acesso em: 09 mar. 2019.

55. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 35, n. 138, p. 39-48, 1998. P. 44-45. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496870/RIL138.pdf?sequence=1#page=37>. Acesso em: 09 mar. 2019.
56. Sobre o direito nos Estados Unidos ler *Direito nos Estados Unidos* de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri, SP: Manole, 2004.
57. LEAL, Mônia Clarissa Hening. Dworkin X Habermas, uma discussão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional entre substancialismo e procedimentalismo: novas perspectivas. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, v. 4, n. 17, p. 31-58, 2007. p. 55. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/606>. Acesso em: 16 mar. 2019.
58. HERRERA, Luiz Henrique Martim. Judicialização das políticas públicas de assistência à saúde: procedimentalismo versus substancialismo. **Revista de Direito**, [Valinhos], v. 12, n. 16, 2015. p. 87. Disponível em: <http://revista.pgsskroton.com.br/index.php/rdire/article/view/1972/1874>. Acesso em: 16 mar. 2019.
59. SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n.9, p. 95-133, jan/mar. 2009. p.101.
60. SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n.9, p. 95-133, jan/mar. 2009. p.118.
61. OLIBONI, Luiza Maria. O direito na sociedade complexa e as novas formas de imputação de responsabilidade civil por danos ambientais. **Revista Ambiente e Educação**, Rio Grande, v. 15, n. 1, p. 06, 2010. Disponível em: <http://www.repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/7260/882-4623-1-PB.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 abr. 2019.
62. MARONA, Marjorie Corrêa. Pensando o direito em sociedades complexas - A teoria dos Sistemas Autopoiéticos como novo marco epistemológico. **Revista Eletrônica DomTotal**, Belo Horizonte, p. 08, 2019. Disponível em: <http://domtotal.com/direito/uploads/1804.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.
63. ASSIS, Olney Queiroz. **Manual de antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 150.
64. CAVALCANTE FILHO, João Trindade. A constituição de 1988 como matriz de políticas públicas: direitos, deveres e objetivos no campo dos direitos sociais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; PAIVA, Paulo. **Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p.34.
65. GUNTHER, Luiz Eduardo. A negociação coletiva do trabalho como direito fundamental: necessidade de afirmação da tutela dos direitos de personalidade na atividade empresarial mundializada. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 21, n. 5, p. 95-121, 2008. p. 103-104. Disponível em <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/download/118/92>. Acesso em: 18 mar. 2019.
66. Pelo fato de em nossa Constituição estarem inseridas determinações sobre as atividades de programação e execução das finalidades do próprio Estado, legítimo se faz o exercício do controle de constitucionalidade, por todas as formas que este pode se materializar. No art. 3º, da CF/88, já se afirma que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Já com relação aos objetivos fundamentais é possível fazer ilações sobre os atos comissivos e omissivos aptos à implementação de tais objetivos (CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011).
67. FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil—uma visão geral. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito**, São Paulo, n. 1, p. 24, 2007. ISSN 1984-1094. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/download/736/509>. Acesso em: 09 mar. 2019.
68. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Revista Nacional**

da **Magistratura**, Brasília: Escola Nacional da Magistratura, ano 1, n.2, p.26-73, out. 2006. p. 65.

69. STF, Habeas Corpus 82.959/SP (relator Ministro Marco Aurélio), julgado em 23/02/2006.

70. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 34064. Informativo STF. Brasília, 14 a 18 de março de 2016 - Nº 818. Disponível em: <http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo818.htm>. Acesso em: 22 de abr. de 2019.

71. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 120598. Informativo STF. Brasília, 23 a 31 de março de 2015 - Nº 779. Disponível em: <http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo779.htm>. Acesso em: 22 abr. 2019

72. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 898450**. Informativo STF. Brasília, 26 a 30 de setembro de 2016 - Nº 841. Disponível em: <http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo841.htm>. Acesso em: 22 abr. 2019.

73. HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate “procedimentalismo versus substancialismo”. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 57, p. 23-44, 2006. p. 6-7. Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/310807.pdf>.

74. ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/87373>.

75. SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. **Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 45.

76. LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 31.

77. LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou ativez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 195-196.

## REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Processo civil coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/87373>.

ARENHART, Bianca Geórgia Cruz. O processo penal brasileiro à luz da filosofia da libertação de Enrique Dussel. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ASSIS, Olney Queiroz. **Manual de antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, v. 240, p. 83-105, abr. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

- BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Revista Nacional da Magistratura**, Brasília, ano 1, n. 2, p.26-73, out. 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **Sem data venia: um olhar sobre o Brasil e o mundo**. Rio de Janeiro: História Real, 2020.
- BAUMER, Franklin L. **O pensamento europeu moderno**. Tradução de Manuela Alberty e Artur Morão. Lisboa: Edições 70, v. II, 1990.
- BECK, Ulrich; ZOLO, Danilo. **A sociedade global do risco - uma discussão entre Ulrich Beck e Danilo Zolo**. Tradução de Selvino J. Assmann. Disponível em: [www.cfh.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm](http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/ulrich.htm).
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad**. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.
- BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUCCI, Maria Paula Dallari; GASPARD, Murilo (org.). **Teoria do Estado. Sentidos contemporâneos**. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. **Crime e sociedade complexa: uma abordagem interdisciplinar sobre o processo de criminalização**. Campinas: LZN, 2005.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosofia a hermenêutica jurídica: fragmentos**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 35, n. 138, p. 39-48, 1998. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496870/RIL138.pdf?sequence=1#page=37>. Acesso em: 09 mar. 2019.
- COMTE-SPONVILLE, André. **O ser-tempo: algumas reflexões sobre o tempo da consciência**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- DE OLIVEIRA, Guilherme Fonseca; DE BRITO ALVES, Fernando. Democracia e ativismo judicial: atuação contramajoritária do judiciário na efetivação dos direitos fundamentais das minorias. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 20, p. 33-45, 2014. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/>



article/view/432. Acesso em: 09 mar. 2019.

DUTRA, Luciano. **Direito Constitucional Essencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – uma visão geral. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito**, São Paulo, n. 1, p. 24, 2007. ISSN 1984-1094. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/download/736/509>. Acesso em: 09 mar. 2019.

GASCON ABELLÁN, Marina. Os limites da justiça constitucional: a invasão do âmbito político. **Revista brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n.9, p.71-92, jan/mar. 2009.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. 6. ed. tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito nos Estados Unidos**. Barueri, SP: Manole, 2004.

GRIMM, Dieter. **Constituição e política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUASTINI, Ricardo. *La 'Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GUNTHER, Luiz Eduardo. A negociação coletiva do trabalho como direito fundamental: necessidade de afirmação da tutela dos direitos de personalidade na atividade empresarial mundializada. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 21, n. 5, p. 95-121, 2008. p. 103-104. Disponível em <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/download/118/92>. Acesso em: 18 mar. 2019.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens - Uma breve história da humanidade**. Tradução de Janaína Marcoantonio. Porto Alegre: L&PM, 2018.

HERRERA, Luiz Henrique Martim. Judicialização das políticas públicas de assistência à saúde: procedimentalismo versus substancialismo. **Revista de Direito**, [Valinhos], v. 12, n. 16, 2015. Disponível em: <http://revista.pgsskroton.com.br/index.php/rdire/article/view/1972/1874>. Acesso em: 16 mar. 2019.

HOCHHMAN, Gilberto; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. **Federalismo e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2013.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. Constituição, Poder Judiciário e Estado Democrático de Direito: a necessidade do debate “procedimentalismo versus substancialismo”. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 57, p. 23-44, 2006. Disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/310807.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2019.

KERCKHOVE, Derrick de. **A pele da cultura – uma investigação sobre a nova realidade eletrônica**. Tradução de Luís Soares e Catarina Carvalho. Lisboa: Relógio d'Água, 1997.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Mônia Clarissa Hening. Dworkin X Habermas, uma discussão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional entre substancialismo e procedimentalismo: novas perspectivas. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, v. 4, n. 17, p. 31-58, 2007. Disponível <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/606>. Acesso em: 16 mar. 2019.

LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites do totalitarismo**. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987.

LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lênio Luiz. **Neoconstitucionalismo: avanços e retrocessos**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MAFFESOLI, Michel. **A violência totalitária**. Porto Alegre: Sulina, 2001.

MARONA, Marjorie Corrêa. Pensando o direito em sociedades complexas - A teoria dos Sistemas Autopoiéticos como novo marco epistemológico. **Revista Eletrônica DomTotal**, Belo Horizonte, p. 08, 2019. Disponível em <http://domtotal.com/direito/uploads/1804.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; PAIVA, Paulo. **Políticas públicas no Brasil: uma abordagem institucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIBONI, Luiza Maria. O direito na sociedade complexa e as novas formas de imputação de responsabilidade civil por danos ambientais. **Revista Ambiente e Educação**, Rio Grande, v. 15, n. 1, p. 06, 2010. Disponível em <http://www.repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/7260/882-4623-1-PB.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 abr. 2019.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck; PEIXOTO, Vítor de Moraes. **Processo Decisório, Judiciário e Políticas Públicas: Levando a decisão judicial a sério**. Trabalho apresentado, n. 33, p. 26-30, 2009. Disponível em: [diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br](http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br).

SANCHÍS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderacion judicial*. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 3, n.9, p.95-133, jan/mar. 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros. 1998.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Jurisdição constitucional política**. São Paulo: Saraiva, 2017.

VIRILIO, Paul. **A inércia polar**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1993.

Recebido em: 22/09/2020

Aceito em: 30/12/2020

# PANDEMIA E JUDICIALIZAÇÃO DA CRISE: A NECESSIDADE DE DIÁLOGO INSTITUCIONAL E DA OBSERVÂNCIA DA MEDICINA BASEADA EM EVIDÊNCIAS

*Pandemic and judicialization of the crisis: the need for institutional dialogue and observance of evidence-based medicine*

## Árcia Fernandes Correa

Pós-doutorado em Direito Público pela *Université Paris I - Panthéon-Sorbonne*. Doutora em Direito Público e Mestre em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. É Professora-Adjunta de Direito e Membro Permanente do Programa de Pós-Graduação PPGDir da UERJ. Procuradora do Município do Rio de Janeiro (RJ, Brasil).

## Rodrigo Nóbrega Farias

Pós-Doutorado em Direito Público pela *Université Paris I - Panthéon Sorbonne*. Doutor em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Universidade Estadual da Paraíba (PB, Brasil). Advogado.

## Resumo

O presente artigo objetiva analisar a judicialização da saúde no Brasil e suas consequências para as políticas públicas em época de pandemia por COVID-19, enfatizando a necessidade da busca de diálogo institucional e de um debate pautado pela ciência. Com base num levantamento panorâmico das decisões do Supremo Tribunal Federal e de sua postura de *self-restraint*, demonstrou-se que, de modo a preservar a harmonia entre os Poderes em tempos de combate, de todos, unidos, contra o coronavírus, promoveu-se uma deferência às escolhas dos gestores públicos, desde que lastreadas em evidências científicas e dados estatísticos de saúde, tendo sido criado um novo requisito de validade para o ato administrativo, em tempos pandêmicos, qual seja, o de motivado na ciência, com base no princípio da precaução.

**Palavras-chave:** Judicialização. Pandemia. Diálogo Institucional. Medicina baseada em evidências.

## Abstract

This article aims to analyze the judicialization of health in Brazil and its consequences for public policies in times of pandemic by COVID-19, emphasizing the need to seek institutional dialogue and a debate guided by science. Based on a panoramic survey of the decisions of the Supreme Federal Court and its posture of *self-restraint*, it was demonstrated that, in order to preserve the harmony between the Powers in times of combat, of all, united, against the coronavirus, a deference to the choices of public managers, provided that they are backed by scientific evidence and statistical health data, having created a new requirement of validity for the administrative act, in pandemic times, that is, motivated in science, based on the principle of precaution.

**Keywords:** Judicialization. Pandemic. Institutional Dialogue. Evidence-based medicine.

## Sumário

1. O fenômeno da judicialização da saúde; 2. O Diálogo Institucional e a pandemia da Covid-19. O papel do Supremo Tribunal Federal; 3. A necessidade de observância da Medicina baseada em evidências; 4. Conclusão; 5. Notas; Referências

## 1. O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A pandemia do coronavírus (2019-nCoV) gerou um indiscutível cenário de crise no Brasil e determinou um novo patamar no âmbito da discussão acerca do papel do Estado. Infelizmente, o direito positivo estatal é ineficaz e não atende mais ao universo complexo e dinâmico das atuais sociedades de massa, principalmente em momentos de instabilidades.

O debate sobre o crescimento do papel do Judiciário e sob algumas derivações do tema, como o controle de políticas públicas de saúde, é atual. Não há mais espaço para a tradicional abordagem do Poder Judiciário solucionando tão somente lides individuais. O juiz moderno toma decisões que atingem grande parte da comunidade e que, muitas vezes, criam normas para toda a sociedade (CAPPELLETTI, 1999, p. 57).

A presença do Poder Judiciário, em questões morais, de políticas públicas e demandas de natureza política cresce a cada dia. Debates sobre religião, direitos fundamentais, casamento entre pessoas do mesmo sexo, questões eleitorais nacionais, entre outros, estão presentes no cotidiano deste Poder.

É a denominada judicialização das relações sociais, cujos efeitos são objeto de alerta por parte Boaventura de Souza Santos:

Tem vindo a produzir um deslocamento da legitimidade do estado: do executivo e do legislativo para o Judiciário. Esse movimento leva a que se criem expectativas elevadas as respeito do sistema judiciário, esperando-se que resolva os problemas que o sistema político não consegue resolver. Mas a criação de expectativas exageradas acerca do Judiciário é, ela própria, uma fonte de problemas (SANTOS, 2014, p. 21).

O ativismo judicial é, antes de tudo, uma atitude, uma ação do Judiciário para suprir espaços decisórios que originariamente não seriam seus, mas que não produzem os resultados esperados.

Reflete, também, uma crise de confiança no atual sistema, sendo certo que o discurso de atribuição de uma atividade executiva ao Poder Judiciário pode muito bem culminar num processo de intensa erosão constitucional (STRECK, 2002, p. 161)

Na visão do Ministro Luís Roberto Barroso (2013, p. 40), a judicialização é “a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes”.

Essa postura ativa dos juízes é também ressaltada por Tate (1995, p. 33), ao afirmarem que:

condições favoráveis à judicialização só se desenvolvem porque os juízes decidem que devem (1) participar na elaboração de políticas que poderiam ser deixadas ao critério sábio ou tolo de outras instituições e, ao menos, de vez em quando, (2) substituir as soluções políticas de outras instituições por soluções políticas próprias.

O Ministro Barroso (2013, p. 242) elenca três causas principais desse fenômeno:

o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente como elemento essencial para as democracias modernas... certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral... atores políticos muitas vezes preferem que o Judi-

ciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação as quais exista desacordo razoável na sociedade

O fenômeno da judicialização das relações sociais reflete o crescimento do Poder Judiciário nas últimas décadas, regulando, cada vez mais, práticas e temas, antes distantes do cotidiano desse Poder.

O Judiciário passa a atuar na concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais, nos excessos e omissões do poder público. Na saúde, o Judiciário foi ganhando espaço, paulatinamente.

A judicialização da saúde teve início na década de 90 com as demandas judiciais propostas pelos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV), em busca de fornecimento de antirretrovirais, medicamentos utilizados no tratamento da enfermidade, pelo Poder Público. O êxito na ação proposta, em 1996, pelo grupo de Apoio à Prevenção à Síndrome da Imunodeficiência adquirida contra o Estado de São Paulo, para fornecimento gratuito de medicamentos pelo poder público foi o marco inicial no tema, desencadeando a obrigação do tratamento para os portadores da doença através do Sistema Único de Saúde (SUS), bem como a inclusão da medicação nos protocolos públicos.

Não havia uma orientação padronizada dos magistrados para a matéria, nem uma discussão mais profunda sobre o tema. O resultado era uma atuação judicial individual e, quase sempre, deferindo os pleitos formulados, estimulando, por conseguinte, o uso da via judicial para a solução das demandas.

Nos últimos anos, o tema passou a fazer parte do cotidiano da sociedade brasileira, que vem transferindo ao Judiciário o papel de garantir suas expectativas sanitárias. O número de ações movidas contra o Estado pleiteando medicamentos vem crescendo significativamente.

Os professores Felipe Machado e Sulamis Dain (2012, p. 479) enumeram os quatro fatores fundamentais para a propositura das demandas judiciais em saúde:

Insuficiência do sistema (casos em que os serviços de saúde não fornecem aqueles medicamentos que constam nas listas oficiais do SUS), 2) vazios assistenciais (casos de doenças que não têm protocolos clínicos elaborados pelo SUS, 3) conflitos entre evidência científica e opinião médica (casos de prescrição de medicamentos fora da bula ou discordantes dos protocolos do SUS) e 4) mercantilização da saúde.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça em relatório divulgado no ano 2019 sobre a judicialização da saúde, o número de demandas judiciais relativas à saúde aumentou 130% entre 2008 e 2017, enquanto o número total de processos judiciais cresceu 50%. Segundo o Ministério da Saúde, em sete anos houve um crescimento de aproximadamente 13 vezes nos seus gastos com demandas judiciais, atingindo R\$ 1,6 bilhão em 2016.<sup>1</sup>

Essa excessiva judicialização impede uma correta ação estatal na gestão dessas políticas públicas, no sentido de torná-las capazes de atingir seus objetivos. Nesse sentido, ressalta-se que cabe aos governos uma tarefa extremamente ampla de dirigir e de executar a Administração Pública, em atuações cada vez mais complexas e com grande nível de exigência.

É o que leciona Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 39), ao estabelecer que política pública é oriunda de processos juridicamente regulados, entre eles o eleitoral e o planejamento, e deve visar à realização de objetivos relevantes e determinados, expressando a seleção de prioridades e a reserva de meios necessários; se não, vejamos:

política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados - processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial - visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atendimento dos resultados

Eduardo Bittar (2005, p. 388) esclarece que “pensar as políticas públicas é um desafio em tempos em que a inoperância e o descrédito tomaram conta acerca da capacidade de ação e intervenção do estado sobre a sociedade”.

É imprescindível pensar em formas de alcançar a finalidade das políticas públicas, mister na área da saúde.<sup>2</sup> É o que leciona Maria Goretti dal Bosco (2008, p. 245),

[...] compreender a política pública envolve decifrar o poder que se concentra nas mãos dos autores governamentais, verificar o desenho constitucional dos atores governamentais, verificar o desenho constitucional de cada estado no que se refere às incumbências dadas a cada qual para decidir as ações a serem praticadas e também aquelas que não serão consideradas.

A atuação das políticas públicas depende não só da previsão legal e vontade do Estado, mas, principalmente, do conhecimento específico, atualizado e profundo da área objeto de formulação, em um processo envolvendo poderes, agentes públicos e a sociedade.

Indubitavelmente, no âmbito do SUS, o Executivo é quem possui essa prerrogativa.

O posicionamento da jurisprudência referente à judicialização da saúde tem o Supremo Tribunal Federal como balizador do papel do Judiciário em relação ao Executivo, em dois momentos distintos, quais sejam: um antes<sup>3</sup> e um depois das audiências públicas para tratar do tema ocorrido nos meses de abril e maio de 2009.

Com o debate, pretendia-se obter esclarecimentos de diversos setores da sociedade sobre as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas, envolvendo o direito à saúde. Após a realização das audiências públicas, o Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, criou parâmetros para o tema, ao julgar o *leading case* nos autos do AgRg na STA 175-CE.<sup>4</sup>

Nesse julgamento, fruto dos debates ocorridos nas audiências públicas, a Corte concluiu que, apesar de ser atribuído ao Judiciário a responsabilização pela judicialização da saúde, essa refletiria, na verdade, a crise do Sistema Único de Saúde. As decisões judiciais seriam, em vários casos, a única garantia de prestação de direitos sociais, especialmente do direito à saúde. O principal problema seria, tão somente, a efetivação de políticas já asseguradas pelo Sistema Único de Saúde, portanto, passíveis de judicialização.<sup>5</sup>

Mais recentemente, dois novos posicionamentos do STF influenciaram diretamente a decisão acerca da judicialização: a decisão proferida no RE 657.718 (Repercussão - Tema

500), em 22/05/2019, acerca do fornecimento de medicamentos experimentais, e a decisão de 11 de março de 2020, (Repercussão - Tema 06) sobre medicamentos de alto custo.

Em maio de 2019, apreciando o RE 657.718,<sup>6</sup> o Supremo uniformizou o entendimento acerca da concessão de medicamentos experimentais, que ficou assim consignada no Tema 500:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

No que se refere aos medicamentos de alto custo, o plenário do STF (Supremo Tribunal Federal) decidiu, em março deste ano, que o poder público não tem a obrigação de fornecer medicamentos de alto custo com registro na Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) que não integram a lista do SUS (Sistema Único de Saúde).<sup>7</sup>

Diante de todo esse cenário, o CNJ vem estimulando uma atuação mais criteriosa e responsável do Judiciário, através de uma verdadeira política de saúde. O inchaço do Poder Judiciário<sup>8</sup> alerta para o despreparo técnico dos juízes, ao lidar com pedidos referentes à saúde, principalmente medicamentos, cujas propriedades terapêuticas desconhecem. Nessa conjuntura, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estimulou medidas para constituição de núcleos de apoio técnico ao Judiciário, composto por médicos e farmacêuticos para ajudar nas questões clínicas apresentadas.

## **2. O DIÁLOGO INSTITUCIONAL E A PANDEMIA DA COVID-19. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

A judicialização da saúde criou um paradoxo: a busca de um sistema pleno, eficaz, moderno e ilimitado para aqueles que teriam acesso à Justiça, enquanto os demais usuários do sistema convivem com o cenário de escassez.

