

A PANDEMIA DO COVID-19 E OS DESAFIOS PARA O DIREITO

Orgs.

Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim

Ricardo Lupion

Regina Linden Ruaro

Gilberto Stürmer

Paulo Caliendo

Org. Executiva Discente

Fernanda Linden Ruaro Peringer

A obra coletiva que ora se publica, intitulada **A PANDEMIA DO COVID-19 E OS DESAFIOS PARA O DIREITO - Contribuições dos Docentes e Discentes do PPGD da PUCRS**, visa reunir trabalhos que gravitam em torno de quatro eixos temáticos, que, por sua vez, guardam aderência com as áreas de concentração e linhas de pesquisa do PPGD. Mediante tal publicação, que se soma a outras já ocorridas e tantas mais por vir, o Programa de Pós-Graduação em Direito, por meio da produção científica de seus docentes e discentes busca dar mais uma contribuição no que diz respeito à identificação, análise e mesmo pautas de solução para os diversos desafios decorrentes de uma crise que pode ser considerada a mais impactante e penosa das últimas décadas, e cujo enfrentamento exige um esforço concentrado e solidário, no âmbito de uma responsabilidade compartilhada entre os poderes públicos e a sociedade civil.



Editora Fundação Fênix



A pandemia do Covid-19 e os desafios para o direito

Conselho Editorial

Editor

Ingo Wolfgang Sarlet

Conselho Científico – PPG Direito PUCRS

Gilberto Stürmer

Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim

Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Regina Linden Ruaro

Ricardo Lupion Garcia

Conselho Editorial Nacional

Amanda Costa Thomé Travincas - Centro Universitário UNDB

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos - UERJ

Angélica Lucía Carlini – UNIP

Carlos Bolonha – UFRJ

Claudia Mansani Queda de Toledo- Centro Universitário Toledo de Ensino de Bauru

Danielle Pamplona – PUCRS

Daniel Antônio de Moraes Sarmento - UERJ

Daniel Wunder Hachem - PUCPR e UFPR

Flavia Cristina Piovesan - PUC-SP

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Germano André Doederlein Schwartz – UNIRITTER

Gilmar Ferreira Mendes – Ministro do STF, Professor Titular do IDP e Professor aposentado da UNB

Gisele Cittadino - PUC-Rio

Gina Vidal Marcilio Pompeu – UNIFOR

Giovani Agostini Saavedra - Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP

Guilherme Camargo Massaú – UFPel

Ivar Alberto Martins Hartmann - FGV Direito Rio

Jane Reis Gonçalves Pereira - UERJ

Juliana Neuenschwander Magalhães - UFRJ

Lilian Rose Lemos Rocha – Uniceub

Luís Roberto Barroso – Ministro do STF, Professor Titular da UERJ, UNICEUB, Sênior Fellow na Harvard Kennedy School,

Mônia Clarissa Hennig Leal – UNISC

Otavio Luiz Rodrigues Jr – USP

Patryck de Araújo Ayala – UFMT

Paulo Ricardo Schier - Unibrasil

Phillip Gil França - UNIVEL – PR

Teresa Arruda Alvim – PUC-SP

Conselho Editorial Internacional

Alexandra dos Santos Aragão - Universidade de Coimbra
Alvaro Avelino Sanchez Bravo - Universidade de Sevilha
Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho - Universidade Católica Portuguesa
Carlos Blanco de Morais – Universidade de Lisboa
Cristina Maria de Gouveia Caldeira - Universidade Europeia
César Landa Arroyo - PUC de Lima, Peru
Elena Cecilia Alvites Alvites - Pontifícia Universidade Católica do Peru
Francisco Pereira Coutinho - Universidade NOVA de Lisboa
Francisco Ballaguer Callejón - Universidade de Granada - Espanha
Fernando Fita Ortega - Universidade de Valência
Giuseppe Ludovico - Universidade de Milão
Gonzalo Aguilar Cavallo – Universidade de Talca
Jorge Pereira da Silva - Universidade Católica Portuguesa
José João Abrantes – Universidade NOVA de Lisboa
José Maria Porrás Ramirez - Universidade de Granada – Espanha
Manuel A Carneiro da Frada – Universidade do Porto
Paulo Mota Pinto – Universidade de Coimbra
V́ctor Bazán - Universidade Católica de Cuyo

A pandemia do Covid-19 e os desafios para o direito

(Organizadores)

Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim

Ricardo Lupion

Regina Linden Ruaro

Gilberto Stürmer

Paulo Caliendo

(Organizadora executiva discente)

Fernanda Linden Ruaro Peringer



Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2020

Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet
Diagramação: Editora Fundação Fênix
Capa: Editora Fundação Fênix

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –

[Http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR](http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



Série Direito – 05

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Felix; LUPION, Ricardo; RUARO, Regina Linden; STÜRMER, Gilberto; CALIENDO, Paulo. (Orgs).

A pandemia do Covid-19 e os desafios para o direito. SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Felix, LUPION, Ricardo; RUARO, Regina Linden; STÜRMER, Gilberto; CALIENDO, Paulo. (Orgs), Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2020.

672p.

ISBN – 978-65-87424-14-9



<https://doi.org/10.36592/9786587424149>

Disponível em: <https://www.fundarfenix.com.br>

CDD – 340

1. COVID-19. 2. Direitos Fundamentais. 3. Jurisdição. 4. Processo.

Índice para catálogo sistemático – Direito – 340

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	15
PARTE I	
DIREITOS FUNDAMENTAIS E TEMAS GERAIS	17
1. PANDEMIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA: ALGUMAS APROXIMAÇÕES <i>Ingo Wolfgang Sarlet</i>	19
2. O PROBLEMA DO DISTANCIAMENTO SOCIAL NA COVID-19: UMA ABORDAGEM COMPORTAMENTAL <i>Rodrigo Scopel</i>	31
3. O ESTREITAMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE EM TEMPOS DE CRISE: UMA ANÁLISE DO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DA PANDEMIA DE COVID-19 <i>Raquel Vieira Paniz</i>	51
4. COMENTÁRIO A ADPF 690 <i>Maria Clara Petry Battastini</i>	67
5. XENOFOBIA NAS REDES SOCIAIS ONLINE NO CENÁRIO PANDÊMICO <i>Andressa de Bittencourt Siqueira & Gabriela Cruz Amato Teixeira</i>	75
6. RESPONSABILIDADE ÉTICA DA ADMINISTRAÇÃO E LIMITES DA RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS PARA ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DA COVID-19 <i>Susana Sbrogio'Galia</i>	91
PARTE II	
DIREITOS DOS TRABALHADORES E DIREITOS SOCIAIS EM GERAL	113
7. TELETRABALHO E COVID-19 <i>Gilberto Stürmer & Denise Fincato</i>	115
8. OS REFLEXOS DO COVID-19 NA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA IMPREVISÃO, FATO DO PRÍNCIPE E FORÇA MAIOR <i>Cláudio Teixeira Damilano & Karen Pinzon Blaskoski</i>	131
9. AS CONSEQUÊNCIAS DO TELETRABALHO NO ESTADO DE CALAMIDADE <i>Roberta Scalzilli</i>	145
10. BENEFÍCIO EMERGENCIAL: RENDA BÁSICA PARA A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS <i>Beatriz Lourenço Mendes & Sandro Glasenapp Moraes</i>	163

11. O DIREITO À SAÚDE E OS TRATAMENTOS EXPERIMENTAIS: REFLEXÕES JURÍDICAS ENVOLVENDO A COVID-19, A CLOROQUINA E A HIDROXICLOROQUINA

Bernardo Franke Dahinten & Augusto Franke Dahinten 179

12. DIREITO À SAÚDE E ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – REFLEXÕES EM FACE DA COVID-19

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet & Italo Roberto Fuhrmann.....201

13. FEDERALISMO COOPERATIVO EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: BREVES LINEAMENTOS A PARTIR DO REGIME CONSTITUCIONAL DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

Willian Lovison..... 215

PARTE III

DIREITO EMPRESARIAL E DIREITO CIVIL E DIREITO TRIBUTÁRIO233

14. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS À SAÚDE, NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19

Eugênio Facchini Neto.....235

15. DA REVISÃO CONTRATUAL NO ÂMBITO DO DIREITO DO CONSUMIDOR: DESAFIOS EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19

Carolina Litvin Scaletsky.....259

16. ENTRE COROAS: OS IMPACTOS DO CORONAVÍRUS NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA

Guilherme Augusto Pinto da Silva273

17. INOVAÇÃO NA SAÚDE DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19: O DESAFIO DO DESENVOLVIMENTO E DA AUTOSSUFICIÊNCIA DA INDÚSTRIA NACIONAL DE FÁRMACOS E PRODUTOS RELACIONADOS

Luciana Berbigier Lucas293

18. A PANDEMIA DA COVID-19 E O AUXÍLIO EMERGENCIAL: A ADOÇÃO DE PRÁTICAS TÍPICAS DAS FINTECHS PELA ATIVIDADE BANCÁRIA OFICIAL

Álisson dos Santos Cappellari 305

19. IMPACTOS DA PANDEMIA (COVID-19) NOS CONTRATOS EMPRESARIAS

Fernanda Linden Ruaro Peringer.....327

20. A INFLUÊNCIA DA COVID-19 NA GOVERNANÇA CORPORATIVA: FORTALECIMENTO DA RESPONSABILIDADE AMBIENTAL, SOCIAL E GOVERNANÇA (ASG)

Carlos Bender Konrad..... 341

21. MERCADO LIVRE DE ENERGIA COMO ESTÍMULO À CONCORRÊNCIA NO SETOR ENERGÉTICO

Cássia Camilla Coelho Franco Dias & Cláudio Rubens Nascimento Ramos Júnior355

22. COVID-19: UM BOM MOMENTO PARA A CAPTURA DE INFORMAÇÕES EM BANCO DE DADOS E REDES SOCIAIS DOS CONSUMIDORES SEM O SEU PRÉVIO CONSENTIMENTO	
<i>Roberta Eggert Poll</i>	377
23. A ANÁLISE ECONÔMICA DOS CONTRATOS EM TEMPOS DE PANDEMIA (COVID-19)	
<i>Tiago Faganello</i>	391
24. CONTRIBUIÇÕES DA EXTRAFISCALIDADE AO DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE CONTROLE DO COVID-19	
<i>Diogo De Barros Vidor & Bruna Lietz</i>	403
25. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR OMISSÃO E A COVID-19	
<i>Tales Schmidke Barbosa</i>	423
26. UM BREVE ESTUDO COMPARATIVO DAS MEDIDAS TRIBUTÁRIAS DO COVID-19: BRASIL, ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E PAÍSES DA UNIÃO EUROPEIA	
<i>Diego Galbinski</i>	435
27. TAX COMPLIANCE EM TEMPOS DE PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19): DIFERIMENTO DE RECOLHIMENTOS	
<i>Marcelo Pasetti</i>	445
PARTE IV	
JURISDIÇÃO E PROCESSO	453
28. UM CASO DE CADA VEZ? – A ATUAÇÃO JURISDICIONAL NO CENÁRIO DE PANDEMIA	
<i>Gustavo Osna</i>	455
29. O PROCESSO JUSTO NO AVANÇO DA VIRTUALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL	
<i>Ana Carolina Squadri</i>	471
30. A PANDEMIA DE COVID-19 ENQUANTO FATOR DE ACELERAÇÃO DA INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO NO BRASIL	
<i>Gustavo De Souza Fontana</i>	491
31. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA ÉPOCA DA PANDEMIA	
<i>Francisco Silveira De Aguiar Neto</i>	509
32. DIREITO FUNDAMENTAL À PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS: A VIRTUALIZAÇÃO DO PROCESSO E SUA ADAPTAÇÃO À REALIDADE VIVIDA DURANTE A PANDEMIA DECORRENTE DA COVID-19	
<i>Ingrid Pereira Botelho</i>	525

33. UMA PROPOSTA DE RELEITURA DA GARANTIA DE ACESSO AO JUDICIÁRIO: O PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E O USO DA PLATAFORMA CONSUMIDOR.GOV.BR	
<i>Carolina Borges Mosmann</i>	543
34. A NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL COMO FORMA DE VIABILIZAR O ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA	
<i>Isabelle Almeida Vieira</i>	559
35. A AUDIÊNCIA DO ARTIGO 334 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19 E A PROBLEMÁTICA DO ACESSO À JUSTIÇA	
<i>Luana Steffens</i>	577
36. A TUTELA JURISDICIONAL E A PROTEÇÃO SOCIOAMBIENTAL EM ÁREAS DA AMAZÔNIA LEGAL NO PERÍODO DE PANDEMIA	
<i>Gabrielle Bezerra Sales Sarlet & Anderson Júnior Ferreira Martins</i>	591
37. PROVA PERICIAL NOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS: PERÍCIA INDIRETA E TELEPERÍCIA DIANTE DA PANDEMIA	
<i>Fernando Rubin & Felipe Camilo Dall' Alba</i>	611
38. A PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL E OS PROCESSOS ESTRUTURAIS: UMA ABORDAGEM PARA LITÍGIOS COMPLEXOS	
<i>Micaela Porto Filchtiner Linke & Marco Félix Jobim</i>	623

APRESENTAÇÃO



<https://doi.org/10.36592/9786587424149-0>

Como já sabido, a pandemia do assim chamado corona vírus (COVID-19) deflagrou uma crise aguda e multidimensional em escala global, com reflexos na esfera social, sanitária, econômica e política, mas também no domínio do Direito. Só no Brasil, de acordo com dados de 29/09/2020, foram confirmados mais de 4.700.000 (quatro milhões e setecentos mil) infectados e mais de 143.000 (cento e quarenta e três cinco mil) óbitos¹.

No campo do Direito, milhares de leis foram editadas em todas as esferas da Federação², assim como se avolumam as ações judiciais aforadas desde a data em que foi decretado o estado de calamidade pública em nível nacional (20/03/2020). Somente no STF já se alcançou, tomando por referência o dia 29.09.20, o número total de 5.464 processos relacionados à pandemia. Os temas submetidos ao crivo da Corte são dos mais diversos, incluindo, dentre tantos outros, discussões sobre a distribuição das competências legislativas e administrativas entre os entes federados, o controle da legitimidade constitucional de inúmeras medidas restritivas aos mais diversos direitos e garantias fundamentais (liberdade de reunião, liberdade de expressão e de informação, proteção de dados pessoais, liberdade religiosa, direitos dos trabalhadores, proteção de grupos vulneráveis como as populações indígenas, direito à saúde, etc.)

Ao longo desse estado de crise, que, ao fim e ao cabo, é também uma crise constitucional, ainda que não enquadrada na moldura dos estados de exceção constitucional expressamente previstos na Constituição Federal de 1988 (Estado de Defesa e Estado de Sítio) muitos também tem sido os estudos produzidos no âmbito acadêmico, buscando não apenas analisar as diversas facetas e impactos da pandemia.

¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br>. Acesso em: 29 set. 2020.

² A União Federal, entre emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções e respectivos atos regulamentares já atingiu a casa de mais de 450 (quatrocentos e cinquenta) atos normativos disciplinando medidas de combate aos efeitos da pandemia.

Na esfera estadual, disciplinado esse tema, já foram criadas 1.318 leis e na esfera municipal foram criadas 24.937 leis.

Nesse contexto, também o Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da PUCRS não poderia quedar silente, de modo que tanto docentes quanto discentes (mestrandos e doutorandos) passaram não apenas a discutir o tema em salas de aula, seminários e grupos de pesquisa, como também produziram textos em forma de artigos científicos e capítulos de livro publicados já em diversos meios.

No caso da obra coletiva que ora se publica, ostentando o título A PANDEMIA DO COVID-19 E OS DESAFIOS PARA O DIREITO - Contribuições dos Docentes e Discentes do PPGD da PUCRS, o objetivo foi o de reunir trabalhos que gravitam em torno de quatro eixos temáticos, que, por sua vez, guardam aderência com as áreas de concentração e linhas de pesquisa do PPGD.

Mediante tal publicação, que se soma a outras já ocorridas e tantas mais por vir, o Programa de Pós-Graduação em Direito, que tenho a honra e o privilégio de coordenar, dada a excelência de seu corpo docente e discente, busca dar mais uma contribuição no que diz respeito à identificação, análise e mesmo pautas de solução para os diversos desafios decorrentes de uma crise que pode ser considerada a mais impactante e penosa das últimas décadas, e cujo enfrentamento exige um esforço concentrado e solidário, no âmbito de uma responsabilidade compartilhada entre os poderes públicos e a sociedade civil.

Porto Alegre, 29.09.2020.

Ingo Wolfgang Sarlet.

Professor Titular e Coordenador do PPGD da PUCRS.

PARTE I
DIREITOS FUNDAMENTAIS E TEMAS GERAIS

1. PANDEMIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA: ALGUMAS APROXIMAÇÕES



<https://doi.org/10.36592/9786587424149-1>

Ingo Wolfgang Sarlet¹

Resumo

A disseminação do COVID-19 em escala global trouxe consigo uma série de efeitos nefastos impactando as mais diversas searas da vida econômica, social, política, cultural, ambiental, mas também implicando desafios para o Direito, levando inclusive à decretação de estados de exceção constitucional e legal em muitos países. Nesse contexto, o presente texto problematiza e debate, à luz de alguns exemplos, algumas medidas interventivas destinadas ao combate da pandemia e à proteção da vida e da saúde, que, por sua vez, levaram a restrição de outros direitos fundamentais, tecendo, além disso, algumas considerações sobre o processo de radicalização e os extremismos de natureza política e ideológica que se agudizou, ao menos no Brasil, durante a pandemia, tudo somado a uma crise de confiança, que colocam em risco inclusive a Democracia e o Estado de Direito.

Palavras-chave: Pandemia do COVID 19. Direitos Fundamentais. Democracia. Crise.

Abstract

The dissemination of the COVID-19 in global scale was followed by a series of harmful effects, causing impacting several spheres of economic, social, political, cultural and environmental, but also implying challenges for the Law, conducting even to the imposition of constitutional or legal exception states in several countries. In this context, this paper aims to discuss, in light of some examples, interventive measures enacted in order to fight the pandemics and protecting peoples life and health, measures which, on the other hand, imposes restrictions of other fundamental rights. Besides this, some remarks on the process of radicalization and political and

¹ Professor Titular e Coordenador do PPGD da PUCRS, Desembargador aposentado do TJRS, Advogado e parecerista.

ideological extremism which became particularly acute in Brazil during the pandemics will be made, including the current crises of trust which is putting in risk the Democracy and the Rule of law.

Keywords: COVID-19 Pandemics. Fundamental Rights. Democracy. Crisis.

1 Primeira parte: pandemia, crise e os desafios para os direitos fundamentais e a democracia – primeiras aproximações e delineamento do contexto

À vista da exponencial disseminação do assim chamado “Coronavírus” (COVID-19) em praticamente todo o Planeta e dos seus nefastos efeitos, passados, presentes e futuros, efeitos que, aliás, têm impactado uma gama altamente diversificada de esferas da vida pessoal e coletiva, dos interesses privados e públicos, as reações têm sido igualmente variadas em múltiplos aspectos.

O nosso olhar sobre o fenômeno, pese todas as áreas do Direito serem desafiadas, será o de uma perspectiva jurídico constitucional, destaque dado aos direitos e garantias fundamentais no Brasil, mas necessariamente também ao eventual impacto do contexto político, social e econômico, assim como das medidas restritivas de direitos fundamentais e seu alcance, sobre a Democracia, o Estado de Direito e o funcionamento regular de suas instituições.

É possível afirmar, inclusive, que situações como as quais se está vivenciando, tornam, temporariamente, secundárias milhares de questões e problemas com os quais lida o Direito, deslocando o foco para a necessidade urgente de identificar, avaliar e equacionar centenas de desafios ao direito constitucional.

Como bem colocou o editorial do conhecido *Verfassungsblog* (www.verfassungsblog.com), edição de 20.03.20, diante da falta de ensejo para tanto, muitas perguntas sequer foram (ou muito pouco) objeto de atenção por parte dos juristas, em especial dos constitucionalistas. Ainda de acordo com o referido editorial, um estado de exceção, no sentido genérico, tido como um estado de anormalidade e risco coletivo, que impacta o funcionamento regular das instituições públicas e da vida social e econômica), “não opera apenas como o quadro, mas também é o objeto de nosso agir: nada é mais problemático e complicado. A exceção à normalidade pacífica, nesse contexto, refere-se, ao fim e ao cabo, às competências, procedimento e limites

de decisões coletivas vinculantes: dito de outro modo, ao direito constitucional e sua validade e eficácia”².

Precisamente essa assertiva nos remete ao que talvez seja o principal e mais urgente problema e desafio do ponto de vista constitucional (que as medidas emergenciais do primeiro enfrentamento em termos de saúde pública são prioritárias resulta evidente!), designadamente, a defesa e manutenção, inclusive o fortalecimento, da Democracia e de suas instituições, e do Estado de Direito. Sem isso, a proteção dos direitos fundamentais e dos princípios estruturantes do nosso Estado Democrático de Direito está colocada em sério risco, até mesmo pelo fato de inexistir Estado Democrático de Direito sem direitos e garantias fundamentais, do mesmo modo que na ausência ou grave comprometimento desses implode a ordem constitucional democrática.

Portanto, já por tais razões, mais do que justificável que nos dediquemos, no contexto desse quadro geral, ao que temos (ainda) de mais precioso e que foi conquistado com a democratização do nosso País, mediante a promulgação, em 5.10.88, de nossa mais democrática Constituição Federal.

Estabelecendo aqui um vínculo direto e umbilical com a teoria geral dos Direitos Fundamentais, verifica-se que a principal fonte de violações está relacionada ao fato de que tanto as medidas engendradas e concretamente aplicadas, ainda que com o escopo de proteger a saúde e vida da população, quanto omissões, envolvem restrições aos direitos e garantias do cidadão, seja no sentido de uma intervenção constitucionalmente ilegítima no seu âmbito de proteção, seja em virtude da ofensa ao dever estatal de proteção suficiente, figuras que aqui não iremos desenvolver, inclusive por se tratar de ponto a ser abordado em outras colunas.

O ponto nodal da questão, contudo, como, aliás, amplamente conhecido, não é o fato corriqueiro da restrição a direitos, característico e indissociável do dia a dia da vida numa sociedade politicamente organizada, mas sim, a sua legitimação jurídico-constitucional, que parte do pressuposto (essencial ao Estado Democrático de Direito), de que os fins não justificam o uso de todo e qualquer meio e da conexa (mas não idêntica) proibição de arbítrio.

A questão se agudiza e se torna particularmente ameaçadora quando se busca instrumentalizar o estado de anormalidade e crise, utilizando-o como pretexto para

² Tradução livre do signatário.

captar a simpatia e angariar apoio popular e político, de modo a arrancar a fórceps, sob o manto da legitimidade constitucional, a autorização para a decretação – no caso brasileiro, de um estado de defesa ou mesmo de um estado de sítio – situações nas quais, durante a sua vigência, uma série de fortes restrições a direitos e garantias fundamentais da população pode ser autorizada.

Sabe-se, por outro lado, que situações de grave crise e instabilidade, mormente quando em cheque a saúde e a vida, autorizam – e isso mesmo ausente decretação formal de qualquer um dos estados de exceção constitucional previstos na CF, a tomada de medidas mais rigorosas, que, por sua vez, implicam a restrição, em nível mais acentuados, de alguns direitos e garantias fundamentais, tudo condicionado também a um controle igualmente mais vigilante de sua consistência jurídica e dos respectivos critérios. Aliás, é o que, por ora, se está verificando também entre nós, o que, é bom frisar, não quer dizer que todas as providências sejam constitucionalmente (mas também legalmente) corretas, convocando os atores responsáveis à sua fiscalização, que poderá levar à sua supressão ou reformatação.

Tal constatação, ao invés de sugerir que decretar um estado de sítio ou de defesa é, ao fim e ao cabo, trocar “seis por meia dúzia”, indica justamente o contrário: os referidos estados de exceção constitucional só podem ser legitimamente instaurados quando for manifestamente inviável dar conta da gravidade dos problemas pelas vias até então levadas a efeito.

Além disso, mesmo que se trate de uma típica hipótese autorizativa da decretação de um estado de exceção constitucional pelo menos três diretrizes se impõe: a) a rigorosa observância dos critérios materiais e procedimentais inscritos na CF; b) que o conteúdo e alcance das medidas previstas e impostas seja consistente com a máxima da interpretação restritiva das medidas restritivas, aqui ainda mais rigoroso, no sentido de uma *ultima ratio*; c) que o estado de sítio, tal qual disposto no artigo 137, somente possa ser decretado nos casos de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa, ou então quando declarado o estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira;

Basta, portanto e por ora, uma mera leitura do texto constitucional para que se perceba a absoluta impossibilidade da decretação de um estado de sítio antes de esgotadas as alternativas anteriores, já referidas.

Qualquer apelo público, tanto mais a proposição formal de um pedido de autorização para a instalação de um estado de sítio, por si só já corresponde a uma ofensa aos mais elementares valores e princípios de um Estado Democrático de Direito e, no caso brasileiro, frontal, inequívoca e inadmissível violação da CF.

De todo modo, feita a advertência, é a constatação de que, após algumas proposições formuladas na fase inicial da pandemia, afirmando eventual possibilidade/conveniência da instauração do estado de defesa (e mesmo do estado de sítio), acabou por prevalecer – pelo menos quanto a tal questão – o bom senso, resolvendo-se o problema com a decretação do estado de calamidade pública, seja na esfera nacional (União), seja ao nível dos demais entes da federação.

Isso, contudo, não quer dizer que não se esteja a vivenciar um estado de anormalidade e mesmo de exceção, inclusive em termos constitucionais, em virtude do problema, por si só já gravíssimo, da pandemia que grassa no Brasil e em todo o mundo e das inúmeras medidas tomadas desde a decretação do estado de calamidade pelo Congresso Nacional, mediante a edição do Decreto Legislativo nº 6, de 20.03.2020, atendendo requerimento do Governo Federal.

É que, paralelamente à calamidade pública da pandemia e as imensas dificuldades no tocante à sua contenção e superação, o Brasil passa por uma crise política e econômica altamente explosiva, que, embora tenha iniciado há alguns anos, alcançou níveis praticamente sem precedentes equiparáveis desde os primeiros anos da Década de 1990. A gravidade, contudo, do quadro atual, é maior e mais preocupante, visto que nos anos mais difíceis de instabilidade econômica e em parte também política (agudizada na breve “Era Collor” e sua implosão) referidos, não se verificaram, em termos quantitativos e em intensidade, tantas manifestações contra as instituições democráticas, e, em especial, em prol de uma intervenção militar.

Nesse contexto, a pergunta elementar é precisamente, se e em que medida, reuniões e manifestações públicas e mesmo, em termos gerais, o exercício da liberdade de expressão, podem ser utilizadas para atacar frontalmente a instituição que é, numa democracia representativa, o seu órgão mais importante, e mesmo a instituição que exerce, igualmente legitimada pela ordem constitucional, a função de garantir as próprias regras do jogo democrático (devido processo legislativo, direitos políticos, etc.) e os direitos e garantias fundamentais em geral, sem os quais, por sua vez, inexistem um Estado Democrático de Direito que possa ostentar esse rótulo.

Outro ponto aqui focado, diz respeito às possibilidades e limites de intervenção no processo, operando de modo a coibir abusos na fruição das liberdades comunicativas, pelo Poder Judiciário, aqui representado pelo seu órgão de cúpula e guardião da Constituição, o STF.

Parte II – O STF como guardião da democracia e garante das liberdades de reunião e expressão?

Considerando a verdadeira avalanche de casos levados ao STF e decididos desde a decretação do estado de calamidade em nível nacional, bem como a miríade de temas discutidos, resulta absolutamente impossível tratar de todos, inclusive daqueles que envolvem diretamente a proteção de direitos e garantias fundamentais, em especial, contudo, quando se trata de avaliar a legitimidade constitucional de intervenções restritivas pelo poder público, seja por ação, seja mesmo por omissão.

De outra parte, visto que sempre que se estiver diante de violações de direitos fundamentais, mas também de suas restrições e seu controle, de algum modo também está em causa a própria Democracia e o Estado de Direito, o que se busca aqui é ilustrar o problema à luz de dois exemplos, sobre os quais já houve manifestação do STF, em plena vigência do estado de exceção legislativo e fático vivenciado por ocasião da pandemia do COVID-19, vulgo coronavírus.

Nessa toada, é de se invocar aqui, o Inquérito – cuja abertura foi requerida pela Procuradoria-Geral da República - autorizado pelo Ministro Alexandre de Moraes, no bojo do qual se investiga atos em favor do AI-5 e do fechamento das instituições, republicanas, destaque para a verificação da existência de organizações e esquemas de financiamento de manifestações contra a democracia.

Note-se que na fundamentação da decisão foi apontado que a CF proíbe o financiamento e a propagação de ideais contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático (artigos 5º, XLIV; 34, III e IV), tampouco permitindo a realização de manifestações objetivando a destruição do Estado de Direito, mediante a superação de limites materiais ao poder de reforma constitucional, que constituem o núcleo substancial do dos princípios democrático e republicano, como é o caso do voto direto, secreto, universal e periódico, da separação de poderes e dos direitos e garantias

fundamentais (CF, artigo 60, parágrafo 4º), ainda mais quando com isso se pretende ainda sustentar a instauração de um regime autoritário.

Além disso, a decisão referiu serem inconstitucionais, por não cobertas pelo manto protetor da liberdade de expressão, condutas e manifestações destinadas à aniquilação do pensamento crítico essencial a uma ordem democrática, assim como àquelas que pregam a violência, o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais.

À vista do Inquérito que tramita na Suprema Corte brasileira, e como (pelo menos aparente) contraponto e mesmo eventual contradição, assume ainda maior relevo a medida cautelar na petição 8.830-DF, formulada pelo líder do PT na Câmara dos Deputados, decidida pelo Ministro Celso de Mello, em 07.05.2020, onde se buscava a interdição de carreatas/manifestação em Brasília marcada para o dia 08.05.20.

De acordo com o autor da petição, cujo conteúdo aqui se transcreve em parte, extraído do relatório do prolator da decisão:

“Com efeito, circula nas redes sociais do autodenominado ‘Comandante Paulo’, uma convocação de todo o povo brasileiro para estarem presentes em Brasília, no dia 08 de maio de 2020 (amanhã), com previsão de arregimentação de 300 caminhões e respectivos ocupantes, além de militares da reserva, civis, homens, mulheres e crianças. Segundo o vídeo de convocação divulgado, o objetivo do comboio e dos manifestantes será o de ‘dar cabo a essa patifaria estabelecida no País e representada (a patifaria) por aquela casa maldita do Supremo Tribunal Federal – STF, com seus 11 (onze) ‘gângsteres’, que têm destruído a Nação’. Trata-se de fato gravíssimo e que vem se somar às condutas, reiteradas já há alguns anos e com mais ênfase nos últimos meses, de um bando de celerados e acéfalos, reunidos em grupos de iguais, que estão promovendo, em todo o País e em Brasília (como as ações antidemocráticas investigadas em Inquérito da relatoria de Vossa Excelência), uma série de atos e ações inconstitucionais que objetivam, numa toada de aniquilação de Poderes (Legislativo e Judiciário) e supressão de garantias fundamentais, anular as conquistas democráticas tornadas realidades com a Constituição Federal cidadã, promulgada em 1988.” (grifei)

Pese o conteúdo das manifestações narradas e a existência do Inquérito acima referido, o pleito não foi conhecido, dada a incompetência da Suprema Corte para examinar a matéria, pelo fato de não se referir a investigação solicitada a qualquer pessoa ou autoridade com prerrogativa de foro perante o STF.

O que aqui se impõe seja destacado, e por isso a relevância da decisão, é que embora pudesse ter o seu prolator, Ministro Celso de Mello, se limitado ao não conhecimento, foram tecidas considerações importantes sobre o mérito do pleito, deixando claro que caso fosse conhecido e julgado, o resultado seria o seu rechaço, por frontal violação da liberdades de reunião e de manifestação e expressão consagradas na CF (artigo 5º, incisos XVI, IV e IX, respectivamente) e no direito internacional dos direitos humanos, designadamente na Declaração Universal da ONU, de 1948 (artigos XIX e XX), no Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (artigos 19 e 21) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (artigos 13 e 15).

Dentre os argumentos invocados no seu voto, o Ministro Decano da Suprema Corte brasileira, além de invocar importantes precedentes, anotou:

“...Vê-se, portanto, que o direito de crítica e o direito ao dissenso – desde que não resvalam, abusivamente, quanto ao seu exercício, para o campo do direito penal, vindo a concretizar, em virtude de conduta desviante, qualquer dos delitos contra a honra (calúnia, difamação ou injúria) –, encontram suporte legitimador em nosso ordenamento jurídico, mesmo que de sua prática possam resultar posições, opiniões ou ideias que não reflitam o pensamento eventualmente prevalecente em dado meio social ou que, até mesmo, hostilizem severamente, por efeito de seu conteúdo argumentativo, a corrente majoritária de pensamento em determinada coletividade (...). O pluralismo político (que legitima a livre circulação de ideias e que, por isso mesmo, estimula a prática da tolerância) exprime, por tal razão, um dos fundamentos estruturantes do Estado democrático de Direito! É o que expressamente proclama, em seu art. 1º, inciso V, a própria Constituição da República. É por isso que se mostra frontalmente inconstitucional qualquer medida que implique a inaceitável “proibição estatal do dissenso” ou a livre manifestação do pensamento” (grifos do original mantidos).

No tocante à posição adotada pelo Ministro Celso de Mello – **que aqui saudamos como correta e serena, ainda mais dadas as circunstâncias!** -, esta não chega a surpreender, porquanto a despeito da intensidade das palavras direcionadas ao STF e seus integrantes, que no mínimo, em parte, permitiriam um enquadramento, em tese, na figura típica da injúria (a ser investigada e processada no foro próprio), o mais antigo Magistrado em atividade na Suprema Corte, se manteve fiel a seus próprios precedentes, incluindo o multicitado caso da “marcha da maconha”, assegurando, em regra, posição preferencial às liberdades de reunião e expressão.