A competência conferida ao Judiciário, para a solução de conflitos em última instância, proferindo decisões de caráter definitivo sobre aplicações e interpretações de normas constitucionais, garante-lhe um papel importante nas democracias modernas. O debate sobre a ideia da supremacia judicial não é recente, originando-se com a posição do “Justice” John Marshall, na decisão do caso “Marbury v. Madison”, que reconheceu a Constituição como a norma superior do ordenamento jurídico, tendo, como guardião, o Poder Judiciário, especificamente, a Suprema Corte.

Cass Sunstein – já conhecido por sua inovadora revisão sobre os custos do direito – e Adrian Vermeule, professores da Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, buscaram, em estudo sistemático, apresentar críticas concretas à ideia de supremacia judicial. Em primeiro lugar, formularam objeções, aos teóricos, sobre o papel que exigem dos juízes,

reconhecendo que, embora certos comportamentos hermenêuticos desses, baseados em princípios amplos e vagos, sejam buscados por aqueles, o magistrado é um ser humano normal, com restrições intelectuais e, principalmente, de tempo, para se dedicar à tarefa de julgar na forma propugnada pelos acadêmicos (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 885). Até mesmo a organização judiciária e a existência de processos repetitivos pode dificultar a dedicação a casos importantes ou paradigmáticos.

No artigo "Interpretation and institutions", os professores Sunstein e Vermeule alertaram, ainda, sobre o problema da amplitude e do excesso de teorização das decisões judiciais e as consequências decorrentes dela, concluindo que os magistrados deveriam buscar soluções práticas e específicas para o caso. A postura maximalista, mesmo bem fundamentada, segundo os pesquisadores americanos, pode ser inadequada para determinado momento da sociedade ou mesmo antidemocrática (SUNSTEIN; VERMEULE, 2003, p. 886). Os autores defendem uma postura modesta e humilde do Judiciário, de modo que os juízes reconheçam as limitações à sua capacidade interpretativa, impedindo posições antagônicas radicais e estimulando uma postura lenta e mais conservadora desse Poder.

Nesse contexto, o modelo americano de Suprema Corte, o qual inspirava os debates sobre a supremacia judicial, recebeu, nos últimos anos, o contraponto do modelo canadense, que passou a ser aplicado em países como a África do Sul, a Nova Zelândia e Israel (DODEK, 2007, p. 317).

No Canadá, a institucionalização do diálogo entre poderes, como forma de superar a crítica ao caráter contramajoritário do Judiciário, foi impulsionada com a adoção, na Constituição de 1982, da cláusula do "notwithstanding", mecanismo que admite uma resposta do Legislativo a uma decisão da Corte Suprema do país, com a consequente superação da decisão judicial pela deliberação legislativa.<sup>9</sup>

Mais de quinze anos após a inovação canadense, Peter Hogg e Allison Bushell (1997, p. 96 e ss.), em artigo sobre o uso desse novo modelo de controle de constitucionalidade como forma de estabelecer uma forma de diálogo entre poderes, chamou a atenção para o fato de que este foi capaz de estimular a reflexão do Legislativo sobre a constitucionalidade de uma lei e, em muitas vezes, superá-la, por meio de um debate público e qualificado. Estabeleceu-se, então, uma nova forma de decisão, pois não há uma instância final, cabendo sempre uma nova intervenção, em um diálogo público sobre os valores efetivamente protegidos pela Constituição.

O debate público e transparente estimula o caráter democrático do sistema, sendo certo que numa conjuntura como estamos vivendo, a judicialização pode gerar consequências muito sérias em todo o sistema de saúde. Pode significar a vida para alguns, em detrimento da morte para outros.

Na realização de políticas públicas ou na concretização de direitos fundamentais pelo Executivo, semelhante conversação permite chegar a consensos, mesmo em questões controversas. Apesar disso, sempre que a comunhão de ideias não for possível, é importante lembrar que a atuação desses Poderes deve zelar pela não-interferência na incumbência originalmente atribuída aos outros dois. Eis a necessidade de um "intervencionismo judicial



mais responsável” (HABER NETO, 2013, p. 188), o qual possa garantir um “contraditório participativo” (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2013, p. 131) e dialógico.

Enfocando a judicialização da saúde, tem-se que o Poder Judiciário, em sua atuação, influencia, de modo relevante, a implementação das políticas públicas do setor, pois, ao decidir sobre a efetivação de determinada medida pública, a Justiça age em meio à omissão dos administradores públicos, ou mesmo os substitui, antecipando-se às decisões executivas.<sup>10</sup>

No que se refere à crise da COVID-19, é importante destacar, até agora, de forma majoritária,<sup>11</sup> a presença de um Poder Judiciário ativo, ágil, mas com espírito cooperativo, não buscando o protagonismo,; se não, vejamos:

Em 17 de março, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Dias Toffoli, junto com outros Ministros da Suprema Corte, o Presidente do Senado, Davi Alcolumbre, e o Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, discutiram, com objetivo de conferir segurança jurídica, medidas emergenciais a serem aprovadas pelo Legislativo.<sup>12</sup>

Em vários estados, comitês institucionais de combate ao coronavírus foram criados, envolvendo Executivo, Legislativo, Judiciário, OAB, associações médicas, entre outras, para juntos, apresentarem soluções coletivas na solução dos graves problemas.

É importante destacar, principalmente, a atuação do STF nesta crise sanitária que estamos vivendo.

Com efeito, somente até 02 de abril neste ano, tramitavam na Corte mais de 400 ações, entre ADI's, mandados de segurança, ACO's, ADPF's, entre outros instrumentos aptos a abordar a crise pandêmica que estamos vivendo, questionando ou pleiteando em resumo: a) suspensão por 180 dias das dívidas dos Estados com a União; b) inconstitucionalidade do calendário eleitoral e a necessidade de suspensão do processo eleitoral de 2020, ante os impactos decorrentes da crise sanitária; c) suspensão da MP 927/20, que autoriza empregadores a adotar medidas excepcionais em razão da calamidade pública; d) afastamento da exigência e adequação orçamentária (Lei de Responsabilidade Fiscal), em relação à criação e expansão de programas destinados ao enfrentamento do coronavírus; e) suspensão dos efeitos da EC 95/2016, afastando o teto de gastos do campo da saúde; f) suspensão de pontos de medidas provisórias que legislam sobre transporte público municipal; g) a Lei Federal n. 13.979/2020, que outorga competência à União Federal para fazer requisições administrativas para utilização de leitos de UTI's na rede privada; h) a instituição, por decisão judicial, da renda básica mínima; i) ações e omissões do poder público federal na condução de políticas públicas de pandemia; j) a legalidade de publicidade nas redes sociais do Presidente da República denominada “O Brasil não pode parar”; k) a eficácia do artigo da MP 928/20, que limitou o acesso à informações de órgãos públicos, durante a emergência em saúde pública; l) destinação de R\$ 1.6 bilhão de reais ao Ministério da Saúde, para combate à pandemia, decorrente de valores da operação Lava Jato; m) a dissimulação do coronavírus nas prisões; n) a competência dos Estados e Municípios para estabelecer medidas de enfrentamento à crise; o) a possibilidade de determinação de proibição de entrada de voos no Brasil provenientes de países afetados pela pandemia e controle de fluxo de

pessoas nas fronteiras brasileiras; p) pedidos para que os recursos dos Fundos Especiais de Financiamento de Campanha e de Assistência Financeira aos Partidos Políticos sejam destinados ao combate à pandemia; q) pedidos de suspensão das cobranças de pedágio nas rodovias federais do Brasil, enquanto perdurar a pandemia; r) pedidos de prorrogação e alteração dos prazos de inscrição e normas aplicáveis para o exame do ENEM de 2020.

As decisões até aqui tomadas não foram de confronto com o Poder Executivo ou mesmo com o Poder Legislativo, muito pelo contrário; o que vem imperando nestas decisões é a ideia de que o Poder Executivo deve buscar implementar as orientações emanadas dos órgãos técnicos de saúde, da Organização Mundial de Saúde e do próprio Ministério da Saúde, ou seja, deve prevalecer o juízo técnico das autoridades administrativas competentes, deve haver respeito às diretrizes técnicas, aos dados e estudos técnicos e às diretrizes que a ciência e a comunidade científica têm produzido diariamente, sendo que o ônus da política de combate a COVID-19 é do Poder Executivo, que é composto por membros democraticamente eleitos e que foram, pela vontade do povo, investidos em mandato eletivo.

Prevaleceu, assim, a própria exigência legal contida na Lei Federal n. 13.979/2010, segundo a qual:

**Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, poderão ser adotadas, entre outras, as seguintes medidas:**

[...]

**§ 1º As medidas previstas neste artigo somente poderão ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública.**

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 672/DF, a Corte Suprema, entendendo que a política pública de saúde consistiria de preceitos fundamentais que poderiam estar sendo violados, assim como o princípio federativo e a separação dos poderes, reconheceu a competência concorrente de Estados e Distrito Federal e, suplementar, dos Municípios, para tratar de saúde (art. 23, inc. II e IX) e, portanto, do combate ao *coronavírus*, com fundamento nos artigos 24, inc. XII c/c 25, §1º c/c 30, inc. II, da Constituição, de modo que assegurou aos governos estaduais, distrital e municipais, no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus territórios, competência para a adoção ou manutenção de medidas restritivas durante a pandemia da *Covid-19*, tais como a imposição de distanciamento social, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais, circulação de pessoas, entre outras.

Na linha da proteção e prevenção aos riscos à saúde provocados pelo perigo de contágio pelo vírus SARS-CoV-2, o que o Judiciário exigiu foi que as medidas fossem lastreadas em dados científicos ou estatísticos que os justificassem.

Com efeito, se o ato normativo se legitimou pela decisão da Corte Suprema de Justiça, o ato administrativo passou a contar com um novo requisito de validade: o de estar lastreado em evidências científicas ou dados estatísticos de saúde aptos a justificar e legitimar perante a sociedade, o que mais tarde veio a ser enfaticamente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de responsabilidade do agente público.

Com efeito, nos julgamentos das ações diretas de inconstitucionalidade<sup>13</sup> acerca da Medida Provisória n. 966/2020, a Corte Suprema entendeu que os atos de agentes públicos, em relação à pandemia da *Covid-19*, devem observar critérios técnicos e científicos de entidades médicas e sanitárias, observando-se, assim, o princípio da precaução. A Corte julgou que o artigo 2º da referida Medida Provisória deveria ser interpretado conforme a Constituição, para que se configure como erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação do direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado em razão da inobservância de normas e critérios científicos e técnicos.

Coube, assim, aos Entes Públicos, a partir de evidências científicas e de dados estratégicos de saúde relativos a indicadores como índice de letalidade do vírus, posicionamento da curva de crescimento dos contagiados e nível de ocupação de leitos pelos atingidos pelo *coronavírus*, definir as raras atividades que poderiam ser total ou parcialmente exercidas, ficando todas as demais qualificadas como não essenciais e, quem as exercia, sujeitas à quarentena ou isolamento.

O que restou claro foi que o STF evitou, neste momento, atos interventivos da competência dos demais poderes, ao decidir não suspender as eleições de 2020,<sup>14</sup> o que terminou pela aprovação, pelo Poder Legislativo, da Emenda Constitucional nº 107/2020; ao não deferir a instituição de uma renda básica emergencial,<sup>15</sup> por entender que não cabe ao Poder Judiciário a fixação de auxílio temporário e que a matéria está sendo tratada pelos poderes Executivo e Legislativo ou mesmo não interferir na condução das políticas de prevenção nos presídios.<sup>16</sup>

Ao que parece, o Poder Judiciário adotou um papel de *selfrestraint*, julgando sempre com cautela, serenidade e responsabilidade, sem desprezar ou ferir a necessária independência dos demais poderes da República ou mesmo sem querer invadir o poder discricionário da Administração Pública – agora em parte vinculado, uma vez que qualificado pela necessidade de estar lastreado em evidências científicas ou dados estatísticos de saúde para desfrutar de validade –, mas procurando prestigiar as escolhas administrativas tomadas pelos órgãos técnicos do Estado e pugnando para que o próprio Estado decidisse em consonância com as normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tais como estabelecidos por organizações e entidades médicas e sanitárias, reconhecidas nacional e internacionalmente, não querendo substituir o gestor público nas decisões tomadas, notadamente naquelas questões técnicas ou científicas, que devem estar fora do âmbito de avaliação do Judiciário, como constatado pela doutrina *Chevron*.<sup>17 18</sup>

Há necessidade de um Judiciário remodelado, apto a ouvir e a compreender divergências e dificuldades, reconhecendo que a aplicação é apenas uma das etapas para a efetivação do direito. Conforme lembram Theodoro Júnior *et al.* (2013, p. 131), a o diálogo deve ser estendido também à fase de conhecimento das lides envolvendo direitos prestacionais: “Se tratamos da implantação de políticas públicas, então o ‘público’ que será atingido pela mesma [*decisão judicial*] deve ter tido oportunidade de participar não apenas na fase executiva, mas também na cognição”.

É importante que, durante a pandemia da COVID-19, tenha-se um franco e honesto

diálogo entre os poderes, privilegiando os *experts* e seus estudos técnicos e científicos, expondo-se as particularidades do contexto em que se encontra inserta a situação da saúde em âmbito local, na crise que estamos vivendo.

### 3. A NECESSIDADE DA OBSERVÂNCIA DA MEDICINA BASEADA EM EVIDÊNCIAS

Além do diálogo institucional, a atuação do Judiciário nesta pandemia passa também pela observância da Ciência. A judicialização de um medicamento impõe a comprovação da eficácia do mesmo à luz da medicina baseada em evidências, que poderia ser definida como “o elo entre a boa pesquisa científica e a prática clínica. Em outras palavras, a MBE utiliza provas científicas existentes e disponíveis no momento, com boa validade interna e externa, para a aplicação de seus resultados na prática clínica.” (EL DIB, 2007).

A saúde baseada em evidências busca a melhor qualidade de informação para auxiliar no processo de decisões médicas. Ora, na hipótese do novo vírus, não há indicação técnica para o uso da cloroquina, de acordo com a medicina baseada em evidências. Esse é o posicionamento majoritário dos órgãos técnicos nesse momento, em todo o mundo, incluindo a ANVISA e a Organização Mundial de Saúde.

Vejamos a transcrição do voto do Ministro Barroso,<sup>19</sup> ao mencionar o quarto requisito para a judicialização de medicamentos, *in verbis*:

Em quarto lugar, deve-se exigir a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências. O deferimento de pleitos judiciais por fármacos não incluídos na política pública existente, nem nos protocolos clínicos deve se dar apenas quando houver segurança científica em relação à sua eficácia e adequação.

A decisão judicial que defere o pedido de dispensação de medicamentos não incorporado pelo Sistema Único de Saúde jamais pode se basear em um único laudo ou prescrição médica, sem que se apontem evidências científicas confiáveis de que o fármaco pleiteado é realmente eficaz para o tratamento da doença do paciente em questão. Se a lei exige que a decisão de incorporação (ou a negativa de incorporação) de fármaco ao SUS tenha como fundamentos critérios técnicos-científicos, não se deve permitir que esses requisitos sejam simplesmente ignorados pelo Poder Judiciário no âmbito de demandas individuais.

Portanto, quando não houver prova de que o medicamento pleiteado não incorporado pelo SUS não for eficaz à luz da medicina baseada em evidências, não é possível deferir o fármaco inicialmente pleiteado

Nesse particular, é importante ressaltar o papel da assistência farmacêutica no âmbito do SUS como um processo que inclui as etapas de seleção, programação, aquisição, armazenamento, distribuição e utilização e, ainda, atividades como a pesquisa e o desenvolvimento, a produção e o registro sanitário. O cumprimento da etapa da avaliação de sua utilização é indispensável para a própria segurança do paciente e não uma mera fase burocrática.<sup>20</sup>

A inserção de novos medicamentos, ou sua utilização para fins diversos do previsto, no protocolo do SUS, sem utilizar-se da medicina baseada em evidências, além de incorreta do ponto de vista técnico-farmacêutico, desconsidera a necessidade de compreensão sistêmica e coletiva da saúde pública. Esse é o alerta do professor Ricardo Augusto Dias da Silva (2013, p. 436):

com efeito, nas hipóteses de dispensação medicamentosa que esteja fora da padronização estabelecida pelo SUS, corre-se o risco de alterar uma alocação de recursos financeiros para poucos em detrimento de benefícios que poderiam destinar-se a muitos cidadãos, destacando-se que as padronizações e os protocolos estabelecidos pelo SUS estão baseados em evidências científicas comprovadas por análises estatísticas disponíveis na literatura científica.

Essa também é a opinião de Sarlet e Figueiredo (2013, p. 44), ressaltando a importância de defesa da legitimidade do procedimento de inserção dos medicamentos no âmbito do SUS:

isso porque os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas do SUS, que uniformizam as condutas de tratamento no âmbito do sistema de saúde brasileiro tem por base o trabalho de profissionais especializados, buscando (pelo menos vale, em princípio, a presunção) acima de tudo, a garantia de eficiência e segurança dos tratamentos e medicamentos indicados, encontrando-se abertos a participação da comunidade científica, a quem é viabilizada a possibilidade de opinar sobre o protocolo em estudo, antes que seja definitivamente aprovado e estabelecido.

A assistência farmacêutica no SUS tem, como diretriz, o fornecimento universal de medicamento, mas, para alcançar essa universalidade, adota critérios de programação<sup>21</sup> rigorosa envolvendo todas as necessidades coletivas e a definição de adequação, de custo e de efetividade do medicamento.

Repita-se, em período de crise como estamos, a exigência de embasamento técnico por parte dos magistrados, ao decidir sobre a matéria de saúde, que acarretará, direta ou indiretamente, alterações nas políticas públicas de combate à COVID-19, é indispensável.

O professor Georges Abboud<sup>22</sup> assim preconiza:

Muito se fala, no Brasil de 2020, em “conversas institucionais” e “diálogo entre poderes”. Justiça seja feita: é a postura mais importante que qualquer Estado pode adotar para impedir a criação de planos incompatíveis e mal pensados, que se excluem uns aos outros. O entusiasmo por essas noções às vezes se esquece de uma verdade acadiana: dialogar é também escutar. Aqui, “escutar” significa humildade e consciência das próprias limitações constitucionais. Assim, cabe ao Executivo definir as medidas de controle da pandemia, que deve encontrar uma resposta rápida do Legislativo, em matérias que fujam da sua alçada natural.

Indubitavelmente, o Judiciário, ao lidar com esta crise, tem de aprimorar sua atuação técnica na área da saúde pública, compreendendo-a em sua visão coletiva, sistêmica e integral e, também, incorporando o direito à saúde como parte de uma política pública de responsabilidade não só do Executivo, mas do Judiciário e da sociedade.

## 4. CONCLUSÃO

A judicialização não confere solução plena no âmbito dos conflitos da saúde. Devem-se buscar alternativas institucionais, através do envolvimento de todos os atores relacionados, direta ou indiretamente, ao tema, na busca de consensos para a efetivação do direito fundamental à saúde. (FARIAS, 2018, p. 119).

A inserção de novos atores, retirando o caráter unilateral da condução da administração, é inerente à gestão da saúde. Pluralismo e participação nas decisões são marcas do modelo de saúde concebido pela Constituição. A participação, dentro do sistema normativo concebido para a saúde pública, assume um caráter de dever, de responsabilização na for-

mulação e fiscalização das políticas de saúde.

A luta pela saúde pública nesta crise da COVID-19 passa pela observância da Ciência e pelo estímulo a novas formas de diálogo, a fim de que a sociedade seja a protagonista e, não, o Poder Judiciário, objetivando a efetivação de políticas públicas de saúde emergenciais. O principal recurso para esta finalidade está na busca de harmonia, por meio de práticas consensuais, entre os diversos atores de sua judicialização.

## 5. NOTAS

1. INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA (INSPER). **Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução. Brasília, DF:** Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5cea8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2020.

2. Especificamente no tocante às políticas públicas de saúde, Lucília Alcione Prata (2013, p. 258) ressalta que essas possuem características distintas das demais políticas públicas “são políticas de Estado, cujas garantias, cujos princípios e metas são previamente estabelecidos na Constituição, e quaisquer políticas que venham a ser implementadas encontram-se constitucionalmente vinculadas aos princípios constitucionais da proteção universal e integral a saúde e demais princípios, garantias e objetivos traçados na Constituição”.

3. Antes das audiências públicas, o STF resguardava várias decisões reconhecendo a garantida do direito à saúde, sendo as mais citadas as proferidas na petição n. 1.246-1, e no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário (AgRgRE) n. 271.286-8-RS, relatado pelo Ministro Celso de Mello, e a AgRgRE n. 255.627-1-RS, relatada pelo Ministro Nelson Jobim.

4. A decisão foi assim ementada: “Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento” (STF - STA: 175 CE, Relator: Min. Gilmar Mendes (Presidente), Data de Julgamento: 17/03/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 pp-00070. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087079/agre-g-na-suspensao-de-tutela-antecipada-sta-175-ce>. Acesso em: 10 abr. 2015.

5. Esse foi o entendimento destacado no voto do relator “Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas. Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública – Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes”.

6. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 657.718/MG. Relator: Min. Marco Aurélio, 25 de outubro

de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 232, ata n. 162/2019, 25 out. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500>. Acesso em: 17 abr. 2020. (STF – RE 657.718, Relator: Min. Marco Aurélio. Publicação DJE 25/10/2019- ata n. 162/2019, DJE n. 232, divulgado em 24/10/2019).

7. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 566.471/RN**. Relator: Min. Marco Aurélio, 11 de março de 2012. Brasília: STF, 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2020.

8. Essa expressão foi utilizada pelo Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça, Joaquim Falcão, 2007. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=95>. Acesso em: 14 abr. 2020.