Tal entendimento, por sua vez, guarda estreita sintonia com a jurisprudência dominante formada pelo STF, em especial desde o julgamento da ADPF 130, relatada

pelo então ainda Ministro Carlos Britto e julgada em 30 de abril de 2009, que considerou não recepcionada pela CF a antiga lei de imprensa editada sob a égide do regime militar, do que dão conta, na sequência, outros julgamentos como o desnecessidade de prévia autorização do biografado em vida (ADI 4.815/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, julgado em 10/06/2015), da classificação etária apenas indicativa para a assistência de espetáculos, filmes, etc. (ADI 2.404/DF, Rel. Ministro Dias Toffoli, julgado em 31/08/2016), da liberação do humor (mas proscrição – embora em alguns votos apenas - das assim chamadas *fake news*) na campanha eleitoral (ADI 4.451/DF, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 21/06/2018) e mesmo da confirmação da decisão tomada em 2018, por ocasião do processo eleitoral, no sentido da ilegitimidade constitucional do ingresso por força policial em estabelecimentos de ensino para conter protestos e promover buscas e apreensões (referendo da liminar na ADPF 548/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, julgado em 31/10/2018)

Da mesma forma, é este é um dos pontos a serem aqui sublinhados, não existe contradição (pelo menos por ora) entre a decisão do Ministro Alexandre de Moraes, no Inquérito já referido, e a do Ministro Celso de Mello, visto que no primeiro caso o que está em causa é a investigação da existência de atos diretamente atentatórios à própria democracia, caracterizados (a título de justificação adequada para a decisão) pelo apelo à intervenção militar, apoio ao AI-5, um dos mais autoritários (se não o mais violento) tomados pelo regime militar na sua pendência contra as instituições democráticas, para além do golpe de 1964 em si e outros desdobramentos.

O mesmo, contudo, não se verificou em julgado posterior sobre a liberdade de reunião (RE 806.339/SE, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 19/12/2018), ora anotado, pois o caso concreto que deu ensejo à petição não conhecida pelo STF, ainda que alinhado, no pedido, a outras como as investigadas no inquérito, não teve por objeto manifestação específica e diretamente voltada à reinstalação de uma ditadura militar, nem, neste caso, ao fechamento do Congresso Nacional, embora o tom mesmo beligerante assacado contra a Suprema Corte.

É claro, outrossim, que não se pode, como igualmente referido, ter como insustentável uma exegese que vislumbre também no caso decidido pelo Ministro Celso de Mello uma afronta – ademais de uma possível injúria contra as pessoas dos Ministros – a uma instituição que, independentemente da crítica que se possa querer

proferir contra o seu modo de operar, suas decisões individualmente consideradas, etc., consiste no esteio institucional destinado a assegurar a garantia efetiva do cumprimento da constituição e da efetividade dos direitos fundamentais.

Embora essa é apenas uma leitura possível, de tal sorte que, à vista de diversas alternativas de interpretação do conteúdo do discurso impugnado e das circunstâncias, há de prevalecer aquela mais favorável e garantidora das liberdades comunicativas tão caras e essenciais à própria existência, em termos materiais, da democracia, o que, por sua vez, corresponde ao postulado da posição preferencial (embora não absoluta, como bem referido no próprio voto do Ministro Celso de Mello) da liberdade de expressão e o da interpretação restritiva de eventuais restrições.

Parte III – Notas finais

Ao fim e ao cabo, o que se pode ousar afirmar, é que no tocante ao seu papel de guardião das liberdades fundamentais, designadamente das liberdades comunicativas, o STF tem se mostrado (pese alguma decisão isolada monocrática ou voto divergente mais controverso) firme, atuando de modo tempestivo mesmo em circunstâncias tempestuosas, com o que não se está a afastar a necessária vigilância relativamente a decisões judiciais que eventualmente extrapolem da esfera de competência que as legitimam e limitam.

De outra parte, por mais crucial que seja tal vigilância e presença, que, em tempos de grave instabilidade se torna ainda mais imperiosa, sem um pacto geral, entre todas as esferas de poder político e dessas com a sociedade civil pela manutenção do regular funcionamento das instituições democráticas e republicanas, ademais das exigências do Estado de Direito, essa seguirão postas em cheque e submetidas a grave risco.

Aliás, a experiência histórica já o demonstrou inúmeras vezes, que sem vontade de e para a Constituição – v. a conhecida exortação de Konrad Hesse – que, ao mesmo tempo, representa uma vontade de e para a Democracia e o Estado de Direito, nem o direito constitucional e nem o Poder Judiciário poderão cumprir com o seu papel. Pior do que isso, sequer as instituições democraticamente legitimadas pelo sufrágio terão condições de resistir à força bruta.

Por isso mesmo é que uma ordem democrática que pretenda perdurar deve manter suas instituições fortalecidas e sustentadas pela confiança da cidadania, o que, por sua vez, somente será possível se tais instituições se mostrarem dignas dessa fidúcia.

2. O PROBLEMA DO DISTANCIAMENTO SOCIAL NA COVID-19 UMA ABORDAGEM COMPORTAMENTAL

THE PROBLEM OF SOCIAL DISTANCING IN COVID-19 A BEHAVIORAL APPROACH



<https://doi.org/10.36592/9786587424149-2>

Rodrigo Scopel¹

Resumo

A nova realidade trazida pela pandemia do novo coronavírus – COVID-19 – determinou que uma série de medidas de cunho eminentemente comportamental fossem implementadas de forma quase imediata. Ante à falta de uma vacina ou medicação efetiva para tratamento da porcentagem da população que desenvolverá quadros mais graves da doença, lavar as mãos constantemente, utilizar álcool em gel e máscaras faciais, bem como a adoção de medidas de distanciamento social, tem sido a única forma de conter a contaminação em massa e levar os sistemas de saúde ao colapso. Diante deste cenário, a ciência comportamental se constitui num importante componente para efetividade das políticas públicas, sendo que o presente trabalho irá tratar especificamente das medidas de distanciamento social de longo prazo, e como manter um grande contingente humano em isolamento pelo maior tempo possível, ou ao menos até que uma vacina ou tratamento para a doença seja desenvolvido, com destaque às medidas que elevem a percepção de risco pelos agentes, reduzindo os efeitos do viés de recuperação de um evento e do otimismo.

Palavras-chave: Distanciamento Social – Ciência Comportamental – Percepção de Risco – Viés da Recuperação de um Evento – Viés do Otimismo - Políticas Públicas de Longo Prazo.

Abstract

The new reality brought by the new coronavirus pandemic – COVID-19 – determined a series of measures of eminently behavioral nature was implemented almost

¹ Advogado, Doutorando em Direito PPGD – PUC/RS. O material em questão foi apresentado para publicação pela mesma instituição, sob orientação e coordenação do Professor Doutor Paulo Caliendo.

immediately due the lack of a vaccine or effective medication to treat the percentage of the population that will develop serious or critical conditions of the disease. Hand washing and facial masks, as well as the adoption of social distancing measures have been the only way to contain the spread of the virus that can lead health systems to chaos. Given these scenarios, behavioral science is an important tool to promote the effectiveness of public policies, and this work will specifically address long-term social distancing measures, and how to maintain a large human contingent in isolation for as long as possible, or, at least, until a vaccine or treatment for the disease is developed, with emphasis on measures that raise the agents' perception of risk, reducing the effects of the biases due to the retrievability of instances and optimism bias.

Keywords: Social Distancing – Behavioral Science – Risk Perception - Biases due to the retrievability of instances – Optimism Bias – Long-Term Public Policies.

Introdução

A menos que uma vacina ou alguma forma efetiva de tratamento seja descoberta para cura ou imunização do ser humano, a estratégia de distanciamento social, bem como, lavar as mãos constantemente, utilizar álcool em gel e máscara facial, se farão presentes e atingirão a grande parte dos 7.7 bilhões de habitantes do planeta, determinando uma mudança de comportamento que, não só pela sua profundidade, mas também pela sua premência, certamente não foi experimentada pela humanidade em toda a sua existência, ao menos não neste contingente.

A atual crise sanitária deflagrada pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2) se transformou, em menos de três meses após o primeiro caso detectado, em 12 de dezembro de 2019, na região de Wuhan – China², numa pandemia, desencadeando um conjunto de eventos cuja dimensão e consequências ainda não podem ser vislumbradas em toda a sua totalidade.

Atos simples de higiene pessoal, como lavar as mãos e utilizar álcool em gel para assepsia de produtos e equipamentos e, não menos importante, o uso da máscara facial, que, como bem flagrado por Sunstein (2020), será visto como ato de engajamento, respeito e principalmente de orgulho do indivíduo perante o seu grupo

² Zhou F. *et al.* Clinical course and risk factors for mortality of adult inpatients with COVID-19 in Wuhan, China: a retrospective cohort study. *Lancet* 395, 1054-1062(2020).

social, passam a incorporar nossos hábitos cotidianos como se fossem praticados desde sempre.

Na mesma linha, o distanciamento social emerge como uma das mais importantes estratégias de combate à propagação do vírus e à contaminação em massa, que levaria ao colapso do sistema de saúde de países em todos os continentes, independente de sua condição econômica ou populacional³.

Uma das características do novo coronavírus (COVID-19), recai justo pela sua alta taxa de transmissibilidade, uma vez que, desde a sua descoberta até a declaração de pandemia, passaram-se tão somente três meses. Por outro lado, o número de pessoas que irão desenvolver formas mais graves da doença é significativamente baixo em relação ao número de contaminados^{4 5 6}, porém, altíssimo em relação à capacidade dos sistemas de saúde no mundo todo.

É neste contexto que surge a necessidade premente do distanciamento social, que tem como principal característica o de ser uma forma de combate ao vírus que beneficia um número muito pequeno de pessoas em relação àquele que decide adotar esta medida e pagar o preço por ela.⁷

As consequências econômicas geradas por políticas de distanciamento social são de conhecimento público, e esta análise de custo x benefício tem levado vários cientistas sociais, juristas, psicólogos a se questionarem se esta matemática perniciosa poderia determinar uma derrocada dos valores civilizatórios alcançados até então, ou se constituiria numa oportunidade de repactuar o contrato social entre as diversas sociedades ao redor do globo.

Drury, Cocking e Reicher (2009), no episódio conhecido como atentado ao metrô de Londres em 2005, trazem importante luz a esta discussão, destacando que,

³ A relevância do distanciamento social no ocidente, a despeito do já posto em prática na China, Coréia do Sul, dentre outros, vem do importante estudo realizado pelo *Imperial College of London* e seu modelo que previu que a ausência de uma política de isolamento poderia levar a 510 mil mortes somente no Reino Unido, o que acabou determinando a mudança da política adotada naquele país e vários outros na Europa e Americas: <https://www.imperial.ac.uk/mrc-global-infectious-disease-analysis>

⁴ Segundo os números analisados pelo site *worldometers* desde o início da pandemia, aproximadamente 3% das pessoas contaminadas, em média, ao redor do mundo, desenvolveram quadros graves da doença.(ver www.worldometers.info/coronavirus)

⁵ Sobre as características completas do vírus COVID-19, recomendamos a leitura do artigo – *Coronavírus disease 2019: What we know?* – HE, Feng, indicado na bibliografia, que trata da biologia, patologia, características clínicas dos doentes, tratamento, dentre outros.

⁶ Sobre o tempo médio de internação de um paciente no sistema de saúde GUAN, W- *Clinical characteristics of coronavirus disease 2019 in China* – indicado na bibliografia.

⁷ As consequências econômicas das políticas de distanciamento social foram analisadas por Barrot et al. em *Sectoral effects of social distancing no mês de março deste ano e prevê que seis semanas de implementação destas políticas na França, poderiam levar a uma queda de 5.6% do PIB do país no ano.*

uma vez que aquele evento, ou eventos daquela natureza, podem atingir “a todos” e de forma “indistinta”, acaba por fazer emergir um senso de identidade que determina o florescimento da cumplicidade necessária para lidar com situações como a que estamos vivendo.

Por outro lado, conforme estimado por Kissler *et al.* (2020), em estudo publicado em março passado, não havendo uma forma de prevenção ou tratamento da doença respiratória associada a COVID-19, medidas intermitentes de isolamento social serão necessárias e poderão se estender até 2022, com o objetivo de reduzir o número de contaminações e por consequência o estrangulamento dos sistemas de saúdes dos países mais afetados.

Diante deste cenário, o presente trabalho irá investigar o problema que envolve o *compliance* por parte de um contingente massivo de indivíduos às políticas de distanciamento social no longo prazo, e como a ciência comportamental poderia auxiliar na construção de políticas públicas de incentivos a adesão e permanência, por parte do cidadão.

Assim, será descrito, na primeira parte do trabalho, os dois principais tipos de distanciamento social implementados nos últimos 6 meses de disseminação do vírus pelo planeta, notadamente o vertical e o horizontal, bem como, iremos analisar a imunidade de rebanho como consequência do distanciamento vertical, e o *lockdown* como uma forma mais restrita de distanciamento horizontal.⁸

Conhecidas as estratégias de distanciamento social mais adotadas, será analisado o problema central deste trabalho, que diz respeito ao *compliance* às regras de distanciamento social determinadas por autoridades de saúde e Governos, no longo prazo, e seus desafios.

A abordagem comportamental ao problema da adesão às políticas de distanciamento social será analisada em duas etapas na segunda parte deste trabalho. Inicialmente, apresentamos o conceito e a forma de atuação de dois dos principais vieses associados à percepção de risco dos agentes, considerando que será esta percepção de risco que determinará o *compliance*, ou não, às regras de distanciamento social.

⁸ Há outras formas de redução da propagação do vírus, conhecidas por isolamento e quarentena, ambos para pacientes diagnosticados, assintomáticos ou não, e que não serão analisados neste trabalho.

Por fim, com base na revisão da literatura produzida em profusão sobre o tema desde o início da pandemia, serão propostas algumas estratégias que se mostraram consistentes na promoção da cooperação social em massa, ou que, com base nas evidências coletadas pelos experimentos desenvolvidos pela ciência comportamental, tenham potencial de comprometer o maior número possível de cidadãos dentro de uma comunidade.

Importante referir, e seria irresponsável neste momento não o fazer, que todas as conclusões e constatações apresentadas neste trabalho ainda são superficiais, e que há, na abordagem da ciência comportamental, uma miríade de pesquisas em campo neste momento e que trarão nos próximos meses *insights* cada vez mais relevantes para tratamento do tema proposto.

1 A crise sanitária da Covid-19

Segundo dados apresentados pela OMS ⁹, a epidemia de uma síndrome respiratória aguda que teve início em 12 de dezembro de 2019 na cidade de Wuhan, região de Hubei, na China, espalhou-se rapidamente pelo mundo, tendo sido contabilizados 118.000 casos da doença em 114 países ao redor do planeta, quando em 11/03/2020 a agência mundial de saúde caracterizou, o que era antes apenas uma epidemia, em pandemia ante à escala global atingida.¹⁰

Ao tempo da declaração de pandemia pela OMS, já eram conhecidas e amplamente divulgadas as principais medidas de combate ao vírus, à míngua de uma vacina que trouxesse a imunização dos seres humanos ou de um tratamento efetivo contra os efeitos da doença, especialmente nos casos mais graves.

Lavar as mãos constantemente, utilização de álcool em gel para limpeza e esterilização de produtos, uso de máscara facial e o distanciamento social se transformaram em mantras nos quatro cantos do planeta. Medidas estas que determinam mudanças radicais de comportamento¹¹.

⁹ <http://who.int>

¹⁰ https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812

¹¹ Bavel et al. 2020, destacam na parte introdutória do seu trabalho o caráter iminentemente comportamental das medidas iniciais adotadas para o combate da COVID-19 e a importância da ciência comportamental na adoção destas medidas.

É na esteira do cunho eminentemente comportamental do combate ao coronavírus, que o conhecimento dos processos cognitivos envolvidos diretamente na tomada de decisões sob incerteza ganha destaque.

Ainda, dentro do vasto campo de atuação da ciência comportamental, a percepção de risco tem papel importantíssimo no processo de decisão dos agentes em adotar ou não certas medidas impostas por autoridades de saúde e governamentais, tais como o distanciamento social¹².

1.1 As estratégias de distanciamento social

Todas as medidas descritas acima, ao menos enquanto não existir vacina ou tratamento aos efeitos causados pela contaminação por covid-19, deverão fazer parte da nossa rotina e quem sabe, ser parte integrante das nossas vidas num mundo pós-pandemia. Hábitos de higiene, principalmente, como lavar as mãos constantemente, usar máscara facial e utilizar álcool em gel, podem se incorporar ao nosso cotidiano como um dia, escovar os dentes, utilizar roupa íntima e tomar banho regularmente acabaram se incorporando, curiosamente, muitos deles motivados por doenças epidêmicas e até mesmo pandêmicas¹³.

Por outro lado, a implementação do distanciamento social - adotado por mais de 96% dos países analisados, sendo 83% na forma horizontal ou lockdown e 13% vertical¹⁴ - é sem dúvida um dos maiores desafios no que se refere à sua adoção e permanência, uma vez que os seres humanos são seres sociais e necessitam de interação permanente para aprimoramento desta condição¹⁵.

Briscese *et al.* (2020), publicaram interessante estudo realizado na Itália em meio ao *lockdown* vivido naquele país, entrevistando 894 residentes, e chegaram à conclusão de que a maior ou menor adesão às políticas de autoisolamento estão diretamente relacionadas com a expectativa dos indivíduos quanto ao tempo de sua

¹² Op.cit. supra. p. 2

¹³ Sobre o efeito e consequências das epidemias e pandemias na história da humanidade recomendamos *Biology of Plagues – Evidence from historical populations*, Susan Scott & Christopher J. Duncan, Cambridge University Press, New York, 2003. Destacamos o capítulo 4 que trata da *the great pestilence*, ocorrida na Europa em 1347, que embora tivesse maior letalidade que aquela experimentada hoje, determinou mudanças significativas de comportamento da população à época.

¹⁴ <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/05/18/83percent-dos-principais-paises-afetados-pelo-coronavirus-adotaram-lockdown-aponta-levantamento.ghtml>

¹⁵ Aristóteles – Política; tradução Roberto Leal Ferreira, 3ª Edição – São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.4-5

duração e sua extensão propostas pelos governos e autoridades de saúde, o que demonstra a necessidade de controle, antes de tudo, das expectativas da população que será submetida a qualquer das estratégias de isolamento.

Não se fará nesta oportunidade uma discussão sobre as estratégias em si, pois não é objeto deste trabalho, cabendo exclusivamente apresentá-las para ressaltar ao leitor quanto ao seu caráter comportamental e que servirá para o cumprimento dos objetivos propostos para este estudo.

Diante destes elementos, este trabalho irá destacar, sob os fundamentos da ciência comportamental, quais as melhores estratégias para atingir níveis ideais de *compliance* às regras de distanciamento social abaixo analisadas:

1.1.1 Distanciamento vertical e imunização de rebanho

Como descrito na parte introdutória deste trabalho, para fins de organização e melhor compreensão dos argumentos que serão utilizados, agrupamos a estratégia de distanciamento vertical e imunização de rebanho num grupo, enquanto o distanciamento horizontal e o *lockdown* serão analisados em outro grupo, dada a afinidade e objetivos das estratégias.

O isolamento vertical, defendido dentre outros, pelo médico David Katz, diretor do Centro de Pesquisa em Prevenção em Yale-Griffin (EUA), consiste basicamente em retirar do convívio social todos aqueles indivíduos indicados pelas autoridades de saúde como mais prováveis de desenvolver quadros mais graves da doença, que no caso da covid-19, são pessoas com mais de 60 anos de idade, pessoas com comorbidades, gestantes, pacientes portadores de doenças crônicas ou em tratamento de doenças que envolvam imunodepressores, como o câncer.

A teoria veiculada inicialmente em entrevista ao jornal New York Times, traz consigo a ideia de imunização de rebanho, que consiste em expor a maior parte da população ao contato com o vírus, no intuito de desenvolver os anticorpos necessários para reduzir drasticamente a circulação do vírus, levando à sua extinção.¹⁶

Um dos aspectos positivos desta estratégia diz respeito aos efeitos colaterais produzidos pelo isolamento, especialmente no campo econômico, haja vista que não

¹⁶ <https://www.nytimes.com/2020/03/20/opinion/coronavirus-pandemic-social-distancing.html>

há a paralização das atividades econômicas, minimizando os efeitos da crise sanitária em outros setores da vida social.

Por outro lado, o aspecto negativo associado e criticado pela maioria dos cientistas, diz respeito ao sufocamento dos sistemas de saúde, como visto na Itália, Espanha e França, bem como, a inexistência de comprovação científica da tal imunização de rebanho, pois não há certeza de que pessoas contaminadas desenvolvam anticorpos para a doença ou de quanto tempo estes anticorpos permanecem no corpo humano, dentre outros argumentos¹⁷.

1.1.2 Distanciamento horizontal e modelos de *lockdown*

Noutro lado da discussão, e contando com a adesão da maioria dos Governos e autoridades de saúde ao redor do planeta, bem como recomendado pela OMS, temos o distanciamento horizontal, que consiste basicamente em paralisar todas as atividades não essenciais e manter apenas serviços essenciais como hospitais, farmácias e supermercados em funcionamento¹⁸.

Duczmal *et al.* (2020), publicaram importante estudo, valendo-se da ferramenta matemática conhecida por *Seir epidemics (Susceptible-Exposed-Infected (symptomatic and asymptomatic)- Removed)* e analisando minuciosamente os dados do Estado de Minas Gerais, demonstrando as consequências positivas da utilização do modelo horizontal de confinamento em detrimento do vertical, segundo os autores.

Porém, aqui não há a restrição à circulação e sim, recomendação para que quem não precise sair de casa se mantenha em confinamento, sendo os níveis ideais estimados em torno de 70% da população¹⁹.

A principal função neste modelo de confinamento, é o que se chamou de achatamento da curva de contaminação²⁰, pois, uma vez que em torno de 3% das

¹⁷ Em recente estudo publicado pelo portal *The Scientist*, demonstrou que há indícios de que os anticorpos produzidos por quem está curado da COVID-19, pode durar pouco tempo no nosso organismo: <https://www.the-scientist.com/news-opinion/studies-report-rapid-loss-of-covid-19-antibodies-67650>

¹⁸ https://www.emcdda.europa.eu/drugs-library/considerations-relating-social-distancing-measures-response-covid-19-epidemic-ecdc_en

¹⁹ <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/05/23/estudo-mostra-que-isolamento-diminuiu-taxa-de-contagio-da-covid-19-em-sp-mas-indice-ainda-precisa-cair-para-conter-pandemia.ghtml>

²⁰ Neil M Ferguson, Daniel Laydon, Gemma Nedjati-Gilani et al. Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand. Imperial College of London (16-03-2020), doi: <https://doi.org/10.25561/77482>. p.7-10.

pessoas infectadas desenvolvem os quadros mais graves da doença²¹, dada a velocidade e facilidade de contaminação, mesmo percentuais baixos como estes, levariam ao colapso do sistema de saúde, como se viu em países como Itália e Espanha.

Ainda, uma forma mais severa de distanciamento social horizontal seria o *lockdown*, aqui, ao contrário da forma mais branda, onde há a recomendação para que se fique em casa, agora teremos a determinação, sendo reduzida drasticamente a circulação de veículos, pessoas e atividades econômicas, salvo aquelas essenciais, e o desrespeito a estas regras podem resultar em multas e até detenções.

A estratégia de *lockdown* foi utilizada em alguns estados do Brasil, porém foi na Itália e na Espanha que ganharam maior notoriedade pela extensão e dramaticidade que fora adotada.²²

1.2 O problema do *compliance* às regras de distanciamento social

A comprovação de que estamos diante de um desafio significativo, quando se trata do *compliance* às políticas de distanciamento social, sejam elas de qual natureza for, foram vistas ao longo dos últimos meses nos principais noticiários sobre a pandemia pelo planeta.

Enquanto prefeitos saíam às praias e ruas na Itália, pedindo para que as pessoas ficassem em casa, perto dali, em Madri, a população se organizava para uma manifestação pública que reuniu mais de 120.000 pessoas. Era o dia 08 de março, e cinco dias depois quadruplicava o número de hospitalizados na capital espanhola.²³

Mesmos problemas foram relatados aqui no Brasil e nos Estados Unidos, neste último, onde grupos armados chegaram a invadir prédios públicos em protesto contra as políticas de distanciamento social²⁴.

Afora questões ligadas à polarização política, que não interessam a este trabalho, manter as pessoas em distanciamento, mesmo que por curto prazo, importa em violar nossa natureza enquanto seres humanos, e se torna um enorme desafio

²¹ A média tem sido de 3%, porém, na data da produção deste artigo (04/06/20) este número tinha caído para 2%, conforme: <https://www.worldometers.info/coronavirus/>

²² <https://www.theguardian.com/world/2020/may/03/spain-and-italy-ease-covid-19-lockdown-but-russia-hits-daily-high>

²³ https://www.abc.es/sociedad/abci-madrid-cuadruplico-numero-hospitalizados-cinco-dias-despues-manifestacion-202003220232_noticia.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F

²⁴ <https://abcnews.go.com/US/michigan-rally-shelter-place-order-spillsuilding/story?id=70432928>.

quando se trata da possibilidade de que estas políticas tenham que perdurar até 2022.²⁵

Assim, a despeito das diversas abordagens e das múltiplas formas que a ciência comportamental poderá auxiliar Governos e autoridades de saúde mundo afora, este trabalho focará no cuidado com a percepção de risco dos indivíduos, bem como em meios de combater dois importantes vieses comportamentais, conhecidos por viés de recuperação de um evento, e viés do otimismo exagerado diante das próprias experiências, que levam os agentes a errar no cálculo dos riscos e das consequências destes no longo prazo.

Como bem referiu Gravert (2020), para enfrentarmos os diversos desafios que esta pandemia trouxe à organização do mundo como conhecíamos, será necessário um coquetel de programas e políticas públicas, envolvendo regulações, incentivos, *nudges*, para alcançarmos os objetivos perseguidos desde o início, notadamente, o menor custo humano possível.

2 Uma abordagem comportamental

Quando falamos de abordagem comportamental, estamos tratando basicamente dos avanços científicos trazidos pela ciência comportamental, ramo da psicologia, que ganhou notoriedade na economia com o nome de economia comportamental e se desenvolveu consideravelmente nos últimos 40 anos, tendo arrematado dois prêmios Nobel de economia, em 2002 para Daniel Kahnemann e em 2015 para Richard Thaler, dois dos principais nomes na área.

A ideia tem seu cerne no reconhecimento de que nossa racionalidade é limitada e que, a despeito de buscarmos sempre a melhor decisão que atenda nossos interesses, muitas vezes falhamos, e como diz Dan Ariely²⁶, muitas vezes miseravelmente.

Kaneman e Tversky (1974), enumeraram estas falhas quando descreveram o conceito de heurística, e enumeraram alguns vieses a elas associados, sendo a primeira um processo cognitivo natural e importante na condução da vida diária do ser humano, mas que traz consigo algumas armadilhas que podem nos levar a cometer erros sistemáticos contra os nossos próprios interesses.

²⁵ <https://www.hsph.harvard.edu/news/hsph-in-the-news/intermittent-social-distancing-may-be-needed-through-2022-to-manage-covid-19/>

²⁶ Autor de Predictably Irrational e um dos principais pesquisadores na área da ciência comportamental, especialmente na racionalidade limitada dos indivíduos.

Heurísticas são pensamentos automáticos, organizados pela experiência em nosso cérebro para facilitar tanto tarefas cotidianas, como decisões mais complexas. Ocorre que, em cenários de incerteza, um conjunto de falhas dos processos cognitivos próprios do ser humano, conhecidos por vieses, podem acabar interpretando fatos e eventos de forma equivocada.

Nas palavras de Kahnemann e Tversky (1974), muitas decisões, especialmente àquelas com certos níveis de incerteza, são tomadas baseadas em crenças, e são estas que guiam as pessoas no seu processo decisório, especialmente quando avaliam a probabilidade de ocorrência de determinado evento ou o valor de uma quantidade indeterminada.

Assim, vieses estarão associados às falhas destes processos heurísticos, que pela automatização e associação equivocada produzidas por estas falhas cognitivas naturais do ser humano, nos induzem a decisões equivocadas e muitas vezes contrárias aos nossos interesses.

Será justamente dentro deste ambiente de incerteza trazido por uma pandemia, que teremos os principais ingredientes associados aos estudos da ciência comportamental e de onde iremos tirar as estratégias que serão sugeridas ao final deste trabalho.

2.1 O problema da percepção de risco e os principais vieses associados ao *compliance* às regras de distanciamento social

Slovic (1987), conduziu uma das mais significativas pesquisas sobre a percepção de riscos por parte das pessoas, destacando o papel principal da experiência, da ocorrência ou ainda do conhecimento de um risco, como determinantes na percepção deste pelos agentes e principalmente na adoção de comportamentos que os evitem.

Neste diapasão, a passagem de mais de três meses desde a declaração da pandemia pela OMS, poderia ter efeitos negativos quanto à adoção das medidas de distanciamento social, dada a baixa recorrência de doentes ou infectados dentre a maioria das pessoas.

Tomando a realidade Brasileira como exemplo, dois fatores competem para este problema de percepção de risco dos agentes: O primeiro diz respeito à baixa testagem, de acordo com a OMS, o Brasil está entre os países que menos testa por 100 mil

habitantes no mundo²⁷. O segundo fator, diz respeito ao número de contaminados confirmados em razão da subtestagem, que pelo final do mês de junho de 2020 é estimado, no Brasil, em 1.106.470 indivíduos²⁸, o que representa algo em torno de 0,5% da população brasileira.

Afora as peculiaridades do caso brasileiro, em geral, o número de pessoas infectadas que desenvolveram quadros mais graves da doença acaba sendo baixo em relação ao número total da população na maior parte dos países. Porém, se associados aos mecanismos que comandam em nosso cérebro a percepção de risco, ambos os vieses que analisaremos abaixo, podem nos conduzir a sérios erros no processo decisório de manutenção ou não dos níveis de distanciamento social no longo prazo.

Lunn *et al.* (2020), ao tratar da percepção de risco pelos agentes, destacam que este pode ser facilmente viesado, e, muitas vezes, a utilização de linguagem emotiva pode acabar por potencializar estes vieses nos indivíduos.

2.1.1 O viés de recuperação de um evento (Biases due to the retrievability of instances)

Como destacado acima, o problema relacionado a uma heurística, não é propriamente a heurística em si, mas os vieses associados a ela. No que interessa a este trabalho, destacamos o viés de recuperação de um evento (Biases due to the retrievability of instances) (Kanehman e Tversky, 1974).

Deixando novamente que o exemplo descreva o conceito, os autores analisaram eventos de incêndios residenciais e sua correlação com a contratação de seguros residenciais, o que se demonstrou ser muito mais fácil vender um seguro em vizinhanças que tiveram na sua experiência próxima um evento desta natureza.

Diante de uma decisão de manter ou não o distanciamento social, a percepção de risco por parte dos agentes tem papel fundamental no processo decisório, como bem demonstrado por Wise *et al.* (2020), que acompanhou um grupo de 1591 indivíduos ao longo da primeira semana da pandemia.

²⁷Em 26/06/2020 segundo o site worldmeters (www.worldmeters.info), o Brasil estava com 11.436 pessoas por 1 milhão de habitantes, o que o coloca na 5ª pior posição entre os países com mais de 10 mil casos confirmados.

²⁸Números tirado do mesmo site acima em 26/06/2020.

Uma das principais conclusões obtidas pelos autores, diz respeito ao fato de que quanto maior o risco percebido pelas pessoas de se contaminarem e sofrerem as consequências desta contaminação, maior o engajamento destas nas políticas de prevenção.

Ocorre que, num ambiente de baixa recorrência de quadros mais graves da doença em relação ao número total da população, temos um elemento potencializador do viés de recuperação de um evento, uma vez que no processo de decisão dos agentes em manter ou não o distanciamento social, eles irão recorrer às informações próximas, e não as localizando, poderão decidir, dado o viés cognitivo destacado, pela não adoção da política pública no longo prazo.

Observa-se que, se por um lado, como bem destacou Bavel *et al.* (2020), incutir o medo nos indivíduos, como a estratégia de reportar os casos de morte e não de recuperados, pela imprensa, pode ter efeito imediato, por outro lado, o sucesso do isolamento e a baixa incidência da doença dentre as pessoas, poderá levar a questionamentos do modelo no longo prazo²⁹.

2.1.2 O viés do Otimismo (*optimism bias*)

Outro viés importante para a análise do *compliance* às medidas de distanciamento social no longo prazo, e diretamente correlacionado ao tópico anterior, é o viés do otimismo (*Optimism Bias*), que consiste basicamente numa confiança exagerada em que algo positivo irá ocorrer (ganhar na loteria), em contraposição com a subestimação de algo negativo (ser atropelado num passeio de domingo), independente de que a probabilidade do segundo seja muitas vezes superior de ocorrer do que a do primeiro evento.³⁰

Se considerarmos a realidade observada ao longo desta pandemia, que determina que apenas um pequeno grupo de pessoas terá contato direto e real com as ocorrências mais graves da doença, dificultando a recuperação do evento pelos agentes, e, se adicionarmos o viés do otimismo, onde os agentes subestimam eventos ruins (desenvolver um quadro mais grave da doença) em detrimento de uma

²⁹ Em Centro Europeu para prevenção e controle de doenças, Considerations relating to social distancing measures in response to the COVID-19 epidemic. p. 5.

³⁰ Sobre o viés do otimismo, ver Tali Sharot in The Optimism Bias, Current Biology, vol. 21, 23/12/2011, pags. 941 – 945.

superestimação de eventos positivos (não contrair o vírus), o *compliance* às políticas de distanciamento social de longo prazo fica seriamente ameaçado.

Neste diapasão, a Organização das Nações Unidas (ONU) publicou em seu site em 07/05/2020 ³¹ uma série de orientações de como lidar com os vieses de comportamento diante da COVID-19, destacando o viés do otimismo, que será potencializado especialmente entre aqueles que não possuem casos reportados nas suas comunidades.

No trabalho acima descrito, Wise et al. (2020), chegaram a uma segunda conclusão às entrevistas realizadas, onde *embora a maioria dos indivíduos esteja consciente do risco causado pela pandemia, em certa medida, subestima normalmente o seu risco pessoal em relação ao de outros, um exemplo do viés de otimismo*³².