9. “Juntas, as limitações da Carta e as cláusulas ‘*notwithstanding*’ criam um modelo unicamente canadense de proteção de direitos constitucionais. A Carta acrescentou uma nova alternativa ao tradicional debate entre a supremacia judicial, tal como idealizada nos Estados Unidos, e a supremacia legislativa, representada pelo clássico Parlamento inglês. A Carta demonstra a existência de um espectro entre esses dois polos e insere o modelo canadense em algum lugar entre eles. O modelo canadense abriu as possibilidades constitucionais de proteção aos direitos, em vez de prover um protótipo definitivo a ser imposto ou adotado como uma estrutura pré-fabricada. Particularmente, o mecanismo ‘*notwithstanding*’ permitiu a possibilidade de contribuição legislativa à interpretação de direitos e vários mecanismos foram desenvolvidos sobre tais bases”. Tradução nossa do original em inglês: “*Together, the Charter’s limitations and the notwithstanding clauses create a uniquely Canadian model of constitutional rights protection. The Charter added a new alternative into the traditional debate between judicial supremacy as idealized by the United States and legislative supremacy epitomized by the classic Westminster Parliament. The Charter demonstrated the existence of a spectrum between these two poles and planted the Canadian model somewhere between them. The Canadian model opened up the constitutional possibilities for rights protection rather than providing a definitive prototype to be imposed or adopted like a prefabricated structure. In particular, the notwithstanding mechanism invited the possibility of legislative contribution to rights interpretation and various mechanisms have been developed along such lines*” (DODEK, 2007, p. 319).

10. A interferência excessiva e desorganizada pode viciar, ou prejudicar a atividade executiva. “Diante do aumento exponencial da judicialização de políticas públicas, o Estado tende a permanecer numa ‘inércia funcional’, isto é, ‘só atua se for pressionado pelo Judiciário’” (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2013, p. 123).

11. O argumento refere-se, tão somente, à atuação do Supremo Tribunal Federal. Há, por outro lado, inúmeras decisões judiciais intervencionistas e desproporcionais emanadas, dentro da crise do COVID-19, da Justiça Estadual, Federal e do Trabalho.

12. O Congresso Nacional, através da Câmara e Senado, aprovaram por unanimidade e em tempo recorde, medidas provisórias sobre a matéria, decreto de calamidade pública, créditos extraordinários, liberação de recursos para o Fundo Nacional de Saúde. (CORONAVÍRUS: Ministro da Saúde reúne-se com presidentes do Congresso e do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Senado Notícias, 17 mar. 2020. 1 vídeo (2 min). Publicado por Senado Federal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2020/03/legislativo-judiciario-e-executivo-discutem-medidas-diante-da-emergencia-do-coronavirus>. Acesso em: 30 mar. 2020).

13. As ações foram ajuizadas pela Rede Sustentabilidade (ADI 6421), pelo Cidadania (ADI 6422), pelo Partido Socialismo e Liberdade (ADI 6424), pelo Partido Comunista do Brasil (ADI 6425), pela Associação Brasileira de Imprensa (ADI 6427), pelo Partido Democrático Trabalhista (ADI 6428) e pelo Partido Verde (6431).

14. STF – ADI 6359 Relator: Min. Rosa Weber. Decisão publicada no DJE em 02/04/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6359.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2020.

15. STF – ADO 56 Relator: Min. Marco Aurélio. Decisão proferida em 31/03/2020. Disponível em: <http://>

portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5883259. Acesso em: 2 abr. 2020.

16. STF – ADPF 347 Relator: Min. Marco Aurélio. Decisão publicada no DJE em 02/04/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 2 abr. 2020

17. Na apreciação judicial de atos das agências reguladoras, no âmbito do direito norte-americano, deveriam ser respeitados dois *standards* principais, firmados a partir do caso *Chevron, Inc v. Natural Resources Defense Council*: i) a preferência à intenção legislativa quando claro o texto normativo, à qual deveriam se curvar o Judiciário e as Agências e ii) a verificação da razoabilidade da interpretação conferida pela agência reguladora quando silencioso, ambíguo ou obscuro o texto legal, o que aqui aplicar-se-ia, *mutatis mutandis*, na relação entre Judiciário e Executivo em relação às decisões normativas e administrativas relacionadas ao combate ao contágio da população por Covid-19.

18. 467 U.S. 837 (1984) *Chevron* se tornou um dos casos mais citados do direito norte-americano de todos os tempos. Até Dezembro de 2001, teria sido citado nas cortes federais mais de 7000 vezes, muito mais do que três casos mais antigos e mais conhecidos, *Brown v. Board of Education*, *Roe v. Wade* e *Marbury v. Madison*. (BREYER, Stephen *et al.* **Administrative Law and Regulatory Police**. New York: Aspen Publishers, 2002, p. 289 – tradução livre).

19. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 566.471/RN**. Relator: Min. Marco Aurélio, 11 de março de 2012. Brasília: STF, 2012. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versão-final.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2020.

20. O artigo 1, III, da Resolução Normativa n. 338 de 2004, do Conselho Nacional de Saúde, define a Assistência Farmacêutica como sendo “um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, tanto individual como coletivo, tendo o medicamento como insumo essencial e visando o acesso e ao seu uso racional. Este conjunto envolve a pesquisa, o desenvolvimento e a produção de medicamentos e insumos, bem como a sua seleção, programação, aquisição, distribuição, dispensação, garantia da qualidade dos produtos e serviços, acompanhamento e avaliação de sua utilização, na perspectiva da obtenção de resultados concretos e da melhoria da qualidade de vida da população”.

21. Vera Lúcia Pepe ressalta que a etapa de programação “objetiva a garantia da disponibilidade dos medicamentos selecionados, nas quantidades adequadas e no tempo oportuno, para atender as necessidades da população, num determinado período de tempo. Ela é importante para a correta alocação dos recursos disponíveis e para evitar a descontinuidade no abastecimento.” (PEPE, 2010). Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232010000500015&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000500015&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 8 abr. 2015.

22. ABOUD, Georges. Como decidir em tempos de crise? **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 30 abr. 2020. Estado da Arte. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/como-decidir-tempos-crise/>. Acesso em: 5 jul. 2020.

## REFERÊNCIAS

ABOUD, Georges. Como decidir em tempos de crise? **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 30 abr. 2020. Estado da Arte. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/como-decidir-tempos-crise/>. Acesso em: 5 jul. 2020.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização da saúde e conselho nacional de justiça - perspectivas e desafios. *In*: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (org.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 85-110.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na



saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, 2010, p. 33-55.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo Direito Constitucional Brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOSCO, Maria Goretti. **Discrecionalidade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade**. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. **Agência Nacional de Vigilância Sanitária**. Site institucional. Disponível em: [http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset\\_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/covid-19-esclarecimentos-sobre-hidroxicloroquina-e-cloroquina/219201](http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/covid-19-esclarecimentos-sobre-hidroxicloroquina-e-cloroquina/219201). Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. **Lei Federal n. 13.979/2020**, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 657.718/MG. Relator: Min. Marco Aurélio, 25 de outubro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 232, ata n. 162/2019, 25 out. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500>. Acesso em: 17 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 566.471/RN**. Relator: Min. Marco Aurélio, 11 de março de 2012. Brasília: STF, 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg na STA 175/CE. Relator: Min. Gilmar Mendes (Presidente), 17 de março de 2010. Tribunal Pleno. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, n. 76, ement. v. 2399-01, p. 70, 29 abr. 2010. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9087079/agreg-na-suspensao-de-tutela-antecipada-sta-175-ce>. Acesso em: 10 abr. 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 01-50.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

CORONAVÍRUS: Ministro da Saúde reúne-se com presidentes do Congresso e do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Senado Notícias, 17 mar. 2020. 1 vídeo (2 min). Publicado por Senado Federal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2020/03/legislativo-judiciario-e-executivo-discutem-medidas-diante-da-emergencia-do-coronavirus>. Acesso em: 30 mar. 2020.

DODEK, Adam M. *Canada as a Constitutional Exporter: The Rise of the "Canadian Model" of Constitutionalism*. **Supreme Court Law Review**, Canadá, n. 36, p. 309-336, 2007.

EL DIB, Regina Paolucci. **Como praticar a medicina baseada em evidências**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/jvb/v6n1/v6n1a01.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020

FARIAS, Rodrigo Nóbrega. **Direito à saúde & sua judicialização**. Curitiba: Juruá, 2018.

GHOSH, Eric. *Deliberative Democracy and the Countermajoritarian Difficulty: Considering Constitutional Juries*. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 30, n. 02, p. 327-359, 2010.

HIDROXICLOROQUINA: CNJ divulga parecer para orientar juízes. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, 21 mar. 2020. Notícias CNJ/Agência CNJ de Notícias. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/hidroxicloroquina-cnj-divulga-parecer-para-orientar-juizes/>. Acesso em: 2 abr. 2020.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alison A. *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)*. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 35, p. 76-107, 1997.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA (INSPER). **Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2020.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza; DAIN, Sulamis. Direito a saúde: contribuições para o estudo da judicialização. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.). **Revista de Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 463-489.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil**. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda\\_pt\\_br/anexo/Homenagem\\_a\\_Peter\\_Haberle\\_Pronunciamento\\_3\\_1.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento_3_1.pdf). Acesso em: 27 jun. 2020.

PEPE, Vera Lúcia Edais et al. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos "essenciais" no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 3, mar. 2010. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2010000300004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2010000300004&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 7 abr. 2020.

PRATA, Lucília Alcione. Um novo locus de formação das políticas públicas de saúdas: o diagnóstico da saúde pela política. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (org.). **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 248-270.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça**. Coimbra: Almedina, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito a saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013, p. 13-50.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. O fórum nacional do judiciário como instrumento na efetivação do direito a saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 427-450.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUNSTEIN, Cass.; VERMEULE, Adrian. *Interpretations and Institutions*. **Public Law and Legal Theory Working Paper n° 28**, Chicago, 2002. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>.

Acesso em: 15 set. 2007.

TATE, C.N. *Why the expansion of judicial Power*. In: TATE, C, N; VALLINDER, T. (ed.). ***The Global expansion of judicial Power***. New York: New York University, 1995, p. 27-38.

Recebido em: 01/12/2020

Aceito em: 01/01/2021

# PRESCRIÇÃO E CRÉDITO TRIBUTÁRIO

## *Tax credit and prescription*

### Tatiane Mattos França Bohmer

Procuradora do Município de Pelotas (RS, Brasil). Especialista em Direito Processual pela Universidade Católica de Pelotas. Mestra em Ciências Sociais pela Universidade Católica de Pelotas.

### Lívia Pachalski Santin

Graduanda do curso de Direito na Universidade Católica de Pelotas (RS, Brasil). Estagiária da Procuradoria do Município de Pelotas.

## Resumo

O presente artigo objetiva realizar uma análise da prescrição do crédito tributário após os entendimentos consagrados pelo Superior Tribunal de Justiça nos Temas 896 e 566. Cumpre destacar a relevância do assunto a ser abordado, considerando-se que a prescrição do crédito tributário fulmina com o próprio direito ao crédito. O tema será abordado a partir de análise aprofundada dos entendimentos jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, bem como através de decisões judiciais proferidas sobre o tema, com ênfase aos tributos municipais e às decisões enfrentadas pelo Município de Pelotas. Busca-se demonstrar as consequências da aplicação dos entendimentos consagrados pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento das demandas em que se discute a prescrição tributária, com sugestões para evitar a prescrição do crédito nas hipóteses de parcelamento de ofício e finalizando, através de contribuições, com o intuito de afastar a prescrição dos créditos tributários nas hipóteses alcançadas pela aplicação do Tema 566.

**Palavras-chave:** Fazenda Pública. Prescrição. Crédito tributário. Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça.

## Abstract

The present article aims at conducting an analysis of the prescription of tax credit after the understandings established by the Supreme Court of Justice on the Themes 896 and 566. It should be emphasized the relevance of the issue to be addressed, considering the prescription of tax credit ends the right to the credit itself. The theme is to be addressed on the basis of a thorough analysis of the case law understandings of the Supreme Court of Justice, as well as through court decisions issued on the theme, with emphasis on municipal taxes and the decisions faced by the City of Pelotas. We aim to present the consequences of the application of understandings established by the Supreme Court of Justice in the judgement of the demands in which the tax prescription is discussed, with suggestions to avoid the prescription of credit in hypothesis of installment of payment and finishing through contributions with the purpose of suspending the prescription of tax credits in the hypotheses reached by the Theme 566 application.

**Keywords:** Public Treasury. Prescription. Tax credit. Jurisprudence. Supreme Court of Justice.

## Sumário

1. Introdução; 2. STJ e o Tema 980; 3. STJ e o Tema 566; 4. Conclusão; 5. Notas; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Um dos temas mais relevantes diz respeito à prescrição do crédito tributário no curso das execuções fiscais. Para os operadores do Direito que diariamente se deparam com decisões judiciais, em especial às que extinguem execuções pelo decurso do prazo de cinco anos, nas hipóteses de cobrança de crédito tributário, o tema é ainda mais intrigante.

Não se pode olvidar que a prescrição é um instituto previsto em nosso Ordenamento Jurídico visando à pacificação das relações jurídicas, pois tem a finalidade de evitar que demandas se eternizem sem solução.

Como ensina Luciano Amaro (1998):

A certeza e a segurança do direito não se compadecem com a permanência, no tempo, da possibilidade de litígios instauráveis pelo suposto titular de um direito que tardiamente venha a reclamá-lo. *Dormientibus non succurrit jus*. O direito positivo não socorre a quem permanece inerte, durante largo espaço de tempo, sem exercer seus direitos. (AMARO, 1998, p. 372).

Sabe-se que, constituído o crédito tributário, a Fazenda Pública tem o prazo de cinco anos para cobrança, nos termos do artigo 174 do Código Tributário Nacional (CTN).<sup>1</sup> Silenciando, incide a prescrição, fulminado não apenas com o direito de ação da Fazenda Pública, mas com o próprio crédito tributário.

Sobre o tema, é interessante lembrarmos os ensinamentos de Hugo de Brito Machado (1998). Vejamos:

Dizer que a ação para a cobrança do crédito tributário *prescreve* em cinco anos significa dizer que a Fazenda Pública tem o prazo de cinco anos para cobrar judicialmente, para propor a *execução* do crédito tributário. Tal prazo é contado da constituição definitiva do crédito, isto é, da data em que não mais admita a Fazenda Pública discutir a seu respeito, em procedimento administrativo. Se não efetua a cobrança no prazo de cinco anos, não poderá mais fazê-lo. (MACHADO, 1998, p.151).

A prescrição originária já trouxe maiores debates, especialmente a respeito do termo inicial da prescrição nos casos das demandas sobre o Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), matéria que atualmente já foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do Recurso Especial - REsp nº 1.641.011 – PA e do Recurso Especial – REsp. nº 1.297.599/PA, originando o Tema 980.

A prescrição intercorrente, da mesma forma, apresenta entendimento pacificado atualmente pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, pois a matéria foi enfrentada no julgamento do Recurso Especial – REsp nº1.340.553/RS, originando o Tema 566.

A partir desses entendimentos é que se dará sequência ao trabalho para análise das repercussões do entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça a respeito da prescrição do crédito tributário no curso das execuções fiscais.

## 2. STJ E O TEMA 980

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao apreciar o Recurso Especial – REsp. 1641.011 – PA, juntamente com o Recurso Especial – REsp. 1.297.599/PA, admitidos como representativos de controvérsia e cadastrados sob o Tema 980, apresentou inovações sobre o posicionamento do início da contagem da prescrição para a cobrança

do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). Ademais, apresentou entendimento sobre a interrupção da prescrição pelos parcelamentos de ofício.

Cumpra destacar que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o termo inicial da prescrição do IPTU é o dia seguinte ao termo estipulado pela lei local para o vencimento da exação. Não bastasse, acabou por decidir que o parcelamento de ofício não pode servir como causa interruptiva da prescrição. A matéria ficou ementada da seguinte forma:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. IPTU. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. DIA SEGUINTE AO VENCIMENTO DA EXAÇÃO. PARCELAMENTO DE OFÍCIO DA DÍVIDA TRIBUTÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CAUSA SUSPENSIVA DA CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO. MORATÓRIA OU PARCELAMENTO APTO A SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NECESSÁRIA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO CONTRIBUINTE. PARCELAMENTO DE OFÍCIO. MERO FAVOR FISCAL. APLICAÇÃO DO RITO DO ART. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015. ART. 256-I DO RISTJ. RECURSO ESPECIAL DO MUNICÍPIO DE BELÉM/PA QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Tratando-se de lançamento de ofício, o prazo prescricional de cinco anos para que a Fazenda Pública realize a cobrança judicial de seu crédito tributário (art. 174, caput do CTN) referente ao IPTU, começa a fluir somente após o transcurso do prazo estabelecido pela lei local para o vencimento da exação (pagamento voluntário pelo contribuinte), não dispondo o Fisco, até o vencimento estipulado, de pretensão executória legítima para ajuizar execução fiscal objetivando a cobrança judicial, embora já constituído o crédito desde o momento no qual houve o envio do carnê para o endereço do contribuinte (Súmula 397/STJ). Hipótese similar ao julgamento por este STJ do REsp. 1.320.825/RJ (Rel. Min. GURGEL DE FÁRIA, DJe 17.8.2016), submetido ao rito dos recursos repetitivos (Tema 903), no qual restou fixada a tese de que a notificação do contribuinte para o recolhimento do IPVA perfectibiliza a constituição definitiva do crédito tributário, iniciando-se o prazo prescricional para a execução fiscal no dia seguinte à data estipulada para o vencimento da exação. 2. O parcelamento de ofício da dívida tributária não configura causa interruptiva da contagem da prescrição, uma vez que o contribuinte não anuiu. 3. O contribuinte não pode ser despojado da autonomia de sua vontade, em decorrência de uma opção unilateral do Estado, que resolve lhe conceder a possibilidade de efetuar o pagamento em cotas parceladas. Se a Fazenda Pública Municipal entende que é mais conveniente oferecer opções parceladas para pagamento do IPTU, o faz dentro de sua política fiscal, por mera liberalidade, o que não induz a conclusão de que houve moratória ou parcelamento do crédito tributário, nos termos do art. 151, I e VI do CTN, apto a suspender o prazo prescricional para a cobrança de referido crédito. Necessária manifestação de vontade do contribuinte a fim de configurar moratória ou parcelamento apto a suspender a exigibilidade do crédito tributário. 4. Acórdão submetido ao regime do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 256-I do RISTJ, incluído pela Emenda Regimental 24 de 28.9.2016), cadastrados sob o Tema 980/STJ, fixando-se a seguinte tese: (i) o termo inicial do prazo prescricional da cobrança judicial do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU inicia-se no dia seguinte à data estipulada para o vencimento da exação; (ii) o parcelamento de ofício da dívida tributária não configura causa interruptiva da contagem da prescrição, uma vez que o contribuinte não anuiu. (STJ, 1ª SEÇÃO, RESP 1.641.011 – PA, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, Data do Julgamento: 14/11/18).

Como visto, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o REsp 1641.011/PA em conjunto com o REsp. 1.297.599/PA, submetidos ao rito dos recursos repetitivos, fixou a seguinte tese representativa do Tema 980:

- (i) O termo inicial do prazo prescricional da cobrança judicial do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU inicia-se no dia seguinte à data estipulada para o vencimento da exação;
- (ii) O parcelamento de ofício da dívida tributária não configura causa interruptiva

da contagem da prescrição, uma vez que o contribuinte não anuiu.

É importante ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, através do Tema 980, além de pacificar o tema, trouxe reflexos importantes para as execuções fiscais de IPTU, tendo em vista que o reconhecimento da prescrição originária do tributo não considerava as datas previstas para o pagamento na legislação dos entes municipais, o que representava prejuízo ao ente público, especialmente em se tratando de IPTU que é um tributo anual.

Em atuação na Área Fiscal na Procuradoria do Município de Pelotas, não raras vezes, nos deparamos com o reconhecimento da prescrição de créditos tributários de Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (IPTU) e sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN).

As prescrições de IPTU, quando reconhecidas na origem atreladas ao Município de Pelotas, usualmente aplicavam o entendimento de que a contagem do prazo prescricional se iniciava no primeiro dia do exercício seguinte aquele que o lançamento poderia ser efetuado.

Com o advento do Tema 890 do STJ e aplicação do novo entendimento pelo nosso Tribunal de Justiça, consoante decisão já proferida pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, reconhecendo que a prescrição do IPTU deve considerar a Lei do Município local, abre-se uma nova possibilidade para a apreciação das demandas que envolvem a apreciação da prescrição originária do IPTU, trazendo novos fundamentos jurídicos para recursos que envolvem o tema, objetivando afastar o reconhecimento da prescrição, conforme o seguinte *decisum*:

**Ementa:** AGRADO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. PRESCRIÇÃO DIRETA. INOCORRÊNCIA. TEMA 980 DO STJ. CDA. DESNECESSIDADE DE SUBSTITUIÇÃO. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. PRECEDENTES DESTA CORTE. 1. O STJ, quando do julgamento do Tema 980 fixou a seguinte tese: (i) o termo inicial do prazo prescricional da cobrança judicial do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU inicia-se no dia seguinte à data estipulada para o vencimento da exação; (ii) o parcelamento de ofício da dívida tributária não configura causa interruptiva da contagem da prescrição, uma vez que o contribuinte não anuiu. 2. No caso dos autos, está sendo cobrado o IPTU devido nos exercícios de 2013 a 2016. Assim, tendo em vista o vencimento do IPTU de 2013, em janeiro do mesmo ano, conforme disposto no art. 25 da Lei Municipal nº 96, de 1983, o exequente dispunha até janeiro de 2018 para ingressar com a ação. 3. Considerando que o feito foi ajuizado em 11/12/2017, bem como que o marco interruptivo da prescrição retroage à data do ajuizamento do feito, inexistente prescrição direta no caso concreto. 4. Por outro lado, ainda que houvesse créditos excluídos (e não há) não haveria necessidade de substituição da CDA em questão. AGRADO DE INSTRUMENTO PROVIDO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (Agravado de Instrumento, Nº 70084384965, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em: 29-07-2020).

Tratando-se de demandas que envolvem créditos tributários e que representam recursos para os entes públicos, a atuação das Procuradorias dos Municípios para afastar a prescrição e seguir com o curso das ações executivas necessariamente se faz necessária, mormente se consideramos a indisponibilidade do patrimônio público.