Na mesma linha, Gravert (2020), escreveu importante matéria para o renomado portal *behavioral scientist* em 18 de maio deste ano, destacando o problema de campanhas ou políticas que se focam em emoções, especialmente quando se busca resultados de longo prazo.

Identificados dois dos vieses relevantes para o processo de decisão de *compliance*, por parte dos agentes às políticas de distanciamento social no longo prazo, cabe na parte final do trabalho, indicar algumas estratégias que podem auxiliar as autoridades de saúde e Governos na implementação de suas políticas.

2.2 Algumas estratégias consistentes para promover a cooperação, sob a ótica da ciência comportamental, ao distanciamento social na COVID-19

Promover um *compliance* duradouro, mesmo com a abertura gradativa da economia, em torno da ideia do máximo distanciamento social possível enquanto não houver uma vacina ou um medicamento efetivo para tratamento da doença, no intuito de distribuir as novas infecções ao longo do tempo, é o desafio posto diante da realidade que se impôs pela COVID-19.

³¹ <https://www.undp.org/content/undp/en/home/stories/using-behavioural-insights-to-respond-to-covid-19-.html>

³² Tradução livre do original: *...although most individuals are aware of the risk caused by the pandemic, to some extent they usually underestimate their personal risk in relation to others, an example of optimistic bias.* p.9

O primeiro problema destacado diz respeito à percepção de risco pelos agentes, notadamente por estar diretamente ligado à capacidade dos indivíduos em recuperar um evento negativo diante da realidade epidêmica da pandemia por COVID-19.

Trazendo novamente o trabalho de Wise *et al.* (2020), destacam os autores a importância em manter níveis elevados de percepção de riscos pelos agentes como fundamental para o engajamento em comportamentos protetivos, sendo indicada uma comunicação clara e precisa sobre os riscos reais envolvidos como fundamentais para o sucesso destas políticas.³³

Bavel *et al.* (2020), destaca que, na informação referente a necessidade de adoção de um comportamento, realizada pelos agentes públicos, esta deverá ser objetiva quanto à eficácia desta medida, pois, apelar para o medo sem demonstrar uma saída determina que os agentes ignorem a informação³⁴.

Neste mesmo diapasão, e no caso específico do distanciamento social de longo prazo, Briscese *et al.* (2020), chegaram a uma importante conclusão numa pesquisa envolvendo 894 indivíduos, constatando que a maximização do resultado do isolamento virá, quando as autoridades públicas mantiverem um controle permanente das expectativas das pessoas quanto ao período de isolamento necessário, pois agentes que tiveram maior *compliance* num primeiro momento, quando suas expectativas de tempo de duração foram frustradas, tenderam a desrespeitar tais regras num segundo momento.³⁵

Por outro lado, uma forma de correção do viés do otimismo, como destacado por Bonnel *et al.* (2020), é a utilização massiva de campanhas que destaquem a importância da proteção dos outros, reforçando os vínculos sociais e o orgulho de fazer parte destes, com depoimentos de pessoas dos grupos de risco, oportunidade em que se estressa o sentimento de grupo em detrimento do individual.³⁶

Outro aspecto destacado por Bonnel *et al.* (2020), citando Hogg, M.A. (2010), Kreuter M. W. (2004) e Dench, G. (2006), determina que estas mensagens que aflorem o sentimento de grupo e de pertencimento, tão importantes para um *compliance* de longo prazo, devem vir de pessoas que tenham a confiança de um grupo, ou dirigidas

³³ Op. cit. supra. p.9

³⁴ Op. cit supra. p.2

³⁵ Op. cit supra. p.14

³⁶ Citado no artigo de Bonell et. al. 2020, Drury J, Carter H, Cocking C, et al. Facilitating collective resilience in the public in emergencies: twelve recommendations based on the social identity approach. *Front Public Health* 2019; 7:141. e, Chaudhuri A, Sustaining cooperation in laboratory public goods experiments: a selective survey of the literature. *Exp Econ* 2011; 14:47–83.

para um subgrupo específico, valorizando sua linguagem e traços característicos, como sexo, idade ou identidade cultural.

Ainda, evidenciar mais os aspectos positivos, dando maior publicidade às pessoas que cumprem as regras de distanciamento, do que aquelas que descumprem, pois as pessoas tendem a intensificar seus esforços de cooperação, quando percebem que outros estão cooperando³⁷.

Ambas as proposições acima são confirmadas por Bavel *et al.* (2020), onde destaca que um número significativo de pesquisas já demonstraram que pessoas são altamente reativas às escolhas dos outros, teoria proposta por Richard Thaler e Cass Sunstein, em sua “*choice architecture*”, o que evidencia a importância das normas sociais no mecanismo de decisão dos agentes no seu processo de escolha.³⁸

Conclusão

Diante da vasta e atualizada bibliografia analisada neste trabalho, em conjunto com a teoria clássica da ciência comportamental, restou claro que governos e autoridades de saúde, que pretendam ter sucesso na manutenção de políticas de distanciamento social no longo prazo deverão ter os seguintes cuidados:

1. Formular políticas claras de distanciamento social, informando de forma precisa (e alterando, quando necessário, da mesma forma) o tempo do distanciamento e os resultados deste distanciamento.
2. Manter a percepção de risco dos agentes sempre elevada, através de dados estatísticos e comunicação constante e unívoca sobre a importância do distanciamento social, estressando os resultados positivos obtidos.
3. Nesta comunicação, exacerbar a noção de grupo, de sociedade e principalmente de que estamos todos juntos nesta batalha, destacando comportamentos positivos do grupo, mais do que os negativos.
4. Utilizar para a comunicação, as pessoas mais fragilizadas (idosos) que transmitam a ideia de preservação do grupo ao invés de individual.
5. Para os grupos mais jovens, a comunicação feita por youtubers e influenciadores digitais tendem a apresentar melhor resultado.
6. Quando esta comunicação for feita por um líder, como Governador, Prefeito ou Presidente, pesquisas apontam que as pessoas tendem a preferir àqueles que cultivam senso de coletividade – nós estamos todos juntos nessa.

³⁷ Fischbacher, U., Gächter, S. & Fehr, E. Are people conditionally cooperative? evidence from a public goods experiment., 2001. p.401

³⁸ Op. cit. supra. p. 4.

Bibliografia

ARISTÓTELES – Política; tradução Roberto Leal Ferreira, 3ª Edição – São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.4-5.

BARROT, Jean Noël, Grassi, Basile e Sauvagnat Julien, Sectoral effects of social distancing, março de 2020 em: [http://www.igier.unibocconi.it/files/BGS_WP_20200404_\(1\).pdf](http://www.igier.unibocconi.it/files/BGS_WP_20200404_(1).pdf), último acesso em 22/06/2020.

BAVEL, Jay J. Van e outros, Using social Behavioural science to support COVID-19 pandemic response, Nature Human Behavior, 30-04-2020. <https://doi.org/10.1038/s41562-020-0884-z>. último acesso em 26/06/2020.

BONELL, Chris, Michie, Susan, Reicher, Stephen, West, Robert, Bear, Laura, Yardley, Lucy, Curtis, Val, Amlôt, Richard, Rubin, G.J, Harnessing behavioural science in public health campaigns to maintain ‘social distancing’ in response to the COVID-19 pandemic: key principles, Epidemiol Community Health, Maio, 2020.

BRISCESE, Guglielmo, Lacetera, Nicola, Macis, Mario e Tonin, Mirco, Compliance with Covid-19 Social-Distancing Measures in Italy: The Role of Expectations and Duration – NBER Working Paper 26916, 2020.

DENCH, G, Gavron K, Young M. The new east end: kinship, race and conflict. London: Profile Books, 2006.

DRURY, John, Cocking, Christopher e Reicher, Steve, The Nature of Collective Resilience: Survivor Reactions to the 2005 London Bombings, International Journal of Mass Emergencies and Disasters - March 2009, Vol. 27, No. 1, pp. 66–95.

DUCZMAL, Luiz Henrique, e outros, Vertical social distancing policy is ineffective to contain the COVID-19 pandemic, Cadernos de Saúde Pública, 2020; 36(5). p.7 <https://www.scielo.br/pdf/csp/v36n5/1678-4464-csp-36-05-e00084420.pdf> último acesso em 26/06/2020.

EUROPIAN CENTRE FOR DISEASE PREVENTION AND CONTROL - Considerations relating to social distancing measures in response to the COVID-19 epidemic, 2020: https://www.emcdda.europa.eu/drugs-library/considerations-relating-social-distancing-measures-response-covid-19-epidemic-ecdc_en

FERGUSON, Neil M, Laydon, Daniel, Gemma Nedjati-Gilani et al. Impact of non-pharmaceutical interventions (NPIs) to reduce COVID-19 mortality and healthcare demand. Imperial College London (16-03-2020), doi: <https://doi.org/10.25561/77482>. p.7-10.

FISCHBACHER, U., Gächter, S. & Fehr, E. Are people conditionally cooperative? evidence from a public goods experiment. Elsevier, Economics Letters 71 (2001) 397–404.

GRAVERT, Christina, Why Triggering Emotions Won't Lead to Lasting Behavior Change, Behavioral Scientist, 2020: <https://behavioralscientist.org/why-triggering-emotions-wont-lead-to-lasting-behavior-change/>. último acesso em 26/06/2020.

GUAN, W-J, Ni Z-Y, Hu Y, et al. Clinical characteristics of coronavirus disease 2019 in China. N Engl J Med, 382;18, 2020; 19: p. 10.

HE, Feng, Deng, Yu e Li, Weyna, Coronavirus disease 2019: What we know?, Journal of Medical Virology, Wiley online library, 2020;92:719–725: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/jmv.25766>, último acesso em 22/06/2020.

HOGG, M.A. Influence and leadership. In: Fiske ST, Gilbert DT, Lindzey G, eds. Handbook of social psychology. John Wiley & Sons Inc, 2010: 1166–207.

IMPERIAL COLLEGE OF LONDON: <https://www.imperial.ac.uk/mrc-global-infectious-disease-analysis>

KAHNEMAN, Daniel e Tversky, Amos. Judgment under Uncertainty: heuristics and biases. Science, vol. 185, 1124-1131, 1974.

KISSLER, Stephen, Tedijanto, Christine, Lipsitch, Marc, Grad, Yonatan H., Social distancing strategies for curbing the COVID-19 epidemic, 2020: <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/42638988/Social%20distancing%20strategies%20for%20curbing%20the%20COVID19%20epidemic.pdf?sequence=1&isAllowed=y> último acesso em 25/06/2020.

KREUTER, M.W, McClure SM. The role of culture in health communication. Ann Rev Public Health Report. 2004; 25:439–55.

LUNN, Pete, et al., Using behavioral science to help fight the coronavirus, working paper n° 656, ESRI, 2020: p.13-15, último acesso em 26/06/2020. https://www.esri.ie/system/files/publications/WP656_o.pdf.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

THE SCIENTIST: <https://www.the-scientist.com/news-opinion/studies-report-rapid-loss-of-covid-19-antibodies-67650>

SCOTT, Susan & Duncan Christopher J, Biology of Plagues: Evidence from Historical Populations, Cambridge University Press, New York, 2001. p.81 a 88.

SLOVIC, Paul, Perception of Risk. Science 236, 280 – 285, 1987.p.281

SHAROT, Tali The Optimism Bias, Current Biology, vol. 21, 23/12/2011, p. 941 – 945.

SUNSTEIN, Cass, The Meaning of Masks, 08/04/2020: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3571428

WORLDMETERS: <https://www.worldometers.info/coronavirus/>.

ZHOU F. et al. Clinical course and risk factors for mortality of adult inpatients with COVID-19 in Wuhan, China: a retrospective cohort study. *Lancet* 395, 1054-1062(2020).

3. O ESTREITAMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE EM TEMPOS DE CRISE: UMA ANÁLISE DO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DA PANDEMIA DE COVID-19

*THE NARROWING OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PRIVACY IN
TIMES OF CRISIS: AN ANALYSIS OF THE BRAZILIAN LEGAL SCENARIO IN
THE LIGHT OF THE PANDEMIC OF COVID-19*



<https://doi.org/10.36592/9786587424149-3>

Raquel Vieira Paniz¹

Resumo

Este artigo tem por escopo examinar o estreitamento do direito fundamental à privacidade em tempos de crise, tendo como pano de fundo o cenário jurídico brasileiro originado pela pandemia de COVID-19. Elaborado mediante o emprego de raciocínio indutivo, abordagem descritiva e levantamento bibliográfico, o ensaio aborda a acepção contemporânea do direito à privacidade, os limites aos limites do direito fundamental à privacidade em tempos de crise e o entendimento esboçado pelo Supremo Tribunal Federal quando do referendo à medida cautelar deferida para suspender a eficácia da Medida Provisória n.º 954/2020. Ao final, o trabalho pretende demonstrar que o interesse público despertado pelo advento de tempos de crise pode ensejar a limitação do direito fundamental à privacidade, desde que haja uma justificativa constitucional concatenada com a preservação do seu núcleo essencial e com o respeito às exigências dos princípios da proporcionalidade e da proibição de retrocesso.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Privacidade. Proteção de dados pessoais. COVID-19.

¹ Mestranda em Direito, na área de concentração Teoria Geral da Jurisdição e Processo, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), sob a orientação do Prof. Dr. Gustavo Osna. Advogada. Endereço eletrônico: raquelpaniz@gmail.com.

Abstract

This paper aims to examine the narrowing of the fundamental right to privacy in times of crisis, against the backdrop of the Brazilian legal scenario originated by the pandemic of COVID-19. Elaborated through the use of inductive reasoning, descriptive approach and bibliographic survey, the essay addresses the contemporary meaning of the right to privacy, the limits to the limits of the fundamental right to privacy in times of crisis and the understanding outlined by the Brazilian Federal Supreme Court when judging the referendum on the measure injunction granted to suspend the effectiveness of Provisional Measure n.º 954/2020. In the end, the article intends to demonstrate that the public interest aroused by the advent of times of crisis may give rise to the limitation of the fundamental right to privacy, as long as there is a constitutional justification concatenated with the preservation of its essential nucleus and with respect to the requirements of the principles of proportionality and prohibition of social regression.

Keywords: Fundamental rights. Privacy. Protection of personal data. COVID-19.

1 Notas Introdutórias

A crise sanitária deflagrada mundialmente em razão da pandemia de COVID-19 fez despontar a discussão acerca da possibilidade e dos limites de estreitamento do direito fundamental à privacidade, tendo em vista as modernas tecnologias de que a sociedade de informação contemporânea pode dispor para tentar controlar a propagação do vírus. Afinal, consoante afirma Antonio Enrique Pérez Luño (1996, p. 43), a informação converteu-se em poder a partir do momento em que a informática permitiu transformar informações parciais e dispersas em informações em massa e organizadas.

Nesse contexto, a presente pesquisa teórica, elaborada mediante o emprego de raciocínio indutivo, abordagem descritiva e levantamento bibliográfico, tem como objetivo averiguar, à luz do cenário jurídico brasileiro originado pela pandemia de COVID-19, a viabilidade de se adotar medida restritiva ao direito fundamental à privacidade em tempos de crise, bem como examinar a quais limites essa medida deveria se submeter para ser considerada justificada.

Com esse escopo, então, parte-se da análise da acepção contemporânea do direito à privacidade, com vistas a demonstrar o caminho percorrido até a sua necessária funcionalização – manifestada, sobretudo, por meio da proteção de dados pessoais.

Na sequência, buscar-se-á delimitar os limites aos limites do direito fundamental à privacidade em tempo de crise, enfatizando a necessária aplicação dos princípios da proporcionalidade e da proibição do retrocesso – assim como, por conseguinte, dos princípios norteadores das atividades de tratamento de dados pessoais.

Por fim, destacar-se-á o entendimento esboçado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) quando do referendo à medida cautelar deferida para suspender a eficácia da Medida Provisória n.º 954/2020, que dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para fins de produção estatística oficial durante a crise sanitária provocada pela pandemia de COVID-19.

2 A acepção contemporânea do direito à privacidade

A consolidação da sociedade de informação contemporânea², caracterizada pela disseminação exacerbada das Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs), trouxe consigo uma crescente preocupação em relação à tutela da privacidade – em que pese a ideia de privacidade em si, vale dizer, não seja recente, podendo ser identificada, ainda que com feições distintas, em outras épocas e sociedades³. Nesse diapasão, tornou-se salutar para o jurista redefinir os contornos do direito à privacidade à luz das condicionantes econômicas, políticas e sociais que

² Sobre o conceito de sociedade de informação, ver LYON, David. “From ‘post-industrialism’ to ‘information society’: a new social transformation?”. *Sociology*, v. 20, n. 4, p. 577–588, 1986.

³ Ao reconhecer que os fenômenos que se relacionam com a privacidade não são, de forma alguma, uma novidade para o Direito, Danilo Doneda destaca que “alguns estudiosos já encontraram presentes em sociedades antigas, na Grécia e China antigas, assim como em tribos hebraicas ou em sociedades iliteratas; o assunto parece ter de alguma forma ocupado os sistemas jurídicos da China antiga ou da Grécia clássica; aparece em uma manifestação mais ‘recente’ e de evidência mais concreta, que é o *Justices of the Peace Act*, de 1361, marco do início da *privacy* no Reino Unido e que procura banir algumas práticas de intromissão em assuntos alheios (*Peeping Toms* e *eavesdropping*)” (DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Renovar: Rio de Janeiro, 2006, p. 125).

hodiernamente lhe são impostas, de forma a garantir a sua eficácia como direito fundamental.

O marco inicial da acepção contemporânea do direito à privacidade é comumente vinculado à publicação do clássico artigo *The Right to Privacy*, escrito pelos então advogados Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis no final do século XIX. Partindo da premissa de que as inovações no tecido social demandavam a tomada de um próximo passo em direção à garantia daquilo que o magistrado Thomas McIntyre Cooley havia chamado de direito a ser deixado só (*right to be let alone*)⁴, o texto revelou-se paradigmático na medida em que, à luz de precedentes da tradição do *common law*, desvinculou a proteção da privacidade do direito de propriedade, associando-a à inviolabilidade da personalidade (*inviolable personality*)⁵. Conforme aponta Danilo Doneda (2006, p. 137), essa evocação a um direito de natureza pessoal evidenciou, com as necessárias ressalvas que devem ser feitas ao se tratar de um sistema jurídico de fundamentação diametralmente oposta à da *civil law*, o deslocamento do eixo de gravitação do ordenamento jurídico para a proteção da pessoa humana, fenômeno que se mostrou determinante para a proteção da privacidade no século seguinte.

Com efeito, a transição⁶ do modelo de Estado Liberal de Direito dos séculos XVIII e XIX, de matriz privatística, para o de Estado Social e Democrático de Direito

⁴ The right to one's person may be said to be a right of complete immunity: to be let alone. The corresponding duty is, not to inflict an injury, and not, within such proximity as might render it successful, to attempt the infliction of an injury. In this particular the duty goes beyond what is required in most cases; for usually an unexecuted purpose or an unsuccessful attempt is not noticed. But the attempt to commit a battery involves many elements of injury not always present in breaches of duty; it involves usually an insult, a putting in fear, a sudden call upon the energies for prompt and effectual resistance. There is very likely a shock to the nerves, and the peace and quiet of the individual is disturbed for a period of greater or less duration. There is consequently abundant reason in support of the rule of law which makes the assault a legal wrong, even though no battery takes place. Indeed, in this case the law goes still further and makes the attempted blow a criminal offense also" (COOLEY, Thomas McIntyre. **A treatise on the law of torts**: or the wrongs which arise independent of contract. Chicago: Callaghan and company, 1879, p. 29).

⁵ The principle which protects personal writings and all other personal productions, not against theft and physical appropriation, but against publication in any form, is in reality not the principle of private property, but that of an inviolable personality" (WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy, **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, p. 205, 1890).

⁶ Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "as transformações na estrutura de poder introduzidas na Pós-Modernidade, notadamente a partir do Segundo Pós-Guerra, graças a extraordinárias mutações, impulsionadas pela Revolução das Comunicações, que vieram renovar e reforçar a sociedade enquanto instituição, levaram a se repensar o próprio Estado: com sua soberania, relativizada no contexto internacional; com a sua inconstabilidade, questionada no plano dos valores; e com a indisputabilidade ético-jurídica de suas normas, abandonada como ficção imprestável. Assim, o Estado, tal como se concebera na Era Moderna, perderia seu mitológico legado hobbesiano, para vir a ser entendido apenas como um meio e não como um fim em si mesmo; jamais um intransigente tutor de sociedades dóceis e inermes, disponíveis ao nudo dos governantes, mas, ao revés, um instrumento

do século XX, de natureza eminentemente publicística, repercutiu na concepção que até então se tinha da privacidade enquanto direito fundamental. Ocorre que, em 1958 – posteriormente à promulgação da Lei Fundamental de Bonn, portanto –, a Corte Federal Constitucional da Alemanha proferiu a paradigmática e multicitada decisão do caso *Lüth*, na qual consignou, conforme bem assinala Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 149), que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, constituindo, também, valores de natureza jurídico-objetiva e fins diretivos da ação positiva dos órgãos legislativos, judiciários e executivos. Nesse sentido, o direito à privacidade, que antes se voltava apenas ao reconhecimento de uma posição estática e absenteeísta do Estado⁷, consistindo no direito do titular de retrair aspectos de sua vida do domínio público (BIONI, 2019, p. 95), passou a abarcar uma dimensão objetiva, atribuindo ao Estado um dever de proteção contra intervenções de terceiros, bem como de garantia das condições constitutivas da fruição da vida privada (SARLET; MARINONI; MITIDIÉRO, 2019, p. 492).

Já concebido em suas dimensões subjetiva e objetiva, o direito fundamental à privacidade sofreu, ainda no século XX⁸, mais uma importante mutação em seu alcance e conteúdo, decorrente, em grande medida, do processamento massivo de informações viabilizado pelo avanço das TICs. Sucede que, com o advento da sociedade de informação, os dados pessoais transmudaram-se em verdadeiros meios de representação da pessoa humana, ocasionando, notadamente a partir da década de 1970, uma evocação reiterada do direito à privacidade em casos relativos a informações

da vontade de sociedades conscientes, democraticamente organizadas e senhoras de seus próprios destinos” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Administrativo no século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 61).

⁷ Na doutrina pátria, tal perspectiva foi reproduzida em clássico artigo do Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, no qual define o conteúdo do direito à privacidade como “a faculdade de constranger os outros ao respeito de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites da função fiscalizadora do estado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 88, p. 440, 1993).

⁸ Nas palavras de Stefano Rodotà, vivenciou-se, nas últimas décadas, verdadeiro “processo de inexorável reinvenção da privacidade” (RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 15).

armazenadas em bancos de dados⁹, associada ao espraiamento de leis¹⁰ e tratados internacionais¹¹ específicos para a proteção de dados enquanto projeção da personalidade (DONEDA, 2006, p. 140-141). Diante desse cenário, o Tribunal Constitucional alemão reconheceu, em 1983, na paradigmática decisão proferida no julgamento da Lei do Censo (*Volkszählungsgesetz*), a existência de um direito subjetivo fundamental à autodeterminação informativa, que atribuiria aos jurisdicionados o poder de decisão acerca do levantamento, do processamento e da transmissão dos seus dados pessoais¹², em respeito à dignidade da pessoa humana e ao desenvolvimento da sua personalidade.

Nessa ordem de ideias, percebe-se que a acepção contemporânea do direito à privacidade foi construída a partir da sua necessária funcionalização – que se manifesta, sobretudo, por meio da proteção de dados pessoais –, traduzindo-se, na definição proposta por Stefano Rodotà (1995, p. 122), no “*direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada*”. Aliás, no ordenamento jurídico pátrio, outro sentido não pode ser extraído da exegese do artigo 1.º, inciso III¹³, combinado com o artigo 5.º,

⁹ Em 1979, Robert Ellis Smith destacou que “hoje, quando se fala sobre privacidade, geralmente refere-se não apenas ao direito de manter o caráter confidencial de fatos pessoais, porém ao direito de saber quais informações sobre si próprio são armazenadas e utilizadas por outros, e também o direito de manter estas informações atualizadas e verdadeiras” (SMITH, Robert Ellis. **Privacy: how to protect what's left of it**. Garden City, NY: Anchor Press, 1979, p. 11).

¹⁰ No âmbito europeu, foram editadas a Lei de Proteção de Dados do Estado alemão de Hesse (1970), a Lei de Dados da Suécia (1973), o Estatuto de Proteção de Dados do Estado alemão de Rheinland-Pfalz (1974) e a Lei Federal de Proteção de Dados da Alemanha (1977). Nos Estados Unidos, foram editados o *Fair Credit Reporting Act* (1970) e o *Privacy Act* (1974).

¹¹ No período em tela, foram estabelecidas a Convenção 108 do Conselho da Europa (1981), as Diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para a Proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais (1980) e a Diretiva Europeia 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (1995).

¹² Consoante explica Laura Schertel Ferreira Mendes, a Corte Constitucional alemã entendeu que “o processamento automático dos dados ameaçaria o poder do indivíduo em decidir por si mesmo se e como ele desejaria tornar públicos dados pessoais no sentido de que o processamento de dados possibilitaria a elaboração de um ‘quadro completo da personalidade’ por meio de ‘sistemas integrados sem que o interessado possa controlar o suficiente sua correção e aplicação’. Assim, aumentaria a influência do Estado sobre o comportamento do indivíduo, que não mais seria capaz de tomar decisões livres em virtude ‘da pressão psíquica da participação pública’. Uma sociedade, ‘na qual os cidadãos não mais são capazes de saber quem sabe o que sobre eles, quando e em que situação’, seria contrária ao direito à autodeterminação informativa, o que prejudicaria tanto a personalidade quanto o bem comum de uma sociedade democrática” (MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda*. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, n. 39, p. 188, jul./dez. 2018).

¹³ Ao discorrer acerca da relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade, Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que “é precipuamente com fundamento no reconhecimento da dignidade da pessoa na Constituição Federal de 1988, que se poderá admitir, também entre nós e apesar da omissão do Constituinte neste particular, a consagração – ainda que de modo implícito – de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa**

caput, incisos X e XII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), bem como dos comandos inseridos na legislação infraconstitucional pertinente¹⁴.

3 Os limites aos limites do direito fundamental à privacidade em tempos de crise

Assim como os demais direitos fundamentais, também o direito à privacidade não se revela ilimitado e imune a intervenções restritivas (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 492), mormente em tempos de crise – seja ela de ordem econômica, política ou, ainda, sanitária, tal como a hoje enfrentada em escala global devido à pandemia de COVID-19¹⁵ –, quando valores subjacentes aos direitos fundamentais entram em conflito com outros de igual importância (*v.g.*, liberdade e saúde pública). Isso se justifica na medida em que, consoante explica Richard Allen Posner (2006, p. 5), quanto mais numerosos ou perigosos forem os inimigos de uma nação, maior será a pressão para estreitar as liberdades civis em favor da discricionariedade executiva e da unidade de comando, a fim de permitir que o governo exerça seu poder de forma mais eficiente, ainda que menos responsável.

De qualquer sorte, mesmo em se tratando de limitação ao direito fundamental à privacidade justificada pela proteção e promoção da dignidade da pessoa humana de terceiros – seja no plano individual, seja na dimensão transindividual –, imprescindível se faz examinar como opera concretamente a restrição e quais são as suas consequências. Aliás, não é por outro motivo que se encontra consagrado, desde há muito, o reconhecimento da existência daquilo que a doutrina germânica denominou de limites dos limites (*Schranken-Schranken*), isto é, de determinadas restrições à atividade limitadora no âmbito dos direitos fundamentais, justamente com

Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 130).

¹⁴ Tais como o artigo 43 do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n.º 8.078/90), o artigo 5.º da Lei do Cadastro Positivo (Lei Federal n.º 12.414/11), o artigo 6.º da Lei de Acesso à Informação (Lei Federal n.º 12.527/11), o artigo 7.º do Marco Civil da Internet (Lei Federal n.º 12.965/14) e o artigo 2.º da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), que se encontra em *vacatio legis*.

¹⁵ A pandemia de COVID-19 foi declarada como Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 30 de janeiro de 2020, conforme se verifica da nota disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-declara-coronavirus-emergencia-de-saude-publica-internacional/>. Acesso em: 13 jun. 2020.

o objetivo de coibir eventual abuso que pudesse levar ao seu esvaziamento ou até mesmo à sua supressão (SARLET, 2019, p. 150).

Nesse sentido, em que pese sejam variáveis, de acordo com as peculiaridades de cada ordem constitucional, os tipos de limites às restrições de direitos fundamentais, e diversificados os sentidos e os alcances a eles outorgados, constata-se certo consenso quanto ao fato de que, em princípio, uma restrição a direito fundamental somente será tida como justificada se guardar compatibilidade com a Constituição, o que pode ser objeto de controle, no âmbito formal, por meio da investigação da competência, da forma e do procedimento adotados pela autoridade estatal, e, no plano material, através da averiguação da proteção ao núcleo essencial desse direito, bem como do atendimento às exigências do princípio da proporcionalidade¹⁶ e daquilo que se tem convencionado designar de proibição de retrocesso¹⁷ (SARLET, 2018, p. 414). Destaca-se, por oportuno, que, dentre esses critérios, o princípio da proporcionalidade atua, no plano da proibição de excesso, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, regulando a intervenção do Estado e garantindo ao máximo a liberdade dos cidadãos.

A propósito, consoante posição corrente e amplamente recepcionada pela doutrina, o princípio da proporcionalidade, enquanto critério de controle da legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, desdobra-se em três subcritérios, quais sejam a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito – cuja aplicação, vale ressaltar, deve se dar precisamente nessa ordem, tendo em vista a relação de subsidiariedade que os subcritérios da proporcionalidade estabelecem entre si.¹⁸

¹⁶ Cumpre registrar que, para Humberto Bergmann Ávila, a proporcionalidade não se trata de princípio, mas sim de “postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito, e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados” (ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215, p. 175, jan./mar. 1999).

¹⁷ Na lição de Luís Roberto Barroso, “por esse princípio [proibição de retrocesso], que não é expresse, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. (...) O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir da sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior.” (BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 158-159).

¹⁸ “A análise da *adequação* precede a da *necessidade*, que, por sua vez, precede a da *proporcionalidade em sentido estrito*. A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação

Tem-se, pois, que uma medida restritiva será adequada se, mediante o seu emprego, o resultado pretendido puder ser alcançado – ou, ao menos, fomentado¹⁹; necessária, se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir o fim almejado, for a menos gravosa em relação aos direitos fundamentais envolvidos²⁰; e proporcional em sentido estrito se, relativamente ao objetivo perseguido, não restringir excessivamente os direitos fundamentais em sopesamento²¹ (ÁVILA, 1999, p. 172).

Assim, partindo das premissas ora expostas, verifica-se que, diante de uma situação de colisão e concorrência de direitos fundamentais, cabe ao intérprete não somente identificar os valores em jogo, mas também construir e lançar mão de critérios que permitam aplicá-los racionalmente, considerando as circunstâncias do caso concreto e, ainda, as hierarquizações axiológicas levadas a cabo pelo legislador democraticamente legitimado (SARLET, 2018, p. 413). Voltando nossos olhos ao direito fundamental à privacidade, então, inequívoco que eventual medida que imponha limites ao seu conteúdo e alcance, para ser tida como justificada, deverá preservar o direito à autodeterminação informativa e, principalmente, respeitar os

da regra da proporcionalidade *nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras*. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. (...) Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito” (SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 34-35, 2002).

¹⁹ Virgílio Afonso da Silva assinala que, no Brasil, um difundido conceito de adequação, baseado em decisão do Tribunal Constitucional alemão, sugere que um meio deve ser considerado adequado se for apto a alcançar o resultado pretendido. Ocorre que, segundo o autor, tal conceito não seria preciso, sob o fundamento de que a sentença em alemão seria melhor compreendida se traduzisse o verbo *fördern*, usado na decisão, por fomentar, e não por alcançar. Nesse diapasão, adequado não seria somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente alcançado (*Ibidem*, p. 36).

²⁰ Conforme destaca Ingo Wolfgang Sarlet, a opção pela medida restritiva menos gravosa envolve duas etapas de investigação, quais sejam (i.) o exame da igualdade de adequação dos meios, a fim de verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim; e (ii.) o exame do meio menos restritivo, com o escopo de averiguar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 417).

²¹ Na lição de Robert Alexy, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas, enquanto que as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 118).

princípios norteadores das atividades de tratamento de dados pessoais, hoje positivados, no ordenamento jurídico brasileiro, pela Lei Geral de Proteção de Dados²² (em *vacatio legis*).

Evidentemente, a construção teórica até aqui desenvolvida assume contornos tortuosos em tempos de crise – como, aliás, se tem observado em relação às controvérsias acerca do emprego excepcional e temporário de tecnologias de geolocalização, por exemplo, como forma de controlar a pandemia de COVID-19. Nesse contexto, o que não se pode perder de vista é que nem mesmo uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), tal como a pandemia de COVID-19, tem o condão de autorizar a adoção de uma medida restritiva que não preserve o núcleo essencial do direito fundamental à privacidade, tampouco observe as exigências dos princípios da proporcionalidade e da proibição de retrocesso. É dizer: a tutela do direito fundamental à privacidade não deve ser vista como um obstáculo à adoção de medidas contundentes para o enfrentamento de crises, mas sim como uma exigência de preservação do protagonismo do indivíduo em relação ao tratamento dos seus dados pessoais mesmo em situações extraordinárias.

²² Na esteira de instrumentos internacionais, o artigo 6.º da Lei Geral de Proteção de Dados estabeleceu que as atividades de tratamento de dados pessoais devem observância aos princípios (i.) da finalidade, pelo qual o tratamento deve ser realizado para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular; (ii.) da adequação, pelo qual o tratamento deve ser compatível com as finalidades informadas ao titular; (iii.) da necessidade, pelo qual o tratamento deve ser limitado ao mínimo necessário para a consecução de suas finalidades; (iv.) do livre acesso, pelo qual deve ser garantida aos titulares consulta facilitada e gratuita sobre a forma e duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; (v.) da qualidade dos dados, pelo qual devem ser garantidas aos titulares exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade do tratamento; (vi.) da transparência, pelo qual devem ser garantidas aos titulares informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre o tratamento e, também, sobre os respectivos agentes de tratamento; (vii.) da segurança, pelo qual devem ser utilizadas medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão, (viii.) da prevenção, pelo qual devem ser adotadas medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento, (ix.) da não discriminação, pelo qual é vedada a realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; e (x.) da responsabilização e prestação de contas, pelo qual deve ser demonstrada, pelo agente de tratamento, a adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, a eficácia dessas medidas.