Por outro viés, questão importante a ser abordada a respeito do Tema 980 diz respeito aos parcelamentos de ofício, aqueles que se configuram com a mera adesão de proposta de parcelamento enviada ao contribuinte inadimplente, através do pagamento da primeira parcela.

O parcelamento, como cediço, interrompe o prazo prescricional por força do artigo 174<sup>2</sup> do CTN e também suspende a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo do 151<sup>3</sup> do mesmo diploma legal.

Assim, foi de grande surpresa o entendimento do Superior Tribunal de Justiça exposto no Tema 980 a respeito do parcelamento de ofício, pois, pelas regras do Código Tributário Nacional, poderia se entender que a adesão do contribuinte, através do pagamento das parcelas objeto do parcelamento, suspenderia a exigibilidade do crédito, além do prazo prescricional.

O entendimento do C. Tribunal de Justiça, todavia, veio na contramão dos parcelamentos realizados por muitos municípios que, de certa forma, deverão tomar medidas administrativas para obter o consentimento explícito do contribuinte nos parcelamentos, sob pena de o crédito tributário ser extinto pela prescrição nas hipóteses de inadimplemento.

A prescrição do crédito tributário, como cediço, não se resume à prescrição originária, na medida em que o decurso do prazo, após o ajuizamento das ações de execução, pode resultar na aplicação da prescrição intercorrente, a qual também foi objeto de análise do Superior Tribunal de Justiça, conforme passaremos a expor.

### 3. STJ E O TEMA 566

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi novamente provocado a se posicionar sobre a prescrição do crédito tributário, pacificando o tema da prescrição intercorrente após o julgamento do Recurso Especial – REsp. 1.340.553/RS, julgado pelo rito dos recursos repetitivos, dando origem ao Tema 566, conforme ementa abaixo transcrita:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ARTS. 1.036 E SEQUENTES DO CPC/2015 (ART. 543-C, DO CPC/1973). PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. SISTEMÁTICA PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (PRESCRIÇÃO APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO) PREVISTA NO ART. 40 E PARÁGRAFOS DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (LEI N. 6.830/80).

1. O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais.

2. Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se **automaticamente** o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente".

3. Nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no *caput*, do art. 40, da LEF, somente a lei o é (ordena o art. 40: "[...] o juiz suspenderá [...]"). Não cabe ao Juiz ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início. No primeiro momento em que constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente o prazo de suspensão, na forma do art. 40, *caput*, da LEF. Indiferente aqui, portanto, o fato de existir petição da Fazenda Pública requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a suspensão a 1 (um) ano. Também indiferente o fato de que o Juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40, da LEF. **O que importa para a**



aplicação da lei é que a Fazenda Pública tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido e/ou da não localização do devedor. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, ex lege.

4. Teses julgadas para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973):

**4.1.)** O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 – LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução;

**4.1.1.)** Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.

**4.1.2.)** Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.

**4.2.)** Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 – LEF, findo o qual o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato;

**4.3.)** A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo – mesmo depois de escoados os referidos prazos –, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.

**4.4.)** A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial – 4.1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

**4.5.)** O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973). (STJ- REsp: 1340553 RS 2012/0169193-3, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data do Julgamento: 12/09/2018, S1 – PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 16/10/2018).

Embora o entendimento do C. STJ seja claro a respeito da prescrição intercorrente, não se pode deixar de ressaltar que tem causado prejuízos à Fazenda Pública, desconsiderando a indisponibilidade do patrimônio público, bem como o fato de que o crédito tributário é indispensável para a receita dos entes da federação.

Ademais, há que se considerar que o entendimento atualmente consagrado a respeito da prescrição intercorrente trouxe alteração no entendimento até então aplicado pelo Tribunal de Justiça Gaúcho no sentido de que a prescrição intercorrente só era aplicado nas hipóteses de inércia da Fazenda Pública pelo prazo de cinco ou mais anos em se tratando de crédito tributário.

Sobre o tema, lembramos as lições de Luiz Felipe Silveira Difini (2006) em edição anterior ao entendimento consagrado no Tema 566 do STJ:

A prescrição intercorrente é aquela que flui no curso da ação: só se consuma se o processo fica paralisado, sem a prática de qualquer ato, pelo prazo prescricional, não por eventual demora na sua tramitação, enquanto o autor pratica atos processuais para seu impulsionamento. (DIFINI, 2006, p. 308).

As decisões eram pacíficas no sentido de que somente a inércia do ente público poderia levar ao reconhecimento da prescrição intercorrente, consoante se verifica através da seguinte ementa do julgamento ocorrido em 19 de dezembro de 2018 pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do RS.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. PRESCRIÇÃO. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO MONOCRÁTICO. 1. PRESCRIÇÃO. 1.1 – Prescrição prévia ao ajuizamento. Exclui-se os exercícios de IPTU com prescrição já consumada quando ajuizado o processo. 1.2 – Prescrição intercorrente. 1.2.1 – Não há falar em prescrição intercorrente se não houve paralisação por desinteresse do credor durante mais de cinco anos. Além disso, impõe-se, previamente, o cumprimento dos §§ 2º e 4º do art. 40 da LEF e da Súm. 314 do STJ. 1.2.2 – A prescrição intercorrente existe para punir o credor negligente e para prestigiar o princípio da segurança jurídica, que não se coaduna com a eternização das *pendências administrativas* ou judiciais (STJ, REsp 1034191-RJ, DJe de 26-5-08). Por isso, pressupõe-se negligência do credor. Não há confundir-la com cinco anos de tramitação do processo ou prazo ao pagamento, nem atividade processual, cuja ausência pode gerá-la. 2. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO MONOCRÁTICO 2.1 – A possibilidade de julgamento monocrático não se exaure nas hipóteses das alíneas dos incisos IV e V do art. 932 do CPC/2015. Assim como em relação ao art. 557 do CPC/1973, há reconhecer duas hipóteses implícitas: (a) a lei; e (b) o princípio da jurisdição equivalente. 2.1.1 – Quanto à lei, se o relator pode desprover ou prover quando a decisão está conforme as categorias jurisprudenciais ou delas diverge, que vêm a ser as alíneas de tais incisos, com muito mais razão pode igualmente desprover ou prover quando a decisão está conforme a lei ou dela diverge, justificando, inclusive, noutras circunstâncias, ação rescisória. 2.1.2 – Quanto ao princípio da jurisdição equivalente, consagrado pelo STJ à luz do ex-art. 557, impõe-se preservá-lo, agora, à luz do art. Se há orientação sedimentada no órgão colegiado, nada obsta o relator o *recurso* provê-lo ou desprovê-lo desde logo. Em tais situações, o relator nada mais faz do que entregar à parte a prestação jurisdicional que 932, IV e V, do novo CPC. e seria dada se julgado pelo órgão fracionário. Isso significa celeridade processual, fortemente estimulada pelo novo Estatuto no cumprimento do princípio da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII; CPC/2015, art. 4º). 2.2 – Subsiste após a entrada em vigor do CPC/2015, o entendimento de que, se o órgão colegiado confirma a decisão do relator, fica automaticamente prejudicada eventual arguição de não ser caso de decisão monocrática. 2.3 – As contrarrazões previstas no art. 932, V, e a intimação pessoal do agravado prevista no art. 1.019, II, quando não tiver procurador constituído, não podem ser entendidas de modo amplo, a ponto de obrigar o 2º Grau citar e intimar quando isso ainda não ocorreu no 1º. Menos ainda quando se discute em juízo provisório, se a parte deve ou não figurar no polo passivo, ou se deve ou não ser citada por edital, até porque, se for o caso, poderá se defender, no momento oportuno. A interpretação literal de tais dispositivos sobrecarrega o 2º Grau em atos inúteis, o que não está conforme a razoabilidade e a eficiência (art. 8º). 2. DISPOSITIVO Apelação provida em parte. (Apelação Cível, Nº 70080066525, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em: 19-12-2018)

O Tema 566, contudo, inovou, surpreendendo em especial os procuradores públicos, na medida em que desconsiderou prescrições legais, como a regra prevista no artigo 25 da Lei de Execução Fiscal<sup>4</sup> que determina a intimação pessoal da Fazenda Pública, ao reconhecer a suspensão automática do processo nas hipóteses em que não encontrado o devedor ou bens para garantir a execução.

Nesse contexto, o Tema 566, em que pese tenha sido proferido com o intuito de pacificar as relações jurídicas, suprimindo do mundo jurídico demandas que se perpetuassem por um longo prazo sem êxito, desestabilizou o entendimento já pacificado sobre a matéria, trazendo surpresa aos operadores do Direito Tributário e prejuízos à Fazenda Pública, especialmente porque a aplicação do entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça sequer observou uma regra de transição, ocasionando a aplicação do entendimento inclusive para demandas que já estavam tramitando antes da edição do Tema, gerando surpresa ao procurador público que, sem sequer ser intimado do início da suspensão do feito pelo artigo 40 da Lei de Execução Fiscal,<sup>5</sup> vê o reconhecimento da prescrição de créditos tributários pelo mero decurso do prazo de cinco ou mais anos, após o decurso de 1 (um) ano sem que a Fazenda Pública tenha obtido êxito em citar o executado ou em encontrar bens para garantir e prosseguir com a execução.

Portanto, acredita-se que deveria ter havido a modulação dos efeitos do julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o tema da prescrição intercorrente para que houvesse estabilização das relações jurídicas nas demandas em que figuram a Fazenda Pública, preservando-se os créditos tributários em prol da indisponibilidade do interesse público.

Em estudo recente realizado sobre a prescrição com base na aplicação do Tema 566 em processos da Procuradoria do Município de Pelotas, verificou-se que a aplicação do novo entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, sem a modulação dos efeitos, ocasionou prejuízo ao ente público em menos de 01 ano (de julho de 2019 a março de 2020) no valor de R\$ 709.225,30 (setecentos e nove mil duzentos e vinte e cinco reais e trinta centavos).<sup>6</sup>

A pesquisa demonstrou, ainda, que em alguns processos extintos, o Tema 566 não foi observado na íntegra, na medida a sentença extintiva desconsiderou que alguns processos, em razão de eventual parcelamento realizado pela parte, tinham sido arquivados com baixa pelo cartório. A sentença extintiva desconsiderou também o fato de que a Fazenda Pública não havia sido intimada para apresentar manifestação ao final do tempo em que o processo deveria estar arquivado sem baixa pelo cartório. Nesses processos, o Município buscou a reforma do julgado, conseguindo êxito em algumas demandas, conforme a que segue:

Ementa: Apelação Cível. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NÃO CARACTERIZADA. APLICAÇÃO DO ART. 40 DA LEF E DA SÚMULA 314 DO STJ observância da ORIENTAÇÃO DO STJ NO JULGAMENTO DO RESP N° 1.340.553/RS. TEMAS 566, 567, 568, 569, 570 E 571. 1. Segundo o posicionamento do STJ a respeito da contagem do prazo para a prescrição intercorrente, resultando infrutíferas as tentativas de localização do devedor e de bens passíveis de expropriação, o juiz declarará suspensa a execução pelo prazo de um ano e, findo o prazo, iniciar-se-á automaticamente a contagem do prazo prescricional aplicável, independente do processo estar arquivado administrativamente, e somente depois de transcorrido o lapso temporal e de ouvida previamente a Fazenda Pública, o juiz poderá

reconhecer a prescrição intercorrente. 2. De acordo com os atos processuais praticados na presente execução fiscal, embora seja possível considerar a suspensão automática do processo, a Fazenda Pública não foi previamente intimada para apresentar manifestação ao final do tempo que o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, requisito indispensável para o reconhecimento da prescrição intercorrente. 3. Não há falar em prescrição intercorrente, porquanto não observados os ditames do art. 40, § 4º, da Lei nº 6.830/80. RECURSO PROVIDO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (TJRS, AP70081834947, 1ª Câmara Cível, Recorrente: Município de Pelotas, Recorrido: CASARIN COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA; Decisão de 13/06/2019).

Como se pode observar, o tema prescrição do crédito tributário ainda merece reflexões, especialmente se considerarmos que o novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em especial do Tema 566, acabou por alterar entendimentos já pacificados sobre o tema e que garantiam à persecução das execuções fiscais para a cobrança do crédito tributário desde que não fosse constatada a inércia da Fazenda Pública.

## 4. CONCLUSÃO

A prescrição do crédito tributário é um dos temas que mais se discute no curso das execuções fiscais. Nos processos que tramitam na Comarca de Pelotas e que são decorrentes da Procuradoria do Município é um tema que vem sendo questionado, considerando-se o elevado número de processos extintos pelo reconhecimento da prescrição intercorrente, quer em decorrência do decurso do prazo superior a cinco anos sem a localização dos executados para concretizar a citação, quer em decorrência do decurso do prazo superior a cinco anos sem a localização de bens para garantir a execução e prosseguir com o processo executivo, quer, ainda, em decorrência de processos que ficaram por prazo superior a cinco anos arquivados com baixa nos cartórios em decorrência da realização de parcelamentos pelos executados.

Como já referido, o entendimento jurisprudencial dominante do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre a temática, anterior ao Tema 566, era o de que a prescrição intercorrente não era aplicada se não restasse configurada a inércia da Fazenda Pública, ou seja, a não impulsão do processo por cinco ou mais anos nas hipóteses de crédito tributário.

O Tema 566, entretanto, trouxe entendimento distinto do até então aplicado, surpreendendo a Fazenda Pública que, a partir de então, passou a visualizar o reconhecimento da prescrição do crédito tributário em processos que, não obstante impulsionados pela Fazenda Pública, não seguiram seu curso normal por não se ter obtido êxito em localizar o devedor que, como cediço, muitas vezes se oculta, ou porque não se conseguiu obter bens para indicar à penhora e prosseguir com a execução fiscal.

Ocorre que a não localização do devedor ou a não localização de bens para prosseguir a execução não decorre de falta da Administração Pública que sempre diligencia para obtenção de informações para prosseguir com a execução, obtendo a satisfação do crédito tributário.

Nesse contexto, entende-se que o atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do reconhecimento da prescrição intercorrente pelo decurso do prazo de cinco anos contados a partir do término de um ano da suspensão automática do processo - que se configura no momento da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do

devedor ou da inexistência de bens penhoráveis - privilegia o devedor inadimplente que, muitas vezes, se oculta ou ao patrimônio.

Assim, concluiu-se que o Tema 566 trouxe prejuízos aos entes públicos, na medida em que impõe uma alteração nos entendimentos já consolidados sobre a prescrição intercorrente perante os Tribunais de Justiça, especialmente porque não houve uma modulação dos efeitos do julgamento proferido pelo rito dos casos repetitivos.

Verifica-se, igualmente, prejuízo à Fazenda Pública na Edição do Tema 890, mais especificamente na parte em que desconsidera o parcelamento de ofício como causa suspensiva ou interruptiva da prescrição, em que pese o artigo 151 do CTN<sup>7</sup> seja claro em prever o parcelamento como forma de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e a regra prevista no artigo 174, IV,<sup>8</sup> do mesmo diploma legal, tenha previsto que se considera interrompida a prescrição por qualquer ato inequívoco que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

Acredita-se que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que deu origem ao Tema 890 certamente fará com que a Administração Pública possibilite, de alguma forma, a adesão expressa do contribuinte ao parcelamento de ofício, sob pena de ser futuramente surpreendida com o decurso do prazo prescricional em eventual futura cobrança do crédito tributário nas hipóteses de inadimplimento.

Ademais, acredita-se que, naquelas hipóteses em que o Tema 566 venha a ser aplicado de forma equivocada ao caso concreto, extinguindo-se execuções em decorrência do reconhecimento da prescrição em processos que estiveram arquivados com baixa ou sem a anterior intimação da Fazenda Pública para que se manifestasse, por exemplo, possa-se utilizar o instituto da reclamação, previsto no artigo 988<sup>9</sup> do Código de Processo Civil, como mais uma alternativa para questionar o tema e uma forma de tentar afastar a prescrição equivocadamente reconhecida, preservando-se a autoridade do Tribunal.

Por derradeiro, não se pode deixar de ressaltar, em prol do princípio da segurança jurídica e da irretroatividade da mutação jurisprudencial, que o Colendo Superior Tribunal de Justiça pecou ao não limitar os efeitos no julgamento dos recursos repetitivos que deram origem aos Temas 980 e 566, considerando-se a regra prevista no artigo 927, §3<sup>o</sup>, do Código de Processo Civil,<sup>10</sup> bem como os prejuízos que estão sendo suportados pela Fazenda Pública, mais especificamente em decorrência da aplicação cega e sem limitação do Tema 566.

É oportuno ressaltar que a mudança de entendimento jurisprudencial da Corte autoriza a modulação dos efeitos em casos de recursos repetitivos. Nesse sentido, inclusive, o entendimento da 1<sup>a</sup> Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.596.978, conforme menciona Bárbara Mengargo (2016).

## 5. NOTAS

1. "Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva".

(BRASIL. **Lei n. 5.172/66, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência

da República, 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm). Acesso em: 6 nov. 2020).

2. BRASIL. **Lei n. 5.172/66, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966.

3. “Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I – moratória;

II – o depósito do seu montante integral;

III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI – o parcelamento.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.” data da sua constituição definitiva”.

(BRASIL. **Lei n. 5.172/66, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm). Acesso em: 6 nov. 2020).

4. “Art. 25 - Na execução fiscal, qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente.

Parágrafo Único - A intimação de que trata este artigo poderá ser feita mediante vista dos autos, com imediata remessa ao representante judicial da Fazenda Pública, pelo cartório ou secretaria”. (BRASIL. **Lei n. 6.830/80, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1980. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16830.htm). Acesso em: nov. 2020).

5. “Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º - Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

§ 5º - A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4o deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda”. (BRASIL. **Lei n. 6.830/80, de 22 de setembro de 1980**. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1980. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16830.htm). Acesso em: nov. 2020).

6. PACHALSKI, L. **Arrecadação Tributária como Instrumento de Efetivação de Direitos e o Reconhe-**

**cimento da Prescrição Intercorrente nos Processos de Execução Fiscal no Município de Pelotas:**

Um estudo sobre os efeitos da aplicação da Súmula 314 do STJ e seus precedentes. TCC (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Católica de Pelotas. Pelotas, p. 54, 2020.

7. BRASIL. **Lei n. 5.172/66, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966.

8. BRASIL. **Lei n. 5.172/66, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966.

9. “Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

[...]

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

[...]”.

(BRASIL. **Lei n. 13.105/15, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm), Acesso em: 6 nov. 2020).

10. “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”. (BRASIL. **Lei n. 13.105/15, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm), Acesso em: 6 nov. 2020).

## REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. **Lei n. 5.172/66, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm), Acesso em: 6 nov. 2020

BRASIL. **Lei n. 6.830/80, de 22 de setembro de 1980.** Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1980. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm), Acesso em: nov. 2020

BRASIL. **Lei n. 13.105/15, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm), Acesso em: 6 nov. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial REsp. 1.340.553/RS/Distrito Federal**. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 12 de setembro de 2018. Brasília: STJ, 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/638023415/recurso-especial-resp-1340553-rs-2012-0169193-3/inteiro-teor-638023436>. Acesso em: nov.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1641011/ Distrito Federal**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 14 de novembro de 2018. Brasília: STJ, 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/651890180/recurso-especial-resp-1641011-pa-2016-0313842-4/inteiro-teor-651890182>. Acesso em: 6 nov.2020.

DINIFI, Luiz Felipe Silveira. **Manual de Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENGADO, Bárbara. Recurso Repetitivo: STJ julga “modulação” de recursos repetitivos. **Jota**, São Paulo, 9 jun. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/justica/stj-julga-modulacao-de-recursos-repetitivos-09062016>. Acesso em: nov.2020.

PACHALSKI, L. **Arrecadação Tributária como Instrumento de Efetivação de Direitos e o Reconhecimento da Prescrição Intercorrente nos Processos de Execução Fiscal no Município de Pelotas**: Um estudo sobre os efeitos da aplicação da Súmula 314 do STJ e seus precedentes. TCC (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Católica de Pelotas. Pelotas, p. 54, 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Primeira Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70080066525**. Relator: Irineu Mariani, 19 dez. 2018. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2018. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: 6 nov. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (Vigésima Segunda Câmara Cível). **Agravo de Instrumento n. 70084384965**. Relator: Luiz Felipe Silveira Difini: 29 jul. 2020. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2020. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: 6 nov. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. (1ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70081834947**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2019. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp\\_index](https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index). Acesso em: 6 nov. 2020.

Recebido em: 09/11/2020

Aceito em: 01/01/2021



## **TRANSMISSÃO UNILATERAL SUBJETIVA ATIVA DAS OBRIGAÇÕES: CESSÃO DO CRÉDITO**

*Unilateral subjective transmission of obligations: credit assignment*

**Eduardo de Sampaio Leite Jobim**

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS, RS, Brasil). Mestre em Direito Tributário pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP).

### **Resumo**

O presente artigo tem por objetivo investigar a figura da cessão de créditos que é uma das espécies de transmissão subjetiva das obrigações no direito privado brasileiro. A figura é assente na livre transmissão dos créditos, que decorre da autonomia da vontade, e que permite aos sujeitos de direito dispor dos créditos existentes no seu patrimônio. A figura é apresentada tomando a obrigação como processo, dando ensejo a compreensão do papel dos contraentes no contexto de suas relações mútuas.

**Palavras-chave:** Direito privado. Direito das obrigações. Obrigação como processo. Cessão de crédito. Dever de colaborar

### **Abstract**

This paper aims to analyze the credit assignment figure that is one of the species of subjective transmission of obligations in Brazilian private law. The figure is based on the right to transmit personal credits, which derives from the autonomy of the will, and which allows the subjects of law to dispose of the existing credits in their assets. The figure is presented taking the "obligation as a process", giving rise to an understanding of the role of contractors in the context of their mutual relations.