4 O entendimento esboçado pelo Supremo Tribunal Federal quando do referendo à medida cautelar deferida para suspender a eficácia da Medida Provisória n.º 954/2020

No cenário jurídico brasileiro, a discussão acerca dos limites aos limites do direito fundamental à privacidade em tempos de crise veio a lume com a publicação da Medida Provisória n.º 954, de 17 de abril de 2020, que dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) e de Serviço Móvel Pessoal (SMP) com o IBGE, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a ESPII decorrente da pandemia de COVID-19.

Convencidos acerca da inconstitucionalidade material do inteiro teor da Medida Provisória n.º 954/2020, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), o Partido Socialista Brasileiro (PSB), o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e o Partido Comunista do Brasil (PCdoB) ajuizaram Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs)²³, com pedidos de medida cautelar, sustentando, em síntese, que tal ato normativo primário (i.) atenta contra as regras constitucionais da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, do sigilo dos dados e da autodeterminação informativa (artigo 1.º, inciso III, combinado com o artigo 5.º, *caput*, incisos X e XII, da CRFB/88); (ii.) desatende às exigências do princípio da proporcionalidade; e (iii.) ignora os princípios norteadores das atividades de tratamento de dados pessoais, em especial os da finalidade, da adequação, da necessidade, da transparência e da segurança.

A Ministra Rosa Weber, relatora das ADIs, deferiu a medida cautelar, *ad referendum* do Plenário do STF, em 24 de abril de 2020, suspendendo a eficácia da Medida Provisória n.º 954/2020 e determinando, por conseguinte, que o IBGE se abstivesse de requerer a disponibilização dos dados às empresas de telecomunicações prestadoras de STFC e de SMP – e, caso já o tivesse feito, que sustasse tal pedido. Em suas razões, a Ministra sublinhou que o ato normativo primário em questão deixou de definir apropriadamente como e para que seriam utilizados os dados coletados, não

²³ ADIs 6387 (CFOAB), 6388 (PSDB), 6389 (PSB), 6390 (PSOL) e 6393 (PCdoB).

oferecendo, assim, condições para a avaliação da sua adequação e necessidade. Destacou, ainda, que a ausência de previsão de mecanismo técnico ou administrativo apto a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados, vazamentos acidentais ou utilização indevida, seja na sua transmissão, seja no seu tratamento, desatende às exigências que exsurtem do texto constitucional brasileiro no tocante à efetiva proteção dos direitos fundamentais. Por fim, assinalou que, embora não se subestime nem a gravidade do cenário de urgência provocado pela corrente crise sanitária, nem a necessidade de formulação de políticas públicas que demandem dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento, o combate à pandemia de COVID-19 não pode legitimar o atropelo de garantias fundamentais.

Em sessão realizada em 07 de maio de 2020, o Plenário do STF, por maioria, referendou a medida cautelar deferida para suspender a eficácia da Medida Provisória nº 954/2020, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio, por entender que a deliberação sobre o mérito da proposição compete ao Congresso Nacional. Nesse sentido, acompanhando a Ministra Relatora, os Ministros Alexandre de Moraes, Celso de Mello, Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Dias Toffoli comungaram do entendimento de que os tempos de crise não atenuam, mas antes reforçam a necessidade de se estabelecer um rígido ambiente institucional de proteção aos dados pessoais. O Ministro Gilmar Mendes ponderou, também, que o fato de ainda não terem sido adotadas medidas legislativas para a instituição de uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados²⁴, nos moldes previstos na Lei Geral de Proteção de Dados, corrobora o exercício do controle de constitucionalidade do ato normativo primário vergastado com extremo rigor, visando a identificar em que medida as restrições ao direito fundamental à privacidade

²⁴ A esse respeito, cumpre registrar que o artigo 4.º, inciso III, da Lei Geral de Proteção de Dados, estabelece que seu conteúdo não se aplica ao tratamento de dados pessoais realizado para fins exclusivos de (i.) segurança pública; (ii.) defesa nacional; (iii.) segurança do Estado; ou (iv.) atividades de investigação e repressão de infrações penais, para na sequência, em seu parágrafo terceiro, afirmar que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados emitirá opiniões técnicas ou recomendações sobre essas exceções e deverá solicitar aos responsáveis relatórios de impacto à proteção de dados pessoais. Conforme defendem Renato Opice Blum e Nuria López, apesar do paradoxo, a cautela é justificada, na medida em que se trata “de relatório descritivo das atividades de tratamento de dados pessoais que podem gerar risco às liberdades civis e aos direitos fundamentais, e das medidas, salvaguardas e mecanismos para mitigação de riscos (na definição legal do artigo 5º, XVII, Lei Geral de Proteção de Dados, e previsto no artigo 38, parágrafo único), importante para realizar uma ponderação sobre a utilização de dados pessoais, notadamente em casos de tecnologias de grande entropia, seus ganhos sociais e seus impactos nas liberdades individuais, com vistas a mitigá-los tanto quanto possível” (BLUM, Renato Opice; LÓPEZ, Nuria. Lei Geral de Proteção de Dados no setor público: transparência e fortalecimento do Estado Democrático de Direito. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, n. 53, p. 174, jan./mar. 2020).

nele veiculadas se revelam aderentes a objetivos públicos legítimos e proporcionais aos riscos de violação.

Nesse sentir, constata-se que o STF, alinhado com a acepção contemporânea do direito privacidade e atento aos anseios próprios da sociedade de informação, reconheceu a existência do direito à autodeterminação informativa, reafirmando, assim, o compromisso de manter viva a força normativa da CRFB/88. Indo além, a Corte Suprema firmou o entendimento de que a tutela do direito fundamental à privacidade não mais se adstringe à demarcação de um espaço privado, abarcando, também, a obediência aos princípios norteadores das atividades de tratamento de dados pessoais²⁵, razão pela qual eventual medida restritiva ao seu conteúdo e alcance deve estar amparada em justificativa constitucional proporcional aos riscos de comprometimento do direito à autodeterminação informativa, que veicule, de forma clara, específica e precisa, a finalidade, a adequação, a necessidade e os limites do tratamento de dados pessoais, bem como preveja mecanismos técnicos e administrativos de segurança e de prevenção contra danos.

Considerações conclusivas

A vida em comunidade, com as suas inerentes interações entre pessoas, impede que se atribua valor radical ao direito fundamental à privacidade, sendo possível identificar interesses públicos, acolhidos por normas constitucionais, que sobrelevem ao interesse do recolhimento do indivíduo (MENDES; BRANCO, 2019, p. 415). O interesse público despertado pelo advento de crise econômica, política ou sanitária, por exemplo, pode sobrepujar a pretensão individual de manter o controle sobre as próprias informações, desde que, como visto, haja uma justificativa constitucional concatenada com a preservação do núcleo essencial do direito fundamental à privacidade e com o respeito às exigências dos princípios da proporcionalidade e da proibição de retrocesso.

²⁵ É nesse sentido, aliás, que Laura Schertel Ferreira Mendes sustenta que, “para além da coincidência do léxico com os modernos instrumentos internacionais de tutela da privacidade, certo é que a proteção da dignidade humana e a inviolabilidade da intimidade e da vida privada numa sociedade da informação somente pode ser atingida hoje por meio da proteção contra os riscos do processamento de dados pessoais” (MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, n. 39, p. 202, jul./dez. 2018).

Desse modo, nenhuma crise, seja da ordem e da magnitude que for, pode servir de salvo conduto para a restrição ilimitada do direito fundamental à privacidade. Aliás, é nesse sentido que, em recente artigo, Alfonso Ortega Giménez (2020, p. 867) defende que a proteção de dados pessoais nem é, nem pode ser, um obstáculo para a mais efetiva das lutas contra a pandemia de COVID-19, de sorte que, nesse cenário, eventuais medidas restritivas devem ser adotadas a partir do parâmetro de “normalidade jurídica”, respeitando, em qualquer caso, os princípios norteadores das atividades de tratamento de dados pessoais.

Por fim, não se deve perder de vista que há um mundo pós-crise, e que, uma vez estabelecidas medidas restritivas ao direito fundamental à privacidade, estas dificilmente são retiradas de forma voluntária pelos governantes (LONG, 2020, p. 92). É dizer: os desafios que as crises estabelecem em matéria de proteção de dados pessoais não desaparecem tão cedo, razão pela qual os limites aos limites do direito fundamental à privacidade devem ser observados com máxima acurácia, sob pena de se perpetuar um injustificado descompasso entre o poder de vigilância e a proteção do direito à autodeterminação informativa.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2017, 669 p.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. São Paulo: Forense, 2019, 328 p.

BLUM, Renato Opice; LÓPEZ, Nuria. Lei Geral de Proteção de Dados no setor público: transparência e fortalecimento do Estado Democrático de Direito. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, n. 53, p. 171-177, jan./mar. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.

_____. **Medida Provisória n.º 954, de 17 de abril de 2020.** Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.

COOLEY, Thomas McIntyre. **A treatise on the law of torts: or the wrongs which arise independent of contract.** Chicago: Callaghan and company, 1879, 755 p.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 439 p.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites da função fiscalizadora do estado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 88, p. 439-459, 1993.

GIMÉNEZ, Alfonso Ortega. COVID-19: un desafío para la protección de datos de carácter personal. **Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana**, Valencia, n. 12, p. 860-867, mai. 2020.

LONG, Clarisa. Privacy and pandemics. *In*: PISTOR, Katharina. **Law in the time of COVID-19.** New York: Columbia Law School, 2020, p. 89-97.

LYON, David. “From ‘post-industrialism’ to ‘information society’: a new social transformation?”. **Sociology**, v. 20, n. 4, p. 577-588, 1986.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Habeas data e autodeterminação informativa: os dois lados da mesma moeda. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, 2892 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Administrativo no século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2018, 310 p.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Manual de informática y derecho.** Barcelona: Ariel, 1996, 222 p.

POSNER, Richard A. **Not a suicide pact: the constitution in a time of national emergency.** New York: Oxford University Press, 2006, 171 p.

RODOTÀ, Stefano. **Tecnologie e diritti.** Bologna: Il Mulino, 1995, 416 p.

_____. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 381 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, 199 p.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, 1520 p.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, 515 p.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

SMITH, Robert Ellis. *Privacy: how to protect what's left of it*. Garden City, NY: Anchor Press, 1979.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, p. 193-220, 1890.

4. COMENTÁRIO A ADPF 690

COMMENT TO ADPF 690



<https://doi.org/10.36592/9786587424149-4>

Maria Clara Petry Battastini¹

Resumo

O presente artigo versa sobre o julgamento da ADPF 690, que trata sobre a suspensão do Balanço Diário Covid-19. Será utilizada como base para a fundamentação a importância da publicidade e da transparência dos Atos da Administração Pública, bem como o bem estar da sociedade. Ainda, trataremos como o acesso à informação permite uma maior percepção sobre a atual situação da pandemia em território nacional. Por fim, que a conscientização da população corrobora com a efetividade das políticas públicas frente a crise atual.

Palavras-chave: ADPF 690. COVID-19. Acesso à informação. Publicidade e Transparência.

Abstract

This article deals with the judgment of ADPF 690, which is about the suspension of the Covid-19 Daily Balance. The grounds of this Article will be the establishment of publicity and transparency of Public Administration Acts, as well as the welfare of society. Therefore, we will show how the access of information improves the perception of the current national pandemic situation. Finally, that the awareness of the population improves the effectiveness of public policies in front of the present crisis.

Keywords: ADPF 690. COVID-19. Access of information. Publicity and Transparency.

Introdução

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 690 versa sobre a

¹ Brasileira. Advogada formada pela PUCRS. Especialista em Direito Internacional pela UFRGS. Mestranda em Direito pela PUCRS. O material em questão foi apresentado para publicação pela mesma instituição, sob orientação e coordenação do Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet.

alteração do formato de divulgação dos dados atinentes ao “Balanço Diário Covid-19”, pelo Ministério da Saúde, na semana de 05/06/2020. Conforme relatado pelos Partidos Rede Sustentabilidade, PCdoB e PSOL, o Ministério da Saúde tirou do site a divulgação dos dados diários do Covid-19, bem como no dia 05/06/2020 o portal apareceu com a informação “em manutenção” (MORAES, Alexandre. 2020, pág. 01).

A fundamentação do pedido se deu com base nos prejuízos oriundos da ausência de divulgação dos dados diários do Covid-19, bem como da impossibilidade de acesso ao site com informações atinentes a evolução do Covid-19 em território nacional. Suscitaram a violação ao direito a vida e a saúde, bem como violação ao princípio da publicidade dos atos da Administração Pública.

O Relator designado para o julgamento da ADPF 690MC/DF foi o Ministro Alexandre de Moraes, que proferiu a decisão em 08 de junho de 2020, acerca da Medida Cautelar na ADPF 690. Conforme narra o Min. Alexandre Moraes, a ADPF é mecanismo de efetividade, que apenas é cabível caso não exista qualquer outro meio capaz de sanar a lesividade², ou seja, respeitando-se as hipóteses de Habeas Data, Habeas Corpus, Mandado de Segurança.

O Ministro Relator concedeu parcialmente a medida cautelar, sob o fundamento que o conteúdo da divulgação do Balanço Diário relacionado a pandemia permite análises e projeções comparativas necessárias que facilitam a tomada de decisão das autoridades públicas, bem como conscientiza a população da frente a pandemia. Por fim, o Ministro Relator determinou que o Ministério da Saúde mantivesse, na sua integralidade, a divulgação diária dos dados epidemiológicos relativos à pandemia (Covid-19), inclusive no sítio do Ministério da Saúde e com os números acumulados de ocorrências, exatamente conforme realizado até o último dia 04 de junho.

Comentários a ADPF 690

Para uma análise crítica da Decisão proferida pelo Ministro Alexandre de Moraes, devemos ter em mente que os pilares que norteiam a fundamentação são: (i) bem estar da sociedade; (ii) efetividade das políticas públicas destinadas a saúde; (iii)

² Tal razão é consequência do princípio da subsidiariedade, visto que, somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz para afastar a eventual lesão poderia se fazer uso da ADPF. (MENDES, 2012, pág. 1281).

consagração da publicidade e da transparência dos Atos da Administração Pública; (iv) permitir à população em geral o pleno conhecimento da situação de pandemia vivenciada no território nacional.

Ora, a Publicidade dos Atos da Administração Pública é princípio constitucional, bem como está disposto no art. 37³ da Constituição Federal. Temos que o princípio da publicidade é vinculado a duas perspectivas, sendo a primeira o direito ao acesso à informação, como garantia do controle social dos cidadãos, e uma segunda perspectiva como a atuação da administração pública num sentido amplo (MENDES, Gilmar. 2012, pág. 895). Nesse sentido, a publicidade dos atos, bem como o acesso a informação (art. 5^o, inciso XIV, CF⁴) por parte da população permitiria uma maior conscientização sobre a atual situação da pandemia em território nacional.

O acesso à informação frente a uma crise sanitária, ou seja, acesso a dados como “formas de prevenção, número de óbitos, número de contaminados”, permite que a população se conscientize e tome medidas de prevenção, mesmo sem a fiscalização por parte do Estado (JUBILUT, 2020, pág. 23).

O direito de participação é um direito fundamental, é a garantia da participação dos cidadãos na formação da vontade do País (MENDES, Gilmar. 2012, pág. 189). Assim temos que a omissão dos dados, bem como a suspensão do Balanço Diário Covid – 19, acarretaria uma violação ao direito de acesso à informação, bem como do princípio da publicidade.

Conforme voto do Ministro Alexandre de Moraes o Covid-19 é uma ameaça real e gravíssima, que tem prejudicado o sistema público de saúde, sendo que uma medida de efetividade de política pública é a colheita, armazenagem e divulgação dos dados epidemiológicos. Igualmente, o Ministro aborda que tal medida é imprescindível para da tomada de decisões e encaminhamento das políticas públicas.

³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

⁴ Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Se faz necessário explicar que as políticas públicas⁵ concretizam os direitos sociais⁶, entretanto, em hipótese alguma pode-se afirmar que política pública é direito social.

No que tange ao direito a saúde⁷, como um fundamento da para a concessão da cautelar da ADPF 690, devemos fazer breve leitura do art. 196 da CPF: *A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.* Nessa mesma linha, devemos ressaltar que o direito a saúde é um direito fundamental positivo, que tem (também) dimensão subjetiva (FIGUEIREDO, 2019, pág. 120).

Note-se que no escopo do direito a saúde há a determinação “*dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença*”. Ora, a divulgação dos dados pelo Ministério da Saúde, através do “Balanço Diário Covid-19”, não seria uma forma de política social que visaria a redução do risco de doença?

Conforme disponível em site da OMS (World Health Organization), há um acesso rápido para informações sobre formas de contaminação e prevenção do Covid-19, em ambiente de trabalho⁸. Assim, a veiculação de informações sobre formas de prevenção e contaminação, gera a conscientização da população frente a pandemia.