**Keywords:** Private law. Obligation rights. Obligations as a process. Credit assignment. Duty to collaborate

### **Sumário**

1. Introdução; 2. Perspectiva de análise das relações obrigacionais; 3. Cessão do crédito: conceito e fundamento jurídico; 4. Requisitos da cessão; 5. Efeitos da cessão de crédito na relação entre o cedente e o cessionário; 6. Obrigações impassíveis de cessão; 7. Efeitos da cessão de crédito em relação ao devedor; 8. Responsabilidade do cedente perante o cessionário; 9. Conclusão; 10. Notas; Referências

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo investigar uma das formas de transmissão das obrigações no direito privado brasileiro: a cessão de créditos. Trata-se de figura que aparece ao lado de outras formas de transmissão subjetiva das obrigações, como a assunção de dívidas e a cessão de posição contratual, sendo que a cessão é voltada ao fim de transmitir o direito sobre um crédito (parcial ou total) de um indivíduo ao outro, de modo que é cedido apenas uma unidade parcelar de uma obrigação consistente no crédito, suas garantias e os seus elementos que a ela se agregam.

O ponto de partida para a presente análise será o direito positivo e os trabalhos da doutrina brasileira e estrangeira sobre o direito das obrigações, no geral, e sobre a cessão de crédito, no especial, tomando o crédito como objeto de tráfico jurídico. Quer-se determinar o conteúdo e conceito da cessão de crédito, apresentar o seu fundamento jurídico, especular sobre os seus efeitos e funções partindo da noção de relação obrigacional tomada como um processo destinado ao adimplemento da obrigação.

O presente estudo será direcionado no sentido de evidenciar como é realizada a cessão de crédito, sendo ressaltado, sempre que possível, o dever de cooperação que pode ser exigido entre as partes envolvidas na transmissão subjetiva ativa das obrigações, mormente, nas figuras do cedente, do cessionário e do cedido. Quer-se responder se, ao haver a transmissão de uma unidade parcelar da obrigação, far-se-ia nascer obrigações de cooperação entre o cedente e o cedido, ou, entre o cedente e o cessionário? Para responder a tal questionamento, dentre outros relevantes ao objetivo do tema proposto, será utilizado o método dedutivo de aproximação do objeto, sendo realizado um corte metodológico que dividiu a cessão de crédito em 7 (sete) pontos distintos. A resposta ao problema indicado será oferecida ao longo dos distintos pontos que seguem em formas de tópicos correlacionados.

O primeiro ponto será destinado a apresentar a noção de relação obrigacional tomada como processo destinado ao adimplemento, o qual exprime, como se verá adiante, o conjunto, complexo e total, de direitos de crédito, poderes formativos, deveres jurídicos de prestação (principais e secundários, acessórios, laterais e instrumentais ou funcionais), estados de sujeição, etc. A relação obrigacional, nessa perspectiva, não é limitada a análise da estrutura básica da relação, ligando os seus dois polos subjetivos da relação, nem foca nos seus elementos estruturantes principais, o crédito e o débito, trata-se de compreensão mais ampla da relação obrigacional compreendida como uma sucessão de atos entre si relacionados e “dirigidos a uma finalidade, que os polariza ou atrai”.<sup>1</sup>

Num segundo ponto será apresentado o conceito e o fundamento da cessão de crédito tal qual estipulado no direito positivo brasileiro, sendo relevante apresentar os seus requisitos e os seus efeitos legais nas relações entre o cedente e o cessionário do crédito. No terceiro e quarto pontos, aborda-se quais obrigações não são suscetíveis de cessão, mais adiante será tratado dos efeitos da cessão de crédito em relação ao devedor. O último ponto será destinado a responsabilidade do cedente perante o cessionário, que se faz seguida de uma conclusão que trará um síntese dos principais achados que resultam da presente investigação sobre a figura da cessão do crédito.

## 2. PERSPECTIVA DE ANÁLISE DAS RELAÇÕES OBRIGACIONAIS

A relação obrigacional pode ser entendida em sentido estrito ou em sentido amplo. Tomando-a em sentido amplo, ela abrange todos os direitos envolvidos, como as “pretensões e ações, deveres principais e secundários, dependentes e independentes, obrigações, exceções e posições jurídicas”.<sup>2</sup> Tomando-a em sentido estrito, as obrigações levam em consideração os elementos nucleares que a compõem, como o crédito e o débito,<sup>3</sup> de forma que a relação obrigacional resultaria na exigibilidade concreta, i.e., naquilo que realmente vincula os pactuantes. No presente artigo, vislumbra-se a obrigação como um processo que se desenvolvem numa sucessão de atos entre si relacionados e voltados “as atividades necessárias para a satisfação do interesse do credor”.<sup>4</sup>

Antes de apresentar a figura da cessão de créditos, cumpre-nos expor a perspectiva pela qual analisamos às próprias relações obrigacionais, sob pena de ser apresentada uma conclusão que não resulte da premissa por nós adotada. Para os fins do presente artigo, a relação obrigacional é compreendida em seu sentido amplo, de forma que tomamos a obrigação como uma totalidade e como um processo, fato que importa reconhecer a relação obrigacional como um vínculo orgânico que não se esgota nas unidades parcelares que a compõem.<sup>5</sup> A relação obrigacional, nessa perspectiva, é tomada em sentido amplo e visa “sublinhar o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência”.<sup>6</sup> A apreensão da relação obrigacional como processo lhe faz incorporar todos os direitos envolvidos, dentre os quais incluem-se: “pretensões<sup>7</sup> e ações”,<sup>8</sup> os direitos formativos<sup>9</sup> contidos no crédito, os deveres principais e secundários, dependentes e independentes, dentre outros.

Sendo o escopo da relação a satisfação da totalidade dos interesses envolvidos, aponta Martins-Costa que não seria possível que ela se concretizasse, tão somente, com o direito a pretensão de uma prestação, pois engloba outros interesses, além dos daqueles voltados à prestação, tais como, os interesses de proteção contra danos, para o que se exsurtem os deveres de proteção que são mediatamente ligados aos interesses da prestação,<sup>10</sup> deveres de proteção dos interesses da contraparte, além de deveres de informação. Todos estão voltados finalisticamente ao adimplemento efetivo da obrigação, carecendo de cooperação entre as partes da relação obrigacional.<sup>11</sup>

A relação obrigacional foi tomada como processo através do estudo pioneiro de Couto e Silva, que trouxe ideias que surgiam na Europa no âmbito do direito das obrigações, sendo que esse deu destaque aos estudos de Betti<sup>12</sup> e Larenz,<sup>13</sup> dentre outros.<sup>14</sup> O último difundiu artigo de Su Zepo, que, ao analisar a realidade subjacente à noção de relação contratual, terminou propondo para a sua melhor compreensão um conceito importado da psicologia: o de gestalt.<sup>15</sup> Tal teoria foi desenvolvida por Max Wertheimer, Wolfgang Köhler<sup>16</sup> e Kurt Koffka que, teriam demonstrado que para a mente humana a dimensão do todo pode ser maior do que a soma das partes que o compõem.

Aproximando figurativamente a noção de gestalt do enfoque atribuído a relação obrigacional, pôde-se compreender que o todo da relação obrigacional é maior do que a somas das suas partes (crédito e débito), dando ensejo aos estudos dos demais elementos que se

vinculavam a ela, tal como descrito, por Couto e Silva. A noção de obrigação como processo foi exposta não tão incisivamente por Larenz, sendo que esse indicou que a relação obrigacional seria relação jurídica concreta “entre pessoas determinadas, existentes no tempo, [sendo] certamente um conjunto de direitos obrigacionais e ‘situações jurídicas’”.<sup>17</sup>

A relação obrigacional é um processo destinado ao cumprimento do dever resultante do vínculo obrigacional. Aos sujeitos da cessão de crédito impõem-se deveres anexos e de proteção desenvolvidos com base na boa-fé, sendo possível descrever deveres de cooperação entre o cedente e o cessionário e o cessionário e o cedido que não ficam afastados deste negócio jurídico bilateral de transmissão de créditos que passa a existir, quando do consenso das declarações de vontade realizada pelo cedente e pelo cessionário.

Assim, exemplificativamente, saber a quem se deve é direito do cedido, que deve ser notificado pelo cessionário; o cedente, por sua vez, precisa cooperar com o cessionário no sentido de lhe informar sobre dados relevantes sobre o crédito e sobre a localização do devedor, bem como deve este prestar informações relevantes sobre o vencimento do prazo prescricional (quando muito próximo), dentre outras obrigações que, muitas vezes, não estão sequer presentes na lei ou no contrato de cessão de crédito. Neste sentido, tornam-se relevantes as palavras de Martins-Costa, que aponta que “embora os elementos de regulação e os conteúdos normativos constituídos pelo contrato sejam perceptíveis a partir do esclarecimento das declarações dos contratantes, por via da interpretação da regulação objetiva criada com o contrato, é possível, ainda assim, que sejam evidenciadas situações não pensadas nem manifestadas pelas partes no momento da conclusão e que só podem ser inferidas do módulo contratual considerado “como regulação vigente quando do sentido total da regulação”.<sup>18</sup>

O sentido total da regulação antagoniza com a visão atomística de outrora e, nos permite conceber que, o escopo da relação obrigacional envolve a satisfação da totalidade dos interesses envolvidos, não se concretiza, assim, apenas com o “direito a pretender uma prestação, mas engloba outros interesses, além dos interesses de prestação como: os interesses de proteção contra danos, para o que exsurgem deveres de proteção, direitos potestativos, ônus e expectativas legítimas”,<sup>19</sup> que não se confundem com os direitos a pretender uma prestação.

Outros elementos aparecem quando tomado o sentido total de relação obrigacional, como exsurgem dos direitos e deveres decorrentes boa-fé, que incidem em todas as fases da relação obrigacional, sendo que dessa decorrem deveres que “se ligam de forma anexa ao dever principal (deveres anexos) e que não atinem ao ‘que’ prestar, mas ao ‘como prestar’”.<sup>20</sup>

As considerações introdutórias tiveram por fim aproximar o leitor do enfoque dado ao presente estudo, sendo que será ao longo das reflexões sobre o instituto jurídico da cessão do crédito que tentaremos chamar atenção os deveres de cooperação mútua entre as partes envolvidas neste contrato, Quer-se com tal aproximação indicar que a relação entre o cedente e o cessionário e entre o cessionário e o devedor não ficam restritos aos regramentos legais ou contratuais, havendo diversas situações em que um será chamado para cooperar

com o outro, em vistas do cumprimento da obrigação.

### 3. CESSÃO DO CRÉDITO: CONCEITO E FUNDAMENTO JURÍDICO

A relação obrigacional de origem contratual é composta por um conjunto de direitos, deveres, ações, pretensões e exceções, sendo que a cessão de crédito é limitada e visa transferir os créditos com os acessórios e garantias que se lhe conectam.<sup>21</sup> O cessionário irá assumir o crédito com as suas vantagens e desvantagens,<sup>22</sup> tal como decorre do art. 287 do CCB/2002, que prescreve que a transmissão do crédito abrange a de seus acessórios.

O cedente permanece vinculado ao contrato subjacente, sendo que o cedido passa a dever para um terceiro, o cessionário, que assume a posição de credor de uma relação obrigacional derivada, da relação jurídica subjacente. Percebe-se, pois, que a cessão de crédito designa o instrumento jurídico pelo qual ocorre a transmissão da posição ativa de determinada obrigação, sendo através dessa figura que alguém que antes ocupava a posição originária de credor transmite a um terceiro o *direito* que detém sobre um *crédito*, desvinculando-se da posição credora primitiva que passa a ser ocupada pelo cessionário.<sup>23</sup> O cessionário não era parte da relação obrigacional primitiva, mas recebeu o respectivo crédito do cedente mediante a formalização da cessão de crédito, de modo que passou a ser o credor da obrigação subjacente. O devedor da relação subjacente é chamado de cedido, sendo que antes era vinculado à obrigação que possuía com o credor originário, mas que em razão do negócio jurídico de cessão, passou a ter que cumprir a prestação em proveito do cessionário do crédito.

Tomando a obrigação como processo é possível ver que na transmissão das obrigações, os polos que compõe a relação obrigacional - débito e crédito -, não são percebidos como entidades isoladas, que poderia ser atomisticamente consideradas. Pelo contrário, os polos entram em contato e estão entre si relacionadas tendo em vista um "*programa de cumprimento*" a que estão adstritas por força da autovinculação. Para que o adimplemento da obrigação ocorra, há necessidade de colaboração intersubjetiva entre tais figuras.

O tipo de colaboração que satisfaz o Direito mantém relação com o tipo de cooperação informada pelos valores que lhe impõem a ordem jurídica de direito positivo que rege as relações com conteúdo econômico, dentre os quais encontram-se o princípio da autonomia da vontade e o princípio da boa-fé objetiva.<sup>24</sup> Da noção de cooperação que surge no âmbito das transmissão das obrigações, aparecem deveres que não são decorrência direta de normas legais que estruturam o direito das obrigações. Nem por isso, o dever de cooperação deixará de ser *necessária* e *exigível* em vistas da satisfação do crédito.

A cessão do crédito foi prevista pelo art. 286 do CCB/2002, sendo que esse estabeleceu que "*o credor pode ceder o seu crédito, se isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação*". A plena liberdade para a cessão de crédito constitui a regra em nosso ordenamento jurídico, tal como resulta da primeira parte do art. 286 do Código Civil, cuja redação era similar a do art. 1.065 do CCB/1916. Sendo a cessão uma faculdade que assiste ao credor, poderá esse transmitir uma parcela ou a totalidade do seu direito que titulariza na forma de um crédito, em vistas de

atingir algum objetivo que pode ser variado.<sup>25</sup>

Mario Júlio de Almeida Costa<sup>26</sup> aponta que a cessão pode apresentar variadas causas, como lhe pareceu ter sido preestabelecido pela lei portuguesa. Aponta que o cedente pode realiza-la por mera liberalidade (cessão gratuita) ou porque recebe uma contrapartida (cessão onerosa), ou porque pretende extinguir uma obrigação (cessão solutória). Em sentido similar, Betti<sup>27</sup> enumerou possíveis interesses no que chamou de vicissitude (mudanças) nas obrigações, que poderiam ser ocasionadas pela vontade do credor de ter um interesse na circulação do crédito, que se operaria com a respectiva cessão ou ainda ter interesse na circulação mais rápida do crédito, que se operaria mediante o endosso do crédito. A figura da cessão também possui função de garantia, como na *cessão fiduciária* de direitos creditórios, na *cessão de créditos futuros* e na *cessão de títulos de crédito*, assim como as *operações de factoring*.

A cessão do crédito é negócio jurídico consensual cuja eficácia é translativa. O credor primitivo transfere a outrem a sua “*qualidade creditícia contra o devedor, recebendo o cessionário o direito respectivo, com todos os acessórios e todas as garantias*”.<sup>28</sup> É cedido apenas uma unidade parcelar da obrigação, i.e., o seu direito de crédito ou mesmo parcela deste direito. É a posição do credor que é o conteúdo do negócio<sup>29</sup> de cessão de crédito, não sendo cedidos os demais elementos da obrigação subjacente.

#### 4. REQUISITOS PARA A CESSÃO

As formas de transmissão das obrigações constituem negócios jurídicos que são submetidas aos requisitos gerais de validade definidos no art. 104 do CCB/2002: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. A cessão de crédito deve também um requisito específico, como a existência do crédito, que pode ser identificada como situação decorrente da própria possibilidade jurídica do objeto do negócio, sendo efeito dessa inexistência a nulidade do negócio jurídico superveniente.

Assim, a cessão de crédito está sujeita aos vícios do consentimento, às nulidades que atingem os atos jurídicos deficientes, exige agente capaz, com legitimidade para exercer tal direito, podendo ter por objeto créditos de qualquer natureza, atuais, futuros,<sup>30</sup> condicionados ou não. Em regra, qualquer crédito pode ser objeto de cessão, esteja ele ou não vencido, seja ele presente ou futuro, total ou parcialmente, desde que seja válido e no mínimo *determinável*, na forma do inc. II do art. 104 do CCB/2002. Na cessão de crédito não há requisito de liquidez e exigibilidade, pelo que pode ser transferido um crédito cujo montante não seja determinado. As objeções à cessão do crédito só decorrem se ela for incompatível com a natureza da obrigação, proibida por lei ou excluída por convenção das próprias partes.

A cessão de crédito é negócio jurídico consensual que é dotado de eficácia translativa, de modo que se transfere o crédito do patrimônio do cedente para o do cessionário. Tratando-se de negócio consensual, a eficácia se dá a partir da celebração do compromisso de cessão, sendo que quando o crédito for incorporado a um título, a eficácia da cessão seguirá a regência determinada pela legislação referível ao título. O instrumento particular de cessão de crédito deve mencionar, o lugar da celebração do negócio, a qualificação do cedente e do cessionário, a data do negócio jurídico e as informações que determinem com exatidão o

crédito objeto da cessão, incluído juros e demais obrigações desse decorrentes.

Desde então deixará de existir qualquer pretensão do cedente no sentido de cobrar o devedor, contra quem deixa de ter pretensão e ação que vise executar o crédito que detinha, mesmo que em nome do cessionário.<sup>31</sup> Em caso que se pretenda que a cessão de crédito produza efeito perante terceiros, e não apenas perante o devedor, deve ser exigido que a celebração seja feita por instrumento público, ou ainda, por instrumento particular, revestidos das solenidades do art. 654, § 1o, do CCB/2002.<sup>32</sup>

## 5. EFEITOS DA CESSÃO DE CRÉDITO NA RELAÇÃO ENTRE O CEDENTE E O CESSIONÁRIO

Os efeitos da cessão de crédito na relação entre o cedente e o cessionário foram contemplados pelo art. 287 do CCB/2002,<sup>33</sup> que tratou do alcance da cessão, sendo que determinou que, “*salvo disposição em contrário, na cessão de um crédito, abrangem-se todos os seus acessórios*”.

A disposição permite concluir que na cessão de crédito são acompanhados das suas garantias pessoais (fiança, aval) e reais dadas pelo devedor (penhor, hipoteca, propriedade fiduciária).<sup>34</sup> A noção de acessórios é integrada pelos juros, as preferências, os privilégios decorrentes dos direitos creditórios, os frutos, a cláusula penal e os direitos potestativos que integram o crédito, a exemplo do direito de escolha nas obrigações alternativas e o direito de constituir o devedor em mora, na forma do art. 397 do Código Civil.<sup>35</sup> Se pela cessão de crédito o cedente não tiver interesse de ceder os acessórios, terá que dispor “*em sentido contrário*” no instrumento de cessão.<sup>36</sup>

A cessão de créditos quando cumulação dos acessórios pode gerar situação complexa como foi apresentada no julgamento do REsp 1.634.958 – SP.<sup>37</sup> Nesse caso, o STJ teve de decidir se após a cessão do crédito pertencente à Instituição Financeira, poderia o cessionário que não fosse integrante do sistema financeiro nacional cobrar juros acima do limite legal de 12% ao ano, sob o ângulo de análise da lei da usura. O ponto controvertido consistia em saber se os Fundos de Investimento em Direitos Creditórios - FIDCs seriam instituições financeiras e se, caso fossem autorizados a figurar como cessionário em cessão de crédito tendo por cedente Casa Bancária, o contrato passaria, a partir da operação, a se submeter aos limites impostos pela referida lei.

Ao analisar o Recurso Especial o Tribunal decidiu que: a) “o FIDC atua no mercado financeiro, na vertente mercado de capitais, inclusive mediante captação e custódia de poupança popular, com subscrição de valor mobiliário; b) [o FIDC] amolda-se à definição legal de instituição financeira, até mesmo sendo administrado por uma; c) o entendimento perfilhado vai na contramão da evolução do Direito, que busca conferir objetivação à operação de cessão de crédito, conforme claramente se extrai da teleologia do art. art. 29, § 1o, da Lei n. 10.931/2004; d) conduz ao enriquecimento sem causa do cedido (recorrido); e) é contrária ao disposto no art. 287 do CC, o qual estabelece que, salvo disposição em contrário, na cessão de um crédito abrangem-se todos os seus acessórios”.

A teor do art. 287 do CCB/2002, o principal efeito da cessão é transferir o crédito

para o cessionário acompanhado de todos os acessórios. Atende, pois, a necessidade de incremento das relações econômicas pela própria funcionalidade do crédito, sendo esse bem patrimonial, em regra, disponível, e que pela necessidade econômico-social deve permitir o seu melhor aproveitamento através da utilização simultânea dentre vários sujeitos. Esse entendimento decorre da denominada objetivação da cessão de crédito, que facilita a substituição da posição do credor e tutela a confiança. O artigo parece ter levado em conta a necessidade da circulação do crédito, que, através da possibilidade de cessão, não poderia acarretar o enfraquecimento do direito cedido (ou de suas vantagens) como lembra Pontes de Miranda,<sup>38</sup> o que inevitavelmente ocorreria se as garantias e os acessórios se perdessem. Não é unânime o entendimento sobre se as garantias autônomas acompanhariam o crédito cedido, valendo lembrar que essas são aquelas garantias prestadas por terceiros e que levam em consideração a pessoa do devedor, sendo que visam assegurar o cumprimento da prestação.

Quanto aos deveres laterais, os deveres de informar e de cooperar assumem relevo. O cedente tem de prestar informações necessários ao cessionário para que esse possa exercer seu crédito perante o devedor, de modo mais eficaz<sup>39</sup> e menos custoso. Gustavo Haical aponta, com arrimo nesse fundamento, que *“em que pese a notificação ser um ônus do cessionário, ela por de ser concebida como um dever lateral de informar por parte do cedente”*.<sup>40</sup> Orlando Gomes<sup>41</sup> deu especial importância aos deveres de informação, sendo que apontou ser dever do cessionário: a) informar sobre o prazo para interromper a prescrição; b) informar sobre a localização do devedor, inclusive para fins de notificação; c) entregar documentos necessário para que o cessionário possa realizar o crédito.

Adiciona Haical que, *“o devedor que ainda não tiver sido notificado da cessão de crédito entabulada, se no momento em que vier a pagar ao antigo cedente não por este avisado, o último descumbe o dever lateral de lealdade para com o cessionário”*.<sup>42</sup> Por este ato ilícito relativo, lembra Haican, com base em Ennecerus, *“independentemente do dever de entregar o recibo injustificadamente ao cessionário, há o dever de indenizar os danos ocasionados”*.<sup>43</sup>

As anotações de Orlando Gomes correspondem a materialização dos deveres anexos, que podem ser derivados diretamente do princípio da boa-fé objetiva (art. 422 do CCB) que preside as relações obrigacionais e expressam o ideal de cooperação entre as partes. Vemos que a realização de uma prestação depende frequentemente de que o titular da mesma receba e preste informações sobre certos fatos. Tais obrigações de deduzem quase sempre a partir do referido princípio, como assessórias de relações jurídicas existentes, sendo que *“as circunstâncias concretas indicarão, em cada caso, até onde o dever de informar se faz necessário”*.<sup>44</sup>

É possível pensar determinada cessão envolva uma carteira de direitos creditórios, que contenham, eventualmente, créditos que venham a ser reclamados por terceiros (ex: créditos cobrados de uma seguradora, pela empresa de resseguros). Nesses casos, compre a seguradora (cedente dos créditos dos seus clientes) para um Banco, por exemplo, indicar (em face do dever de boa-fé) que há uma parte desses créditos que possam estar sujeitos à reclamação de terceiros. Trata-se novamente, do dever de cooperação, entre o cedente e



o cessionário. Embora o direito brasileiro não mencione, parece razoável entender que em face do dever de cooperação que abrange a relação obrigacional, que o cedente tenha a responsabilidade de informar o cessionário acerca das particularidades do crédito cedido. O BGB alemão deu tanto relevo para esse fato, que especificou o dever da parte cedente de entregar documentos que sirvam de prova acerca do crédito cedido. Tal dever de informar (cooperar) constou de forma expressa na sessão 402 do BGB Alemão.<sup>45</sup>

A cessão do crédito é negócio jurídico abstrato, de modo que não se questiona a causa do negócio jurídico subjacente, mas a existência do crédito e a voluntariedade da decisão de transmiti-lo. Majoritariamente, considera-se que sua validade não está condicionada a do negócio jurídico originário do crédito, o que não quer dizer que o cedente não responderá perante o cessionário pela viabilidade do pagamento ou pela prestação devida pelo cedido-devedor.

Em caso que se pretenda que a cessão de crédito produza efeito *erga omnes*, e não apenas ao devedor, é que necessário que o negócio jurídico seja celebrado por instrumento público, ou ainda, por instrumento particular, revestidos das solenidades do art. 654, § 1o, do Código Civil. Trata-se de atendimento ao art. 288 do CCB/2002: “*É ineficaz, em relação a terceiros, a transmissão de um crédito, se não celebrar-se mediante instrumento público ou particular revestidos das solenidades do art. 654, § 1o, do Código Civil*”.<sup>46</sup> A ineficácia aqui indicada será frente à terceiros. No caso da cessão se efetivar por instrumento particular de cessão de crédito, deverá mencionar: 1) o lugar da celebração do negócio, 2) a qualificação do cedente e do cessionário, 3) a data e 4) as informações que determinem com exatidão o crédito objeto da cessão.

## 6. OBRIGAÇÕES IMPASSÍVEIS DE CESSÃO

Certas obrigações são impassíveis de cessão em decorrência da sua *natureza* personalíssima, sendo exemplo o crédito de alimentos de que é titular um infante e que é decorrente do pagamento de pensão alimentícia feita por um dos genitores ao menor. Outras obrigação são impassíveis de cessão, em face de haver impedimento legal como nos casos da (i) lei que impede a cessão do direito de preferência como cláusula especial da compra e venda (art. 520 CCB);<sup>47</sup> (ii) herança de pessoa viva (art. 426 do CCB);<sup>48</sup> lei impede cessão de tutor em relação ao tutelado (art. 1.749, III, do CCB);<sup>49</sup> dos bens submetidos à penhora (art. 398 CCB),<sup>50</sup> sob pena de caracterizar fraude à execução. O Código Civil Português optou por agrupar algumas hipóteses de proibições da cessão de crédito no art. 579<sup>51</sup> do CCP. Esse versou sobre a “*proibição da cessão de direitos litigiosos*”, cabendo ao art. 580<sup>o</sup> atribuir-lhe sanções, de forma que: “*a cessão feita com quebra do disposto no artigo anterior, além de nula, sujeita o cessionário à obrigação de reparar os danos causados, nos termos gerais, sendo que a nulidade da cessão não pode ser invocada pelo cessionário*”.

A cessão de crédito poderá ser impossibilitada pela vontade das partes que firmam *pactum de non cedendo* no contrato subjacente. A cláusula proibitiva de cessão não poderá ser oposta contra o adquirente de boa-fé, na eventualidade dessa não constar dentre as previsões do contrato-base.

## 7. EFEITOS DA CESSÃO EM RELAÇÃO AO DEVEDOR

Cumpre-nos apontar quais seriam as condições de eficácia da cessão de crédito em relação ao devedor. A resposta pode ser dada pelo art. 290 do Código Civil, de onde se lê: “A cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão”. A notificação é ato jurídico stricto sensu receptício,<sup>52</sup> sendo espécie de ato jurídico lato sensu, que visa dar ciência ao devedor de que houve a cessão do crédito, de modo que saiba efetivamente a quem pagar. A ausência da notificação pelo devedor mantém, para esse, a ineficácia relativa da cessão de crédito.

Até a notificação, o devedor pode resgatar o débito validamente pagamento ao cedente, o que não poderá ocorrer após a sua notificação. Se o devedor estava ciente da transferência do título a terceiro e, a despeito disso, efetuou o pagamento do débito ao credor originário, considera-se que o seu pagamento foi mal feito. Assim, o pagamento realizado a quem já não era mais credor não possui eficácia liberatória, sendo possível que o cessionário proteste o título, sem que incorra em qualquer espécie de ato ilícito. É que o devedor ao efetuar o pagamento ao credor originário, pagou mal, devendo então arcar com as consequências de sua negligência. Entretanto, se nada sabia a respeito, então agiu corretamente ao efetuar o pagamento para o credor original, de modo que o cessionário agiu mal ao não comunicar a cessão do crédito a terceiro.<sup>53</sup>

A ineficácia assinalada pelo dispositivo em comento não importa que a dívida não possa ser exigida pelo cessionário caso falte a notificação em referência, expressa apenas, que o devedor poderá continuar a pagar a dívida diretamente ao cedente e opor as exceções de caráter pessoal que tinha em relação a ele, consoante previsto no art. 294 do CCB/2002.

Para o STJ, a ausência de notificação:

*não é capaz de isentar o devedor do cumprimento da obrigação ou impedir o cessionário de praticar os atos necessários à cobrança ou à preservação dos direitos cedidos, como por exemplo, o registro do seu nome, se inadimplente, em órgãos de restrição ao crédito.<sup>54</sup>*

Como pode ser observado de outro julgado do mesmo Tribunal, “o objetivo da notificação é informar ao devedor quem é o seu novo credor, isto é, a quem deve ser dirigida a prestação”, sendo que a ausência da notificação:

*traz essencialmente duas consequências: Em primeiro lugar dispensa o devedor que tenha prestado a obrigação diretamente ao cedente de pagar a novamente ao cessionário. Em segundo lugar permite que devedor oponha ao cessionário as exceções de caráter pessoal que teria em relação ao cedente, anteriores à transferência do crédito e também posteriores, até o momento da cobrança.<sup>55</sup>*

Em havendo cessões subsequentes ou múltiplas, deve o cedido pagar a quem lhe apresentar o título da cessão, i. e., o instrumento vertido em linguagem competente que sirva de prova da obrigação cedida. Em havendo a cessão parcial de um crédito, deve o cedido receber informações fidedignas da parcela que permaneceu com o cedente e a outra que foi transferida para o cessionário. Dificuldades processuais podem decorrer de dúvidas referentes ao foro competente para se discutir aspectos relativos a créditos cedidos pela Caixa Econômica Federal, para empresas de direito privado. O problema é dobrado quando

ocorrer a cessão parcial de um crédito que derive de um único contrato sujeito a qualquer disputa perante o poder judiciário. Em razão de espaço e temática, não detalharemos aspectos relativos à fixação do foro competente.

Sendo crédito constante de escritura pública, o pagamento deve ser feito aquele que primeiro o notificar. Assim, se um crédito seja cedido inúmeras vezes, o art. 291 do Código Civil define que, “*prevalece aquela que se complete com a tradição do título cedido*”. Tal disposição deve ser aplicada na hipótese de o crédito ser representado por um título. O ônus de provar que houve o conhecimento do devedor sobre a cessão de crédito repousa naquele a quem prova aproveite, i.e., recair sobre a pessoa do cessionário. Até que ocorra a notificação, pode o devedor realizar pagamento válido e eficaz ao cedente, ainda que não seja esse mais o credor, na forma do art. 292 do Código Civil.<sup>56</sup>

Há caso em que o crédito não esteja definido em documento específico. Nesse caso, não há regra absoluta predefinida, devendo o último cessionário, que se considera o credor, fazer prova, sendo que assiste ao devedor a possibilidade de se utilizar dos meios legais previstos para a hipótese de dúvida, em especial, o pagamento mediante ação de consignação, na forma do art. 334 do Código Civil. Nas palavras de Bruno Miragem, isso ocorre:

*conforme estabelece o art. 294 do CCB, pode o devedor opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, bem como as que no momento em que veio a ter conhecimento da cessão tinha contra o cedente. Em relação às exceções pessoais que tinha ao cedente, entende-se que elas devem ser opostas ao cessionário no momento em que o devedor tenha conhecimento da cessão, de modo que só serão eficazes se apresentadas nesta oportunidade.*<sup>57</sup>

Nas do mesmo autor, “*seria o caso, por exemplo, de já ter havido o pagamento da dívida, ou ainda que tenha o devedor a possibilidade de compensar o crédito com outro do qual ele seja credor e o cedente seja o devedor.*”<sup>58</sup>

Por fim, o art. 293 do CCB/2002 prescreve que, “*independentemente do conhecimento da cessão pelo devedor, pode o cessionário exercer os atos conservatórios do direito cedido*”. Assim, estará legitimado o cessionário a promover a interrupção da prescrição, a averbar a garantia hipotecária (art. 289), promover a notificação do devedor (art. 290), pedir informações complementares sobre o crédito ao cedente. A regra de forma explícita indica que a cessão “*é válida e produz efeitos entre as partes desde que a celebração, independentemente da participação do devedor, podendo o cessionário agir tal como agiria o credor originário, zelando pela conservação dos direitos inerentes ao crédito*”.<sup>59</sup>

O cessionário, ao notificar o cedido, também coopera com esse, para os fins de que esse não pague para a pessoa errada. Se possível, é relevante que o cessionário leve ao conhecimento do cedido o local onde crédito deverá ser adimplido, passando-lhe informações relevantes como os seus dados bancários, sobre os acessórios que foram transmitidos, etc. A apresentação de uma planilha de cálculo do valor devido, é parece ser forma de cooperação (ativa) dentre as partes.

## 8. RESPONSABILIDADE DO CEDENTE PERANTE O CESSIONÁRIO

Dentre os efeitos da cessão, o cedente torna-se responsável perante o cessionário em decorrência do negócio jurídico de cessão de crédito, sendo que a responsabilidade do

primeiro varia conforme se trate de atos praticados a título oneroso ou gratuito. Na cessão onerosa, a responsabilidade pela existência do crédito obriga o cedente a restituir o valor pago pelo cessionário mais perdas e danos, como pode ser depreendido da literalidade do art. 295 do CCB/2002: *“na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe cedeu; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver procedido de má-fé”*.

A expressão responder pela *“existência do crédito”* não deve ser confundida com a capacidade do cedido de fazer frente à dívida. Na visão do STJ, haverá a responsabilidade do cedente apenas quando *“inexistir a relação jurídica objeto da cessão”*.<sup>60</sup> O entendimento da doutrina não é unânime, havendo uns que atribuem significado distinto ao termo *“existência do crédito”*, para agregar responsabilidade do cedente *“tanto na sua constituição em obrigação regular, assim como na possibilidade de exigibilidade, de modo que o crédito esteja dotado de pretensão, em consideração à finalidade útil do negócio de cessão”*.<sup>61</sup> Nestes termos, concluem que o cedente responderá, se o: (i) *“crédito se extinguir, no todo ou em parte, por compensação com o devedor, ou [ii] se já tiver sido pago”* e, (iii) no caso da cessão de crédito *“caracteriza-se como espécie de fraude a credores, hipótese em que embora exista o crédito, sua eficácia será impedida em vista de anulação decorrente de ação pauliana ou revocatória de credores anteriores do cedente”*.<sup>62</sup>

A parte final do art. 295 do CCB/2002 indica que nas cessões gratuitas, o cedente só responderá pelo crédito na eventualidade de ter procedido de má-fé. Considera-se de má-fé a cessão realizada pelo cedente que sabia da inexistência do crédito, mas mesmo assim, optou por omitir dolosamente tal informação do cessionário. Assim, se o cedente já sabendo que seu título é nulo, cede gratuitamente o “crédito” a outrem, fazendo com que o cessionário realize despesas com a cobrança do crédito inexistente, poderá ser chamado à cobrir as despesas incorridas pelo cessionário na cobrança infrutífera. O dispositivo retro guarda conexão somente com às cessões voluntárias ou convencionais, já que nas hipóteses de cessão legal, o cedente não será responsável pela existência da dívida, tendo em vista que não contribuiu para a transmissão que se operou independentemente da sua vontade.<sup>63</sup> Segundo Pontes de Miranda, a cessão legal revela a *“transferência que se opera em virtude de lei”* ou *“sentença”*,<sup>64</sup> existindo no Código Civil de 2016 alusão expressa à cessão legal no art. 1.076: *“Quando a transferência do crédito se opera por força de lei, o credor originário não responde pela realidade da dívida, nem pela solvência do devedor”*.

O CCB/2002 realizou o expurgo do conteúdo textual do artigo 1.076 do CCB/1916, de modo que deixou de conter previsão acerca da cessão legal.<sup>65</sup> Embora o artigo não tenha sido reproduzido na Codificação de 2002, a leitura sistemática da lei civil permite concluir que na hipótese de haver a transferência de créditos operada por lei ou por sentença, o cedente não deve responder pela existência da dívida.

A regra do art. 295 do CCB/2002 pode ser derogada por estipulação em contrário entre cedente e cedido, de acordo com o art. 296 do CCB/2002: *“salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor”*. Na falta de disposição contrária vige a regra pela qual o cedente responde apenas pela existência da dívida ao tempo da

cessão, mas não pela solvência do cedido. Em havendo estipulação em contrário, i.e., sendo previsto em convenção que o cedente responde pela solvência do devedor (casos de alguns descontos bancários feitos com tradings), o “*cedente não responde por mais do que daquele recebeu, com os respectivos juros; mas tem de ressarcir-lhe das despesas da cessão e as que o cessionário houver feito com a cobrança*”, na forma desse art. 297 do CCB/2002.

A regra nas cessões onerosas é que o crédito seja repassado pelo valor de face, i.e., pelo valor nominativo, sendo que o risco pelo inadimplemento recai sobre o cessionário que paga o preço tomando em conta a possibilidade de não ver o seu crédito adimplido. O risco é mitigado quando o cedente se compromete pelo pagamento do crédito em caso de solvência do devedor, afastando o caráter especulativo da cessão onerosa. Em havendo essa ressalva contratual, entrará em jogo o art. 297 do CCB/2002 que, limitou a responsabilidade do cedente, pela solvência do devedor, até o montante que daquele recebeu, com os respectivos juros e despesas inerentes a cobrança infrutífera. Assim, imagine-se que a empresa A tenha cedido onerosamente para a empresa (B) um precatório do Governo do Estado do Rio de Janeiro, com um valor de face de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e que teria o seu vencimento em dezembro de 2018. Imagine-se que (B) pagou ao empresário (A) o montante de R\$ 70.000,00 pelo precatório, sendo que as partes tenham estipulado que (A) seria responsável pela solvência do precatório, na forma do art. 297 do CCB/2002 e, que o título teria de ser pago até, no máximo, até um mês após o seu vencimento. Imagine que, em dezembro de 2018, o Governo do Estado do Rio de Janeiro editou uma normativa, que postergou por 10 (dez) anos o pagamento das suas dívidas, sendo que (B) passou a cobrar de (A) o valor de face do título, ou seja, a integralidade dos R\$ 100.000,00 (cem mil reais), acrescidos de juros. O caso bem demonstra que o objetivo do art. 297 do CCB/2002 foi justamente limitar a responsabilidade do cedente (A) perante o cessionário (B), cabendo ao último ser ressarcido apenas da quantia que pagou pelo precatório, acrescida de juros, das despesas da cessão e das despesas que o cessionário tiver incorrido com a cobrança.

Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Cecília Bodin de Moraes,<sup>66</sup> tentaram explicar o conteúdo do dispositivo, apontando que “*quando o cedente garante o cumprimento por parte do devedor, o negócio deixa de ser aleatório por se ter eliminado o risco e [aqui é mitigado], sendo assim não se justificaria o lucro do cessionário*”. Indicaram que Silvio Rodrigues via que o dispositivo “*não apenas veda o enriquecimento sem causa, como também combate a usura, seja do devedor ou do cedente*”, visto que, *não fosse tal regra, “o cessionário emprestaria impunemente dinheiro à taxa usuária, pois compraria barato créditos inseguros, recebendo a totalidade dos mesmos*”.<sup>67</sup> Ao final, concluem que:

*a responsabilidade do cedente, por força de lei, está limitada ao valor efetivamente recebido, acrescido dos juros e das despesas que o cessionário tenha feito para receber o crédito e depois para cobrá-lo do devedor inadimplente. Não há lugar para perdas e danos quando o cedente não procedeu com culpa.*<sup>68</sup>

É possível pensar que a cessão envolva uma carteira de direitos creditórios, que contenham, eventualmente, créditos que venham a ser reclamados por terceiros (ex: créditos cobrados de uma seguradora, pela resseguradora). Nesses casos, compre a seguradora (cedente dos créditos dos seus clientes) para um Banco, por exemplo, indicar (em face do dever de boa-fé) que há uma parcela desses créditos que possam estar sujeitos à re-

clamação de terceiros. Trata-se novamente, do dever de cooperação, entre o cedente e o cessionário.

Resta-nos entender se as dívidas prescritas seriam passíveis de cessão? A prescrição do crédito lhe retira a exigibilidade, e não a liquidez, de modo que a cessão de dívidas prescritas pode ser útil para o cessionário que seja devedor do cedido numa outra relação jurídica autônoma e independente da cessão de crédito. Ao adquirir dívidas prescritas do cedido, o cessionário poderá levar tal crédito à compensação com dívidas que possa manter com o cedido-devedor, *desde que ambas sejam contemporâneas*. Percebe-se que a cessão de créditos prescritos possui causa-função, aqui tomada como finalidade útil do negócio jurídico, sendo que a realização do crédito prescrito cedido pode se provar útil através pela compensação com outra dívida contemporânea, sendo esse meio indireto de extinção das obrigações.

## 9. CONCLUSÃO

Pôde-se compreender ao longo do desenvolvimento deste artigo que a cessão de crédito é forma de transmissão singular de um direito, um crédito, para um terceiro estranho à relação obrigacional subjacente. A cessão é meio de transmissão de parcela da obrigação, que se desenvolve entre o cedente e o cessionário, sem necessidade de anuência do cedido. A cessão do crédito pode ser instrumentalizada por contrato ou não, podendo até ser verbal.

Por meio da relação entre o cedente e o cedido, transfere-se com o direito subjetivo ao crédito (e seus assessórios), a pretensão de direito material. Caso contrário, como Couto e Silva destacou em parecer: “teríamos uma situação simplesmente paradoxal, pois o titular do direito subjetivo não deteria a pretensão do direito material, e menos ainda a ação de direito processual.

Como a cessão de crédito transmite-se unidade parcelar de uma obrigação subjacente. A relação poderá ter variadas causas, sendo que o cedente deve cooperar no sentido de que o cessionário obtenha o seu adimplemento. Daí, deve agir no sentido de que o credor conheça todos os elementos acerca do crédito. A cooperação do cedente deve se dar, também, no sentido de que o cessionário possa promover atos de conservação do seu crédito. Isso implica, que o cedente o informe corretamente acerca do prazo prescricional do respectivo crédito, por exemplo.

Na cessão onerosa, a responsabilidade pela existência do crédito obriga o cedente a restituir o valor pago pelo cessionário mais perdas e danos, como pode ser depreendido da literalidade do art. 295 do CCB/2002:

*na cessão por título oneroso, o cedente, ainda que não se responsabilize, fica responsável ao cessionário pela existência do crédito ao tempo em que lhe ce-  
deu; a mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito, se tiver  
procedido de má-fé.*

O cessionário, ao notificar o cedido, também coopera com esse, para os fins de que esse não pague para a pessoa errada. Se possível, é relevante que o cessionário leve ao conhecimento do cedido o local onde crédito deverá ser adimplido, passando-lhe informações

relevantes como os seus dados bancários, sobre os acessórios que foram transmitidos, etc. A apresentação de uma planilha de cálculo do valor devido, é parece ser forma de cooperação (ativa) dentre as partes.

É possível pensar na cessão envolva uma carteira de direitos creditórios, que contemham, eventualmente, créditos que venham a ser reclamados por terceiros (ex: créditos cobrados de uma seguradora, pela resseguradora). Nesses casos, compre a seguradora (cedente dos créditos dos seus clientes) para um Banco, por exemplo, indicar (em face do dever de boa-fé) que há uma parte desses créditos que possam estar sujeitos à reclamação de terceiros. Trata-se novamente, do dever de cooperação, entre o cedente e o cessionário.

Percebe-se que a cessão de créditos prescritos possui causa-função, sendo que a realização do crédito prescrito cedido pode se provar útil através pela compensação com outra dívida contemporânea, sendo esse meio indireto de extinção das obrigações.

## 10. NOTAS

1. SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 20.
2. SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 19.
3. SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 20.
4. “A inovação que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica, veio do conceito de vínculo como ordem jurídica de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem”. (SILVA, Clóvis V. do Couto. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 19-20).
5. “A inovação que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica, veio do conceito de vínculo como ordem jurídica de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem”. (SILVA, Clóvis V. do Couto. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 19-20).
6. SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 20.
7. “À relação jurídica de obrigação corresponde pretensão. O crédito atribui ao credor o direito à pretensão e faz o devedor “deve-la”. Pontes de Miranda, explica que “a pretensão consiste em poder exigir a prestação. Se o devedor ainda não prestou, tem o credor pretensão que, de regra, pode ser exercida com a tutela estatal”.
8. “Pretensões e ações são efeitos do crédito”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXII. São Paulo: Revista dos Tribunais. (atualizado e comentado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery). p. 73.
9. Mais uma vez, a lição de Pontes de Miranda nos é útil: “Às vezes, da relação jurídica de crédito se irradiam direitos formativos geradores. É o caso do *direito de opção*, do *direito de marcar prazo*, do *direito de provocar o vencimento do crédito*, por interpelação ou por outro ato, e do direito de compensação”. Adiciona o mestre “Tais direitos são inconfundíveis com as pretensões: por eles, nada exige o titular do direito; apenas com o exercício do direito formativo, consegue o que quer”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXII. São Paulo: Revista dos Tribunais. (atualizado e comentado por Nelson Nery Jr. E Rosa Maria de Andrade Nery). p. 80.
10. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 237.
11. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 237.

12. BETTI, Emilio. **Teoria General de las obligaciones**. Tomo 1. Tradução de Espanhola de José Luis de Los Mozos. Madrid: Edearsa, 1969.
13. LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, t. 1 e 2, 1956.
14. "Pasamos, pues, ahora a estudiar la relación de obligación como un todo. Bajo este concepto entendemos la "relación de obligación" no sólo como lo hace la ley [...], es decir, como la relación de prestación aislada (crédito y deber de prestación), sino como la relación jurídica total (e. ej.: relación de compraventa, de arrendamiento, de trabajo) fundamentada por un hecho determinado (p.: ese contrato concreto de compraventa, de arrendamiento o de trabajo) y que se configura como na relación jurídica especial entre las partes. En este sentido la relación de obligación comprenderá una serie de deberes de prestación y conducta, y además de ellos puede contener para una u otra de las partes derechos de formación (p. ej., un derecho de denuncia o un derecho de opción) u otras "situaciones jurídicas" (p. ej., competencia para recibir una denuncia). Es, pues, un conjunto no de hechos o de acontecimientos del mundo exterior perceptibles por los sentidos, sino de "consecuencias jurídicas", es decir, de aquellas relaciones y situaciones que corresponden al mundo de la validez objetiva del orden jurídico". (LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, t. 1, 1956, p. 37).
15. SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 19; PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão da posição contratual**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 318.
16. KOHLER, Wolfgang. **Psicologia**. São Paulo: Ática, 1978. p. 39-56. "a totalidade organizada, cujas propriedades essenciais não se obtêm através da soma matemática das suas partes, mas como qualidades particulares do todo".
17. LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, t. 1, 1956, p. 37.
18. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 572.
19. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 233-234.
20. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 241. (grifo no original).
21. LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2003, p. 141.
22. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXIII. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 292.
23. MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil – Direito das obrigações**. São Paulo: RT, 2018, p. 251-252.
24. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 57
25. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 57; ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. **Direito das Obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
26. ALMEIDA COSTA, Mario Júlio de. **Direito das Obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
27. BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas, SP: Servanda, 2008, p. 24.
28. SILVA PEREIRA, Caio Mario. **Instituições de Direito Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1978, p. 309-310.
29. RIZZARDO, Arnaldo. **Obrigações**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 254.
30. A cessão de crédito futuro só será eficaz se o crédito vier a existir. Nesse sentido, conferir VAZ SERRA, Adriano Paez da Silva. Cessão de créditos. *In*: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Ed., n. XXX (1954), 1955, p. 228.



31. SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. Cessão do crédito. Parecer. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 638, 1986.
32. art. 654, § 1o, do Código Civil, dispõe sobre os requisitos da procuração por instrumento particular, exigindo para tal “a indicação do lugar onde foi passado, a qualificação do outorgante e do outorgado, a data e o objeto da outorga com a designação da extensão dos poderes conferidos”.
33. Art. 287 – “Salvo disposição em contrário, na cessão de um crédito abrangem-se todos os seus acessórios”.
34. Em relação às garantias do crédito, a justificativa para que sejam mantidas tais como pactuadas reside no fato de que (pela cessão) não há alteração no objeto e demais elementos da relação obrigacional originária, mas tão somente a substituição do credor-cedente como titular novo do crédito que foi cedido.
35. Art. 397 – “O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor”. (Vide Lei no 13.105, de 2015) (Vigência) Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.
36. Segundo a doutrina, o “principal efeito da cessão é transferir o crédito do cedente para o cessionário, acompanhado de todos os acessórios (art. 287 do CC), o que significa que o adquirente do crédito, independentemente de qualquer outra manifestação de vontade, terá direito às preferências do crédito (se não concedidas em atenção à pessoa do credor), às garantias reais e fidejussórias (no caso do penhor com o recebimento do bem), aos direitos potestativos ligados ao crédito (e não os ligados ao cedente, como o direito de resolver, anular ou rever o contrato), tais como o direito de escolha nas obrigações alternativas, de colocar o devedor em mora, de receber a correção monetária e os juros remuneratórios e moratórios originariamente estipulados, o direito de receber a multa caso a mora ou inadimplemento seja posterior à cessão etc” (GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 262-263)
37. STJ, 4.o Turma, REsp 1634958 / SP, DJe 03/09/2019.
38. “O cessionário irá assumir o crédito com as suas vantagens [e desvantagens]” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXIII. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 292.
39. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXIII. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 320; GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 229 – 264.
40. HAICAL, Gustavo. **Cessão de crédito. Existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 60.
41. GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 229–264.
42. HAICAL, Gustavo. **Cessão de crédito. Existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 60.
43. HAICAL, Gustavo. **Cessão de crédito. Existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 60.
44. LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, t. 1, p. 238.
45. Section 402 Duty of information; provision of documents: “The previous obligee is required to assert the claim and to provide him with documents serving as proof of the claim, to the extent that they are in his possession. obliged to provide the new obligee with the information”.
46. Art. 654, § 1o, do CCB, dispõe sobre os requisitos da procuração por instrumento particular, exigindo para tal “a indicação do lugar onde foi passado, a qualificação do outorgante e do outorgado, a data e o

objeto da outorga com a designação da extensão dos poderes conferidos”.

47. Art. 520. “O direito de preferência não se pode ceder nem passa aos herdeiros”.

48. Art. 426. “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”.

49. Art. 1.748. “Compete também ao tutor, com autorização do juiz: [...] III – transigir”;

50. Art. 398. “Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou”.

51. Art. 579 do CCP - “proibição da cessão de direitos litigiosos: A cessão de créditos ou outros direitos litigiosos feita, directamente ou por interposta pessoa, a juizes ou magistrados do Ministério Público, funcionários de justiça ou mandatários judiciais é nula, se o processo decorrer na área em que exercem habitualmente a sua actividade ou profissão; é igualmente nula a cessão desses créditos ou direitos feita a peritos ou outros auxiliares da justiça que tenham intervenção no respectivo processo”. 2. Entende-se que a cessão é efectuada por interposta pessoa, quando é feita ao cônjuge do inibido ou a pessoa de quem este seja herdeiro presumido, ou quando é feita a terceiro, de acordo com o inibido, para o cessionário transmitir a este a coisa ou direito cedido. 3. considera litigioso o direito que tiver sido contestado em juízo contencioso, ainda que arbitral, por qualquer interessado”.

52. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXIII. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 306; GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 244.

53. Ementa: PROTESTO DE TÍTULO. PAGAMENTO MAL EFETUADO. AUSÊNCIA DE EFICÁCIA LIBERATÓRIA. CIÊNCIA DO DEVEDOR COM RELAÇÃO À CESSÃO DO CRÉDITO. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. Hipótese em que a autora estava ciente da transferência do título a terceiro e, a despeito disso, efetuou o pagamento do débito ao credor originário do título. Logo, o pagamento realizado a quem já não era mais credor não possui eficácia liberatória, de modo que o protesto realizado pelo legítimo detentor do crédito não constitui ato ilícito. Apelo Improvido. (TJRS, Ap. Civ. N. 70024395196, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em: 18-12- 2008).

54. AgRg nos EREsp 1.482.670/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, DJe 24/9/2015); AgRg no REsp 1183255/MT, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 17/10/2012; AgRg no AREsp 104.435/MG, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 18/12/2014 e REsp 936.589/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 22/2/2011.

55. REsp 936.589/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 22/2/2011.

56. Art. 292 do Código Civil: “Fica desobrigado o devedor que, antes de ter conhecimento da cessão, paga ao credor primitivo, ou que, no caso de mais de uma cessão notificada, paga ao cessionário que lhe apresenta, com o título de cessão, o da obrigação cedida; quando o crédito constar de escritura pública, prevalecerá a prioridade da notificação”.

57. MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil – Direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 261-262.

58. IRAGEM, Bruno. **Direito Civil – Direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 262.

59. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1 (Parte Geral e Obrigações), 2004, p. 583.

60. min

61. MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil – Direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 263.

62. MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil – Direito das obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 263.
63. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, v. I (Parte Geral e Obrigações), 2004, p. 583.
64. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXIII. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 428.
65. KARAN, M. A transmissão das obrigações – cessão de crédito e assunção de dívida. *In*: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coord.). **O novo Código Civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003, p. 320.
66. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, v. I (Parte Geral e Obrigações), 2004, p. 584.
67. RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. Forense: São Paulo, 2002. p. 333.
68. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, v. I (Parte Geral e Obrigações), 2004. p. 586

## REFERÊNCIAS

- ALBANESE, Antonio. **Cessione del contratto**. Bologna: Zanichelli editore S.p.A., 2008.
- ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. **Direito das Obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- ALMEIDA, Ricardo Ramalho de. A cessão de contrato e a convenção de arbitragem. **Revista de Direito Renovar**, n. 33, Rio de Janeiro: Renovar, set./dez. 2005, p. 35-46.
- AMIGO, Garcia Manuel. **La Cesión de contratos en el derecho español**. Madrid: *Revista de Derecho Privado*, 1964.
- ANDREOLI, Marcello. **La cessione del contratto**. Padova: CEDAM, 1951.
- ANELLI, Franco. **Cessione del contratto in Rivista di Diritto Civile**. Padova: CEDAM, Ano XLII, Parte Seconda, 1996, p. 261- 299.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das Obrigações em Geral**. N. II. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 383 – 417. (Secção V – Cessão da Posição Contratual).
- ANTUNES VARELA, João de Matos. Vária sobre a obra ‘Cessão da posição contratual’ de C.A. Mota Pinto. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, v. XLVI, p. 195-213, 1970.
- ARNALDO RIZZARDO. **Contratos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 159-166 (Capítulo IX – Cessão do Contrato).
- BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Cessão da Posição Contratual**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BETTI, Emilio. **Teoria General de las obligaciones**. Tomo 1. Tradução de Espanhola de José Luis de

Los Mozos, Madrid: Edearsa, 1969.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas, SP: Servanda, 2008.

BESSONE, Mario. **Trattato di Diritto Privato – Il Contratto in Generale**. Tomo VI. Turim: G. Giappichelli Editore, v. VI, 2000, p. 263-361 (Parte Terza - La Cessione del Contratto).

BESSONE, Mario. **Istituzioni di Diritto Privato, a cura di Mario Bessone**. 19. ed. Torino: Giappichelli, 2012, p. 665-667 (La Cessione del Contratto).

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo Ltda., v. IV, 1953.

BORRELLI NETO, Luis. Cessão de Contrato. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 137-152, abr./jun. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 74.440**. (3. Turma). Relator: Min. Eduardo Ribeiro, 18 de março de 1997. Brasília: STJ, 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 936.589/SP**. (3. Turma). Relator: Min. Sidnei Beneti, 8 de fevereiro de 2011. Brasília: STJ, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial REsp. 1634958/SP**. (4. Turma). Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 6 de agosto de 2019. Brasília: STJ, 2019.

CABRAL, Antônio da Silva. **Cessão de Contratos**. São Paulo: Saraiva, 1987.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Giuridica della Circolazione**. Padova: Cedam, 1933.

CARRESI, Franco. **La Cessione del Contratto**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1950.

CICALA, Raffaele. **Il Negozio di Cessione del Contratto**. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1962.

CLARIZIA, Renato. **La Cessione del contratto**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2005.

CORBIN, Arthur. **Assignment of Contract Rights**. **Yale Law School Legal Scholarship Repository** (Faculty Scholarship Series), v. 74, n. 3, Paper 2858, Jan. 1926. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2858](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2858). Acesso em: 27 maio 2019.

CRISTOFARO, Giovanni De. **Il Consenso del Consumatore alla Cessione del Contratto**. **Rivista di Diritto Civile**, [Padova], v. 44, anno XLIV, Parte Seconda, p. 523-607, 1998.

DAUD, Fuad Jose. **Transmissão de contrato: um estudo da cessão contratual**. São Paulo, 2006.

FERRARA, Francesco Jr. **Per una disciplina legislativa della cessione del contratto**. **Rivista di Diritto Privato**, Padova, v. XI, Parte Prima, p. 108-115, 1941.

GALGANO, Francesco. **Trattato di diritto civile**. Padova: Cedam, 2009, p. 295-297.

GALINDEZ, Valeria. Contestação a pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira.

Improcedência. Aplicação imediata da Lei de Arbitragem, inclusive a cláusula compromissória firmadas antes da sua entrada em vigor. Desnecessidade de aceitação específica da cláusula compromissória em caso de cessão de contrato. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 5, n. 16, p. 225- 239, jan./mar. 2008.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 131-144. (10. Circulação dos Contratos).

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. A circulação do contrato: (transmissão das obrigações, cessão do contrato e contrato com pessoa a declarar). **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, edição especial, parte 1, p. 148-161, fev./jun. 2002.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Da assunção de dívida. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, 2002.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 229 – 264. (Capítulo 21 – Modificações da relação obrigacional; Capítulo 22 – Cessão de crédito; Capítulo 23 – Assunção de dívida).

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini; LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 262- 263.

HAICAL, Gustavo. **Cessão de crédito**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 109.

KARAM, M. A transmissão das obrigações – cessão de crédito e assunção de dívida. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coord.). **O novo Código Civil**: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003.

KOHLER, Wolfgang. **Psicologia**. São Paulo: Ática, 1978.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, t. 1, 1956.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, 890 p.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, t. 1, 2003.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, v. V, livro III, parte II, 1963. (cessione del contratto in Giurisprudenza Italiana, 1956, volume CVIII, parte prima, Sezione I, p. 79-83).

MENDONÇA, Manoel Ignacio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

MENEZES CORDEIRO, Antonio. **Tratado de Direito Civil Português**. 2. ed. Parte Geral. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2000.

MENEZES CORDEIRO, Antonio. **Direito das Obrigações**. [Lisboa]: Associação Acadêmica da Faculdade

de Direito de Lisboa, v. 9, 1980.

MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles. **Direito das Obrigações**. 8. ed. Coimbra: Almedina, v. II, 2011, p. 75-100. (Secção V - Cessão da posição contratual).

MESSINEO, Francesco. **Il Contratto in Genere**. Tomo secondo. Milano: Giuffrè, 1972, p. 1 – 44. (La cessione del contratto).

MIRABELLI, Giuseppe. **Dei contratti in generale**: artt. 1321-1469. 3. ed. Torino: UTET, 1980, p. 416-434. (faz parte da coleção Commentario del Codice civile, Libro 4, tomo secondo, Delle obbligazioni).

MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil – Direito das obrigações**. São Paulo: RT. 2018, p. 251-252.

MOSSA, Lorenzo. *Vendita di contratto*. **Rivista del Diritto Commerciale**, [Padova], v. XXVI, parte seconda, p. 633-643, 1928.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 2003, p. 359-388 (Capítulo XXXVI – Transferência das Obrigações).

PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di Diritto Civile**. 6. ed. Napoli: ESI, 2007, p. 477-481.

PESCATORE, Valerio. Cessione del contratto ed interpretazione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, [Milano], v. 53, ano LIII, p. 583-604, 1999.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão de Contrato**. São Paulo: Saraiva, 1985.

PIRES DE LIMA, Fernando Andrade; ANTUNES VARELA, João de Matos. **Código Civil anotado**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, v. I, 1987. (artigos 1. a 761).

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXIII. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 247-430. (Título II – Mudança dos Sujeitos das Relações Jurídicas Pessoais).

RIVA, Ilaria. *Cessione del contratto ed effetti reali*. **Rivista trimestrale di diritto e Procedura civile**, anno LVI, Milano: Giuffrè, 2002, pp. 635-650.

RIZZARDO, Arnaldo. **Obrigações**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil – Parte Geral das Obrigações**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2002, p. 109-117.

ROPPO, Vincenzo. **Trattato del Contratto – III Effetti**. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 2006, p. 217-254. (II. Contratto e Terzi – IV. La cessione del contratto).

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. FGV: São Paulo, 2006.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. Cessão do crédito. Parecer. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 638, 1986.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. Cessão de Posição Contratual. *In*: LOTUFO, Renan. Nanni. **Teoria Geral**

**dos Contratos.** Atlas: São Paulo. 2012, p. 395-408.

SIMÃO, José Fernando. A teoria dualista do vínculo obrigacional e sua aplicação ao Direito Civil Brasileiro. In: **Direito das Obrigações - Reflexões no Direito Material e Processual:** Obra em Homenagem a Jones Figueirêdo Alves. São Paulo: Método, 2012, p. 239-253.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Dos Contratos em Geral** (lições proferidas no ano letivo de 1945-1946). [Coimbra]: Coimbra Editora, 1947, p. 317-319. (Capítulo XIII – Cessão do Contrato).

TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos Contratos em Geral.** 4. ed. [Coimbra]: Coimbra Editora, 2002, p. 451-460. (Capítulo XII – Cessão da Posição Contratual).

TELLES, Inocêncio Galvão. Cessão do contrato. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, ano VI, p. 148-169, 1949.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Cessão do contrato.** Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1950. (Relatório elaborado pelo autor em junho de 1950 para o 3o Congresso Internacional de Direito Comparado, promovido pela Academia Internacional de Direito Comparado de Haia, que se realizaria em Londres, de 31 de julho a 5 de agosto do ano de 1950).

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.** Rio de Janeiro: Renovar, v. I (Parte Geral e Obrigações), 2004.

TOMASSETTI, Alessandro. Cessione del contratto e pubblica amministrazione. In: **Il Diritto Privato della pubblica amministrazione.** Milano: CEDAM, 2006, p. 365-392.

TOMASSETTI, Alessandro. *Cessione del contratto e successione nel rapporto nelle locazioni non abitative.* **Rivista di Diritto Civile**, Padova: Cedam, anno XXV, parte seconda, p. 440-448, 1979.

ZACCARIA, Alessio. *Cessione del contratto e garanzia della sua validità.* **Rivista di Diritto Civile**, Milano: CEDAM, ano XXXI, parte prima, p. 249-316, 1985.

Recebido em: 21/12/2020

Aceito em: 21/12/2020

# CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – TST (ARTIGO 702, ALÍNEA F, DA CLT)

*Judicial Review and Competence of Superior Court of Labor – TST  
(Article 702 (f) in the CLT)*

**Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira**

Pós doutora pela UFRGS. Doutora em direito do Estado pela USP. Mestre em Direito do Estado pela UFRGS. Procuradora Municipal de Porto Alegre desde 1996 (RS, Brasil). Professora universitária.

## Resumo

Este artigo está focado na ideia do controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação à Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17), especificamente a alteração da alínea f do artigo 702 da CLT. O caso é analisado, bem como as bases do controle de constitucionalidade e também as possibilidades de declaração de constitucionalidade. A conclusão é a de que poderá ser considerada inconstitucional a alteração da lei para fins de dar andamento na prestação jurisdicional trabalhista, de forma a fortalecer a centralidade institucional do Supremo Tribunal Federal. O método de análise é baseado na revisão bibliográfica e estudo de caso.

**Palavras chave:** Controle de Constitucionalidade. Constituição de 1988. Reforma Trabalhista. Lei Federal 13.467/17.

## Abstract

This paper is focused on the idea of judicial review and Brazilian Supreme Court responsibility to decide de constitutionality of New Employment Act on article 702 (f). The case is analyzed, as well as the bases of judicial review and also the possibilities of declaration of constitutionality. The conclusion is that the amendment of the law may be found unconstitutional in order to strengthen the institutional centrality of Brazilian Supreme Court. The method of analysis is based on the literature review and case study.

**Keywords:** Judicial review. Brazilian Constitution. New Employment Act. Federal Law 13.467/2017 .

## Sumário

1. Introdução; 2. Noção de controle de constitucionalidade na Constituição de 1988; 3. O caso da alteração do artigo 702, f, da CLT pela Lei 13.467/17; 4. A ADC 62-DF e suas perspectivas; 5. Conclusão; Referências.



## 1. INTRODUÇÃO

Na Reforma Trabalhista - Lei 13.467/17, especificamente a alteração da alínea f do artigo 702 da CLT criou uma situação mais rígida e nova competência para estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme. Para isso é necessário, nos termos do novo dispositivo, o voto de pelo menos dois terços dos membros do Tribunal Pleno, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas. Da mesma forma, é preciso de dois terços dos membros do Tribunal Pleno para restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial. Também foram incluídos os parágrafos 3º e 4º no mesmo artigo 702, mas por serem complementares ao dispositivo, será feita referência em geral apenas à alínea f, do que a discussão vale inclusive aos parágrafos.

Tendo em vista que pende arguição de inconstitucionalidade do dispositivo, suspenso o julgamento no TST, e considerando que foi também interposta ação declaratória de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal - STF, o estabelecimento e alteração das súmulas e de outros enunciados de jurisprudência uniforme no âmbito trabalhista estão aguardando julgamento em controle de constitucionalidade. Até uma decisão final, aguarda-se e não são alteradas inclusive sumulas contrárias à própria Reforma Trabalhista. Uma situação preocupante.

A análise inicia com a noção de controle de constitucionalidade na Constituição de 1988. Após, será examinado o caso da alteração do artigo 702, f, da CLT pela Lei 13.467/17 e, por fim, será considerada a ação declaratória de constitucionalidade – ADC 62-DF e suas perspectivas.

A ideia é observar as possibilidades de conclusão sobre a constitucionalidade do dispositivo. Será para isso importante considerar os argumentos e compreender o STF com sua centralidade institucional no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

## 2. NOÇÃO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Inicialmente deve-se compreender que o controle da constitucionalidade está inserido no tema da jurisdição constitucional, com enfoque em suas características essenciais presentes nos sistemas de constituição rígida, em especial na Alemanha e no Brasil. Nesse sentido, a jurisdição constitucional pressupõe um órgão ou Tribunal especial que controla, mais que as leis, a própria atividade estatal, na ideia de Estado Democrático de Direito. Desde logo, apresenta-se a questão quanto ao Brasil: há um tribunal de revisão também constitucional – o Supremo Tribunal Federal, ou este seria um Tribunal Constitucional no sentido de conceito de jurisdição constitucional (SOUZA JR, 2015).

O controle da constitucionalidade pressupõe hierarquia entre as normas existentes no sistema jurídico, em que o fundamento de validade de uma norma está naquela hierarquicamente superior que lhe determinou a criação. Nesse sentido é o princípio da supremacia da constituição, entendida esta como norma que fundamenta todo o sistema de normas no

sentido de Kelsen (1998, p. 246-9). Dessa forma, pode-se dizer que o controle de constitucionalidade só tem lugar em sistema constitucional com constituição rígida, isto é, que possui forma peculiar e de mais difícil alteração que as do procedimento legislativo ordinário.

A maior relevância do instituto do controle da constitucionalidade reside no desenvolvimento dos princípios constitucionais (HECK, 1995) e defesa dos direitos fundamentais que asseguram o Estado Democrático de Direito. Isto porque à enumeração dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais postos em uma constituição, devem corresponder mecanismos jurisdicionais assegurados na própria constituição para preservá-los, resguardando-se assim a existência mesma da constituição.

Trata-se do controle de constitucionalidade no sentido jurisdicional, em que pese o tema ensinar relações com os controles político e social. Tais formas de controle são essenciais também ao controle da constituição, mas, entretanto, não são formas tão regulares e seguras, em termos de normatividade, quanto o controle jurisdicional, e daí a relevância do estudo dessa forma de controle nos termos de Aragon (1995, p. 141).

O controle de constitucionalidade aqui tratado não é o controle preventivo (CAPPELLETTI, 1992), mas o controle jurisdicional das leis em sua conformidade com a constituição. Veja-se que o sentido de lei empregado é o de ato normativo em sentido material, que compreende aqueles previstos no artigo 59 da Constituição de 1988 e ainda qualquer ato normativo oriundo do poder executivo ou judiciário e ainda que abrange inclusive as emendas constitucionais.

Com a finalidade de descrever o controle repressivo de constitucionalidade das leis, deve-se iniciar com uma noção dos sistemas de controle de constitucionalidade segundo o direito comparado - controle difuso e concentrado - e, a seguir, o sistema misto, decorrência da aplicação simultânea de mecanismos dos dois primeiros sistemas, em especial como ocorre no Brasil. De toda forma, como tendência do controle da constitucionalidade no Brasil, vê-se a progressiva importância do controle concentrado.

O sistema de controle difuso, ou também chamado concreto, tem sua origem no modelo chamado do *judicial review* do direito norte-americano. Pode-se dizer que, nesse caso, o controle é feito por via de exceção ou de forma incidental, isto é, sempre no curso do processo instaurado, por provocação de uma das partes, e na medida em que a decisão seja relevante para o caso concreto. Ainda que se possa vislumbrar remota origem no direito alemão, o sistema difuso, tal como é utilizado hoje, teve seu início na interpretação do art. VI da cláusula 2ª da Constituição Norte-Americana pelo juiz da Suprema Corte Jorge Marshall na causa *Marbury versus Madison* de 1803, em que não foi concedida o ordem no *writ of mandamus* impetrado por Marbury, apesar de a decisão no mérito declarar seu direito, em face da preliminar de que a lei fundamento do *mandamus* que dava poderes à Suprema Corte para ordenar a providência impetrada era contrária à Constituição Americana (POLETTI, 1998, p. 32). Nesse caso, foi afirmado o princípio da supremacia da Constituição e o dever de os juizes negarem a aplicação de normas contrárias à constituição. Para tal conclusão, o *Chief Justice* Marshall confrontou duas idéias: ou a constituição é superior e não suscetível de alteração por lei, e, se esta lhe for contrária, não será lei, ou a Constituição escrita

frustra-se na tentativa de limitar um poder ilimitável, não havendo meio-termo entre essas alternativas (POLETTI, 1998).

O efeito da decisão em matéria de controle difuso da constitucionalidade é declarativo *ex tunc* – retroativo (DINIZ, 1998). Todavia, pelo que se vê da evolução deste modo de controle, cada vez mais os juízes têm decidido pela irretroatividade da decisão de inconstitucionalidade.

A crítica mais comum a esse sistema de controle difuso se refere à sua utilização em países em que não haja a tradição de *stare decisis*, pois haveria uma diversidade muito grande de decisões que teriam como consequência a insegurança jurídica. É por essa razão que Miranda (1998, p. 384) apanha as críticas a esse sistema de controle baseadas no fato de que favorece a possibilidade de desarmonia dos julgados, com o conseqüente risco de desvalorização dos julgamentos de inconstitucionalidade e da própria constituição, além da possibilidade de não-acatamento das decisões pela diluição do poder de controle pelos vários órgãos existentes.

De outro lado, o controle concentrado, também chamado abstrato, cuja característica essencial é a existência de um órgão jurisdicional específico (Tribunal ordinário com essa atribuição ou Tribunal Constitucional) em que são interpostas ações próprias que versam sobre a constitucionalidade ou não de determinada lei, de forma desvinculada de um caso concreto. Por essa razão é chamado de controle por via de ação. O sistema de controle concentrado é conhecido como austríaco, eis que foi posto em prática pela Constituição Austríaca de 1º de outubro de 1920, sob clara inspiração do mestre da Escola de Viena, Hans Kelsen (HECK, 1995 p. 27).

O órgão ou Tribunal Constitucional responsável pelo exame da constitucionalidade no sistema concentrado pronuncia, como regra, decisões constitutivas *ex nunc* (ao futuro), proibindo-se a retroatividade, exceto, na ideia de Kelsen, em relação ao controle com origem na reforma austríaca de 1929. A escolha pela criação de um órgão específico para o controle da constitucionalidade, com decisões de eficácia *erga omnes* surgiu para assegurar a manutenção da unidade do ordenamento jurídico. Destarte, tal órgão especial tem, no sistema concentrado, monopólio do exame - decide se é constitucional ou inconstitucional - e da rejeição da inconstitucionalidade.

Ademais, a criação de um órgão especializado em questões constitucionais, teria a função de interpretar as normas constitucionais, em uma continuidade da jurisdição ordinária - como em um corolário da carreira jurídica para os membros de tal tribunal. Mas também poderia ser a esse novo tribunal dada a importante função renovadora de estabelecimento de diretrizes dinâmicas na atividade constitucional. A lei austríaca de 1929, de revisão constitucional, modificou parcialmente esse sistema de controle, sendo possibilitado a dois tribunais a apresentação de questões de constitucionalidade a serem examinadas pelo tribunal constitucional. Após breve período de interrupção (1933 a 1946) esse sistema de controle vive ainda hoje na Áustria.

No Brasil, vive o sistema misto de controle de constitucionalidade, que é aquele que utiliza elementos do sistema difuso e do sistema concentrado simultaneamente. Pode ocorrer

rer como nos sistemas em que, apesar de se seguir os sistema difuso, são criados tribunais supremos com competências e composição semelhantes aos dos tribunais constitucionais europeus como na Espanha, Portugal e Polônia (MIRANDA, 1998).

A fim de compreender a distinção entre Tribunal Constitucional e Tribunal de Revisão, com matéria constitucional importa compreender o recurso constitucional na Alemanha (HESSE:1998). Há, de fato, uma relação entre o Tribunal Constitucional Federal Alemão e as jurisdições ordinárias, o que, todavia, não caracteriza o Tribunal como tribunal de revisão eis que o caso só é examinado em seu sentido constitucional e a decisão final ficará a cargo do tribunal de origem (MENDES, 1996, p.303).

Bonavides (2019) reconhece a ampliação do controle concentrado e faz crítica no sentido de que os particulares não podem utilizar o controle diretamente, ficando prejudicado o controle dos direitos individuais. Todavia, entende-se que a efetividade para os particulares não depende de o controle ser difuso ou concentrado, mas de ser aberta a possibilidade de um mecanismo próprio para violações sofridas diretamente pelo cidadão, no que diz respeito aos seus direitos fundamentais, como recurso constitucional existente na Alemanha.

No Brasil, ainda que se busque analogia do Supremo Tribunal Federal com os Tribunais Constitucionais Europeus, não parece haver jurisdição constitucional, se considerarmos os requisitos para se caracterizar um órgão especial de controle de constitucionalidade. São eles: 1. A sua constituição se dê por meio da sua própria constituição; 2. Suas competências estejam estabelecidas na Constituição e 3. Compartilhe, de forma decisiva, na formação política global do Estado (HECK, 1994).

Disso percebe-se que uma ação declaratória de constitucionalidade, assim como as demais ações oriundas do controle concentrado, que integram o sistema misto no Brasil, é relevante para a consolidação do Supremo Tribunal Federal como órgão de controle de constitucionalidade por excelência. Ainda assim, não será Tribunal Constitucional de acordo com as distinções apontadas.

### **3. O CASO DA ALTERAÇÃO DO ARTIGO 702, I, F, DA CLT PELA LEI 13.467/17**

A Reforma Trabalhista, Lei 13.467/17, incluiu na CLT a seguinte redação à alínea f do inciso I do art. 702:

*f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial.*

É de se advertir que, da mesma forma, a Reforma Trabalhista incluiu os parágrafos 3º e 4º no mesmo dispositivo do art. 702:

*§3o As sessões de julgamento sobre estabelecimento ou alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência deverão ser públicas, divulgadas com, no mínimo, trinta dias de antecedência, e deverão possibilitar a sustentação oral pelo Procurador-Geral do Trabalho, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Advogado-Geral da União e por confederações sindicais*

*ou entidades de classe de âmbito nacional.*

*§ 4o O estabelecimento ou a alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência pelos Tribunais Regionais do Trabalho deverão observar o disposto na alínea f do inciso I e no §3o deste artigo, com rol equivalente de legitimados para sustentação oral, observada a abrangência de sua circunscrição judiciária.*

De início a questão fica centrada no fato de que o artigo 702 estava revogado tacitamente ou expressamente como sustenta Lisboa e Munhoz (2018, p. 347) diante da Lei 7.701 de 1988. Tal lei disciplinou a competência do tribunal pleno e expressamente revogou o que fosse incompatível com a CLT. Assim, não é possível existir uma alínea “f” onde não há artigo nem inciso em vigor, sob pena de afrontar a Lei Complementar 95/1998, art. 18 e a LINDB, art. 2º, §3º.

Para resolver tal problema, o TST, editou Resolução Administrativa nº1937/17 adaptando seu regimento interno à Reforma Trabalhista, Lei 13.467/17, incluindo a disposição da dita alínea “f”. Tal solução, parece, a questão da ilegalidade, mas há movimentos evidenciados na sessão plenária TST de 06.02.2018 (LISBOA; MUNHOZ, 2018, p. 351) no sentido da possibilidade de nova alteração no Regimento Interno.

Sendo assim, o TST estava a preparar o debate, em sessão do pleno, para as alterações sumulares que a comissão própria a esse fim havia analisado, quando foi interposta Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC62/DF, com pedido liminar, ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF, pela Confederação Nacional do Turismo – CNTUR e pela Confederação Nacional do Transporte - CNT tendo por objeto o art. 702, I, f e outros da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/2017.

Com a interposição da ADC, o Tribunal Superior do Trabalho decidiu em sessão extraordinária do Tribunal Pleno, suspender o julgamento de arguição de inconstitucionalidade de parte do artigo 702 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT (Arglnc-696-25.2012.5.05.0463) e da proposta elaborada pela Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos para adequar algumas súmulas e orientações jurisprudenciais do TST a alterações da CLT. Essa decisão do TST foi amplamente divulgada (TST, 2019) e não foi concedida liminar na ADC pelo Ministro relator no STF.

À época, o ministro Brito Pereira, presidente do TST assim se manifestou (TST, 2019): “A suspensão não revela abandono de nossa competência jurisdicional para exercer o controle difuso, mas apenas cautela diante da existência da ADC em curso e em deferência ao Supremo Tribunal Federal”. Ainda se aguarda, até o fechamento desse artigo, um deslinde para a ADC.

Atualmente há um preocupante paradoxo junto ao Tribunal Superior do Trabalho. De um lado, visando a segurança jurídica, é preciso adequar as suas súmulas e orientações jurisprudenciais à Lei 13.467/2017, mas, de outro lado, a discussão da eventual inconstitucionalidade da lei própria lei impede o prosseguimento. Todavia, a indefinição jurisprudencial não impediu que o tribunal aumentasse a sua produtividade em 2018. Julgou quase 320 mil casos, aumento de 12% em relação a 2017, quando foram julgados 285 mil processos. Do total de julgados em 2018, 63% consistiram em Agravos de Instrumento em Recurso

de Revista, somando 202 mil. Em seguida foram apreciados os Recursos de Revista, que totalizaram 45 mil casos (HYLDA, 2019).

## 4. A ADC 62-DF E SUAS PERSPECTIVAS

A ação declaratória de constitucionalidade – ADC 62-DF foi interposta em 18 de março de 2019, com decisão inicial no seguinte sentido:

*Trata-se de Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC com pedido liminar ajuizada pela Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF, pela Confederação Nacional do Turismo – CNTUR e pela Confederação Nacional do Transporte - CNT tendo por objeto o art. 702, I, f e § 3º e § 4º, da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/2017. Os requerentes apontam a existência de controvérsia judicial relevante sobre a constitucionalidade da norma constante do art. 702, I, f, da CLT, apta a autorizar o ajuizamento da ADC. Prosseguem asseverando que, da regra extraída do referido art. 702*

*“[...] resulta um nível de segurança muito maior para todos os que, de algum modo, se sujeitarão aos efeitos da criação, revisão ou cancelamento de uma súmula ou enunciado de jurisprudência na Justiça do Trabalho” (pág. 23 da inicial), de modo que a rigidez dos novos requisitos tornam o processo “[...] seguro para permitir a consolidação de um entendimento jurisprudencial maduro que, por sua vez, também trará segurança, previsibilidade para a prestação jurisdicional, concepção essa análoga à de que o processo precisa ser justo em si mesmo para conduzir a um resultado justo” (pág. 26 da inicial).*

*Destacam, ainda, que “os requisitos trazidos na redação nova do art. 702 são proporcionais e razoáveis, porque necessários e potencialmente mais adequados à finalidade pretendida do que aqueles anteriormente previstos no Regimento Interno do TST” (pág. 31 da inicial), de maneira que os “[...] vícios de inconstitucionalidade material que lhe foram imputados no incidente de arguição de inconstitucionalidade processado na origem, a regra nova do art. 702, inciso I, alínea f, parágrafos 3º e 4º, da CLT faz cessar a ofensa a normas constitucionais que já foram, por vezes, inobservadas pelo TST [...]” (pág. 32 da inicial). Para justificar o pedido de concessão da medida cautelar, destacam a “[...] iminência de julgamento de incidente de arguição de inconstitucionalidade, pelo TST, de que poderá resultar o completo esvaziamento de regra absolutamente legítima, considerando que a decisão proferida em tal incidente inspirará a criação de súmula e vinculará outras decisões a respeito do tema no TST.*

*[...] Já se viu que, à semelhança do que ocorreu nas semanas de 2011 (entre os dias 16 e 20 de maio) e 2012 (entre os dias 10 a 14 de setembro), em que houve a aprovação e alteração de várias súmulas e orientações jurisprudenciais, o TST pautou também para a sessão do próximo dia 20 de março – a mesma em que, em princípio, será julgada a arguição de inconstitucionalidade do art. 702, I, F, e §§ 3º e 4º da CLT – a apreciação das propostas da Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos de revisão de vários verbetes da jurisprudência consolidada do TST. Há o risco iminente de serem revistas 14 súmulas e 5 orientações jurisprudenciais, sem que sejam observados os requisitos previstos no dispositivo de lei cuja constitucionalidade se pretende seja declarada nesta ação, o que norteará o julgamento de inúmeras ações em curso e que virão a surgir” (pág. 32-33 da inicial).*

Os principais argumentos para a constitucionalidade da alteração do art. 702, f, como se vê, está na estabilidade das súmulas e outros enunciados de jurisprudência do TST. Com a declaração de constitucionalidade, o Tribunal precisaria de dois terços de seus membros para realizar alterações, como já havia preparado por meio de comissão, exatamente após analisar o impacto das demais alterações da Reforma Trabalhista.

De fato, como analisa Guimarães (2018, p. 1184-1185) “andou bem o legislador ao inserir os criteriosos dispositivos em destaque.” Isso porque é importante preservar a segurança. E o princípio da segurança jurídica, em especial em matéria sumular, é um dos pilares

do ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, pode-se entender que o próprio TSE, ao início, quando incorporou o texto da alínea “f” ( e parágrafos) ao seu regimento interno, aceitou a Reforma nesse ponto como constitucional. Conforme entendimento de Melek (2017, p.219), o dispositivo “visa democratizar a jurisprudência e dar mais estabilidade às decisões.”

De outro lado, pela inconstitucionalidade da alteração legislativa, pode-se referir que há contrariedade aos artigos 2º; 5º, caput e LXXVIII; 93, X e XI; 96, I, a; 99, caput e 103A da Constituição de 1988.

Inicialmente, o Poder Legislativo não pode intervir de tal modo na autonomia do Poder Judiciário por lei ordinária, sem quórum qualificado, interferindo em funcionamento de Tribunal. O próprio Supremo Tribunal Federal poderia ser alvo de legislação ordinária. A garantia a ser preservada é da independência dos poderes de Estado garantida no artigo 2º da Constituição de 1988.

De outra parte, a duração razoável do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII restará sobremaneira prejudicada. É que a imposição de “dois terços dos membros”, bem como “dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas” cria dificuldade irrazoável. Uma vez que haja dificuldades no estabelecimento e alteração das súmulas e enunciados, relacionando-se com a nova sistemática do Código de Processo Civil para função sumular, o número de recursos judiciais tende a aumentar com prejuízo da celeridade.

Tal alteração, dirigida apenas à Justiça do Trabalho também se mostra desigual, aplicando-se por analogia o princípio da igualdade do art. 5º, caput. Assim, compreende-se o tratamento desigual entre os diferentes ramos do Poder Judiciário, o que contraria a Constituição de 1988. Veja-se que foi a própria Constituição de 1988, no art. 103A que definiu o quórum de dois termos ao STF e nada mencionou aos tribunais da Justiça do Trabalho.

Ademais, a ofensa constitucional se refere especificamente à intromissão legislativa nos órgãos internos dos tribunais do trabalho, com determinação de procedimentos para a estabilização da jurisprudência uniforme ou sumulada (Lisboa; Munhoz, 2018, p.345). Nesse sentido o dispositivo determina competência ao órgão pleno que não mais havia regimentalmente, ferindo a autonomia administrativa do Poder Judiciário para elaborar seu regimento, consagrada constitucionalmente nos artigos 96, I, a e 99, caput. Veja-se que a autonomia do Poder Judiciário nas questões administrativas está consagrada no art. 93, X e XI.

Portanto, há que se aguardar a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade ou não da lei em comento.

## 5. CONCLUSÃO

A conclusão é no sentido de que importa ao Supremo Tribunal Federal, em vista do sistema de controle concentrado misto no Brasil, com órgão de revisão e não Tribunal Constitucional em jurisdição constitucional, que seja protagonista na solução do impasse preocupante causado na justiça do trabalho.

Portanto, em vista dos argumentos trazidos, poderá ser considerada inconstitucional a alteração da lei, de forma a fortalecer a centralidade institucional do Supremo Tribunal Federal. De qualquer sorte, urge resolver o impasse para fins de dar andamento na prestação jurisdicional trabalhista.

## REFERÊNCIAS

ARAGON, Manuel. **Constitución y Control del Poder**. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 01 ago. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1992.

CAVALCANTI, Hylda. TST depende do Supremo para consolidar aplicação da reforma trabalhista. **Conjur**, São Paulo, 01 jun. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-01/anuario-tst-depende-stf-consolidar-aplicacao-reforma>. Acesso em: 01 jun. 2019.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.

GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. **CLT Comentada**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2018.

HECK, Luis Afonso. O Recurso Constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, p. 115-133, out./dez. 1994.

HECK, Luis Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LISBOA, Daniel; MUNHOZ, José Lúcio (org.). **Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2018.

MELEK, Marlos Augusto. **Trabalhista! O que mudou?** Curitiba: Estudo Imediato, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, Tomos I e II, 1988.



POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do Conhecimento Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder**. 2. ed. São Paulo: RT, 2015.

TST. TST suspende exame de inconstitucionalidade do artigo 702 da CLT. **Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, 2019**. Notícias. Disponível em: [http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/tst-suspende-exame-de-inconstitucionalidade-do-artigo-702-da-clt](http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-suspende-exame-de-inconstitucionalidade-do-artigo-702-da-clt). Acesso em: 20 mar. 2019.

Recebido em: 30/12/2020

Aceito em: 30/12/2020