Gilmar Mendes (2012, pág. 698) ensina que políticas públicas que visem à redução de risco de doença e de outros agravos estão ligados a uma dimensão coletiva

⁵ Por outro lado – e nisto reside a nossa principal objeção aqui sustentada – a afirmação de que os direitos fundamentais sociais nada mais são do que políticas públicas (que eles certamente também são, como importa reconhecer), acaba por desconsiderar que há direitos sociais cujo objeto também consiste em abstenções por parte do destinatário, isto sem falar na circunstância de que existem direitos sociais a prestações cujo destinatário é uma entidade privada ou até mesmo uma pessoa física, como ocorre com os direitos dos trabalhadores, como bem atesta o direito ao salário mínimo e outras prestações materiais. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, pág. 213.

⁶ Mas por mais importante que seja a perspectiva supranacional, é na esfera do direito interno, com destaque para o direito constitucional, que melhor se pode aferir o quanto e em que medida os direitos sociais – ainda mais quando em causa a sua condição de direitos fundamentais – correspondem a uma gramática universal e comum à maioria dos países. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais A Prestações Sociais E Crise: Algumas Aproximações*. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], 16(2), pág. 460.

⁷ 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

⁸ Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/q-a-tips-for-health-and-safety-at-the-workplace-in-the-context-of-covid-19>

do direito a saúde. Outrossim, devemos lembrar que o direito a saúde é um direito de prestação.

Vale ressaltar que a ADPF 690 não foi a única relacionada a uma postura contraditória do poder executivo frente a pandemia Covid-19, uma vez que, no início da pandemia (março de 2020) nos deparamos com as ADPFs 668 e 669, ligadas ao movimento “o Brasil não pode parar”.

Com essa soma de acontecimentos e informações, podemos apontar que estamos enfrentando além de uma Crise da Democracia, uma crise sanitária. Comumente o enfraquecimento do Estado e da democracia é um reflexo da crise econômica, sendo esta consequência de desemprego, exclusão social, e uma camada cada vez maior da população dependendo de assistência social (SARLET, 2015, pág. 464).

Assim, a fim de se evitar o agravamento da Crise Sanitária devemos fortalecer a democracia e permitir o acesso a informação, ou seja, garantir a proteção do direito fundamentais de: (i) acesso a informação; (ii) saúde.

Conclusão

Nesse sentido, conclui-se que a ADPF 690 foi necessária e legítima frente a postura do Ministério da Saúde com a omissão de dados, bem como suspensão do Balanço Diário Covid-19 na primeira semana de junho de 2020. O acesso a informação, bem como a publicidade dos atos do poder público são indispensáveis para o estado democrático de direito.

A Crise que vivemos não está apenas ligada ao Covid-19, visto que, a crise dos direitos sociais, bem como a crise da democracia é anterior a atual pandemia. Devemos agir com cautela a fim de não suprimir direitos fundamentais com base em uma crise econômica, que é preexistente a pandemia.

O Movimento “Brasil não pode parar”, assim, como a suspensão e omissão de dados junto ao Ministério da Saúde, devem ser barrados, visto que, apenas agravariam a Crises do sistema de Saúde. Conforme propriamente dito pelo Ilustre Ministro Barroso⁹: *Não há dúvida de que a potencial violação à vida, à saúde, à informação,*

⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MINISTRO BARROSO. ADPF 669. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884084>.

à moralidade, à probidade, à transparência e à eficiência se enquadra como descumprimento de preceito fundamental, para fins de admissibilidade da ação.

Por fim, é gritante que o acesso a informação permitirá uma maior conscientização da população em face da pandemia atual, bem como permitirá maior eficácia na tomada de políticas públicas.

Referências Bibliográficas

BRASIL. PLANALTO. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **ADPF 669/DF**. Relator Ministro Roberto Barroso. Diário de Justiça. Brasília, DF, n. 114, 11 maio 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5884084>. Acesso em: 06 jul. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 690/DF**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Diário de Justiça. Brasília, DF, n. 149, 16 junho 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5931727>.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITO HUMANOS**. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>

JUBILUT, Liliana Lyra et al. Direitos Humanos e COVID-19 – Impactos em Direitos e para Grupos Vulneráveis. **Santos: Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos e Vulnerabilidades” da Universidade Católica de Santos, 2020.**

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma Teoria Geral da Eficácia dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 12ª ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais A Prestações Sociais E Crise: Algumas Aproximações**. Espaço Jurídico Journal of Law [EJL], 16(2), 459-488. <https://doi.org/10.18593/ejl.v16i2.6876>

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Health as an enforceable positive right: the Brazilian Supreme Federal Court’s case law on the access to medicines in: **KritV Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**, page 117 – 134. Volume 102 (2019), Issue 2, ISSN: 2193-7869, ISSN online: 2193-7869, <https://doi.org/10.5771/2193-7869-2019-2-117>

WORLD HEALTH ORGANIZATION.
<https://www.who.int/emergencies/covid-19>.

Disponível em:

5. XENOFOBIA NAS REDES SOCIAIS *ONLINE* NO CENÁRIO PANDÊMICO¹

XENOPHOBIA ON ONLINE SOCIAL NETWORKS IN THE PANDEMIC CONTEXT



<https://doi.org/10.36592/9786587424149-5>

*Andressa de Bittencourt Siqueira*²

*Gabriela Cruz Amato Teixeira*³

Resumo

O cenário de ódio, que se instaurou nas redes sociais *online*, tem apresentado um crescimento acentuado nos últimos anos. Divergências de posicionamento sobre determinado tema são o estopim para a troca de mensagens ofensivas nas redes sociais. As questões controversas – e ainda em discussão – acerca da disseminação exponencial da pandemia da covid-19 não passam ao largo deste cenário estabelecido. Nestas circunstâncias, questiona-se: de que forma a pandemia de covid-19 influenciou no crescimento (ou decaimento) dos discursos xenófobos nas redes sociais na internet? A hipótese é de que ocorreu um aumento das manifestações xenófobas contra chineses, cujo indicativo maior é o alto volume do fluxo de *fake news* e conspirações do envolvimento do governo chinês com o surgimento do vírus. Logo, identifica-se a conexão intrínseca entre as *fake news* e o discurso de ódio, em que as primeiras podem promover o segundo, e vice-versa, havendo, assim, um processo retroalimentativo, sendo a pandemia da covid-19 um cenário exemplificativo do fenômeno em causa.

Palavras-chave: discriminação; discurso de ódio; *fake news*; conspirações; pandemia.

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001. O material em questão foi apresentado para publicação pela mesma instituição, sob orientação e coordenação do Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet.

² Mestranda (com bolsa CAPES/PROEX integral) no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Fundamentais (GEDF/CNPq). Advogada.

³ Mestre e Doutoranda (com bolsa CAPES) no Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCRS. Realizou período de pesquisa na Universidade de Hamburgo - UHH, Alemanha (com bolsa CAPES PrInt). Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito Fundamentais (GEDF/CNPq). Advogada.

Abstract

The hate scenario, which has been established on online social networks, has shown a sharp growth in recent years. Divergence of ideas on a given topic is the fuse for the exchange of offensive messages on social networks. The controversial issues - and still under discussion - about the exponential spread of the covid-19 pandemic do not go beyond this established outlook. Under these circumstances, we pose a question: how has the covid-19 pandemic influenced the growth (or decline) of xenophobic discourse on Internet social networks? The hypothesis is that there has been an increase in xenophobic manifestations against the Chinese people, whose largest indicator is the high volume of fake news flow and conspiracies of Chinese government involvement with the outbreak of the virus. Therefore, the intrinsic connection between fake news and hate speech is identified, in which the former can promote the latter, and vice versa, thus having a feedback process, being the covid-19 pandemic an exemplifying scenario of the phenomenon in question.

Keywords: discrimination; hate speech; fake news; conspiracies; pandemic.

Introdução

Ao mesmo tempo em que se percebe a utilização em larga escala das redes sociais, também é notado o extremismo das discussões, as quais não raro incluem xingamentos que menosprezam indivíduos em razão do seu pertencimento em determinado grupo socialmente identificável. No contexto da pandemia de covid-19, causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2), ilustrativamente, percebeu-se um recrudescimento de manifestações ageístas, racistas, e, no que aqui irá se debruçar, xenofóbicas.

O enfoque é direcionado de tal maneira justamente porque estrangeiros, em sentido amplo, abrangendo migrantes e refugiados, são alvo de discriminação, muitas vezes em situação de vulnerabilidade pela constante disseminação nas redes sociais *online* de discursos de ódio, teorias da conspiração e *fake news* que vinculam a nacionalidade de indivíduos, por exemplo, com a possibilidade de contágio e, também, com a ainda não desvendada origem do coronavírus.

Frente ao cenário traçado, propõe o problema de pesquisa que permeia a presente apreciação, a partir do qual se analisa de que forma a pandemia de covid-19

influiu no crescimento dos discursos xenófobos nas redes sociais na internet? Com efeito, como hipótese de pesquisa, lança-se a seguinte: há um aumento das manifestações xenófobas contra chineses, cujo indicativo maior é o intenso do fluxo de manifestações de ódio, sob o formato de *fake news* e de teorias conspiratórias.

Dentre os objetivos específicos, calha ressaltar que o primeiro consiste em analisar a intrínseca relação do discurso de ódio com a xenofobia em tempos de covid-19, enquanto que o segundo consiste em investigar como as manifestações xenófobas se concretizam as redes sociais, seja através das *fake news* ou de teorias da conspiração, inserindo-se, ao fim e ao cabo, no contexto do discurso de ódio em meio ao cenário pandêmico como pano de fundo.

Para tanto, adotou-se o método hipotético-dedutivo de abordagem, uma vez que não apenas partiu-se de uma análise geral sobre a xenofobia durante a pandemia de 2020 para extrair considerações específicas, como também realiza-se a verificação de uma hipótese para mais bem estudar o fenômeno. Além disso, a pesquisa foi conduzida sob a técnica bibliográfica exploratória, a partir da extração de dados, evidências e resultados já apresentados até então pela doutrina, legislação e jurisprudência.

Em razão de o *status* de pandemia de covid-19 ainda estar latente no Brasil, ainda sem previsão de retorno ao cotidiano de anteriormente, cabe dizer que a exposição que segue não possui o escopo de esgotamento da temática. Os desdobramentos da xenofobia nas redes sociais ainda se verificam, tendo a presente pesquisa o mero condão de contribuir e de fornecer sustentação para o desenvolvimento de pesquisas futuras.

1 A intrínseca relação do discurso de ódio com a xenofobia em tempos de Covid-19

O conteúdo do então chamado “discurso de ódio” é contínuo objeto de debate em razão da sua amplitude e das mais variadas formas através das quais utiliza-se essa terminologia. De todo modo, percebe-se a intrínseca relação do discurso de ódio com o caráter discriminatório e/ou preconceituoso das manifestações xenófobas, que, num contexto de redes sociais, são disseminadas facilmente para o vasto número de pessoas e num curto período de tempo.

Tal panorama agravou-se de tal modo que o atual Secretário-Geral da ONU, António Guterres, ressaltou, no início de maio de 2020, o aumento de xenofobia contra imigrantes por conta da disseminação do novo coronavírus, não apenas contra chineses, como também contra muçulmanos⁴. Ainda assim, a discriminação contra chineses é observada de modo mais premente em razão das especulações formadas sobre a origem do novo coronavírus, que em tese teria surgido na China, em Wuhan⁵. De todo o modo, a cronologia do Sars-Cov-2 ainda está sendo construída, com base em evidências, que ainda estão sendo coletadas e analisadas, razão pela qual a denominação popular “vírus chinês” se apresenta imprecisa e xenófoba. Mesmo porque, caso o vírus tenha sido originado em território chinês, ele, na verdade, é produto de interações na natureza e, conforme diretrizes da OMS, evita-se o emprego de localizações geográficas, nacionalidades e identificação de animais ao nomear determinada doença a fim de que se evite a perpetuação de estigmas e discriminações, além de erros crassos, como ocorreu com a popularmente conhecida como “gripe espanhola” que, em verdade, não se originou na Espanha.

Conforme aponta César Landa, os Estados Constitucionais não estão preparados, em sua totalidade, para o enfrentamento de crises pandêmicas de saúde pública. Ainda assim, "precisamente en períodos de graves crisis los más afectados son las poblaciones más vulnerables, debido a su pobreza, o, porque son discriminados incluso en épocas de emergencia por ser refugiados y/o por género, edad, raza, o cualquier otra desventaja"⁶. Aliás, os Estados Constitucionais há muito enfrentam o crescimento de movimentos extremistas e populistas, cuja inerente procura por

⁴ SECRETÁRIO-GERAL alerta para “tsunami de ódio e de xenofobia” durante pandemia. *ONU News - Direitos humanos*, 8 de maio de 2020. Disponível em: news.un.org/pt/story/2020/05/1712982. Acesso em: 12 jul. 2020.

⁵ O que se sabe até então é que o primeiro surto da doença ocorreu na província de Wuhan, no final de 2019. Especulou-se, num primeiro momento, que um mercado úmido local, característico pela venda de animais exóticos vivos e mortos, estaria diretamente ligado à origem do novo coronavírus. No entanto, essa possibilidade foi posta em xeque ao passo que foram encontrados indícios de Sars-Cov-2 em amostras de esgoto que foram coletadas em pelo menos quatro países, muito antes do início da pandemia do vírus, incluindo o Brasil, que identificou o vírus em amostras de novembro 2019, e a Espanha, que o identificou em amostras de março de 2019. Cf. MAGENTA, Matheus. Coronavírus em esgoto de 4 países antes de surto na China aumenta mistério sobre origem do vírus. *BBC News - Brasil*. Londres, 9 de julho de 2020. Disponível em: [bbc.com/portuguese/internacional-53347211](https://www.bbc.com/portuguese/internacional-53347211). Acesso em: 11 jul. 2020.

⁶ LANDA, César. *El constitucionalismo mundial en épocas de Coronavirus*. Manuscrito, 8 de abril de 2020. p. 2.

inimigo para lhe imputar responsabilidades vem demonstrando intensidade durante a pandemia de 2020⁷.

Com efeito, dentre as possibilidades de uma manifestação discriminatória se concretizar, encontra-se o discurso xenófobo. Os estrangeiros também podem ser incluídos no rol, não exaustivo, daqueles que estão “ao sul da quarentena”, traçado inicialmente por Boaventura de Souza Santos, para evidenciar os grupos vulneráveis⁸. Com efeito a xenofobia se interliga com o discurso de ódio na medida em que este possui uma sintonia fina com o nacionalismo⁹, incitações à violência, insultos e menosprezo a um grupo de pessoas socialmente identificável em razão de suas características¹⁰, *in casu* a origem nacional.

Tal posição de vulnerabilidade dos estrangeiros, mormente os asiáticos no que tange à pesquisa, é evidenciada pela exclusão e estigmatização¹¹ que é construída a partir da narrativa que supõe uma então ligação dos chineses com o contágio pelo novo coronavírus. De modo ilustrativo, uma pesquisa realizada nos Países Baixos evidenciou que, de 300 pessoas de origem chinesa, 49% dos entrevistados afirmaram ter sofrido discriminação desde o início da pandemia¹².

Aliás, a xenofobia não apenas restringe seus impactos do ponto de vista sociocultural. Alexandre White realiza uma conexão do aumento da xenofobia com a crise da economia global na pandemia. Esses dois fenômenos, cultural e econômico, em verdade, segundo o autor não são indissociáveis, mais, sim, intrinsecamente relacionados¹³, cujos desencadeamentos ainda poderão ocorrer nos próximos meses pós-pandemia.

⁷ No muro do Consulado da China, no Rio de Janeiro, foi pichado o escrito “vírus comunista”, tornando uma questão séria de saúde pública, que é uma pandemia, em uma divisão política do problema, com um viés extremista.

⁸ SOUSA SANTOS, Boaventura de. *A Cruel Pedagogia do Vírus*. Coimbra: Almedina, 2020. p. 21.

⁹ KOUKOUTSAKI-MONNIER, Angeliki; SEOANE, Annabelle Seoane. Discours de haine sur l'internet. *Publictionnaire*. Dictionnaire encyclopédique et critique des publics. 2019. p. 03.

¹⁰ UNIÃO EUROPEIA. Conselho da Europa da União Europeia na Recomendação n. 97/20 do Committee of Ministers to member states sobre “hate speech”, de 1997. Também, STROPPIA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFSM)*, v.10, n. 2, 2015. p. 456.

¹¹ PRESNO LINERA, Miguel Angel. Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables. *El Cronista: del Estado Social y Democrático de Derecho*. Coronavirus... y otros problemas, n. 86-87, mar./abr. 2020. p. 55.

¹² EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. *Coronavirus pandemic in the EU: fundamental rights implications*. Bulletin 1. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020. p. 33.

¹³ WHITE, Alexandre. Historical linkages: epidemic threat, economic risk, and xenophobia. *The Lancet*, v. 395, n. 10232, 2020, p. 1250-1251.

Aliás, a adoção de políticas públicas por parte de governantes, assim como durante pronunciamentos, é de extrema importância para evitar que a população, já assustada com a situação pandêmica, engaje acriticamente em condutas discriminatórias¹⁴. Um exemplo concreto de política pública xenófoba foi a edição da Lei Municipal de Boa Vista n. 2.074/20, que proibiu atendimento a estrangeiros caso estes preenchessem 50% das vagas do sistema de saúde do município. O projeto da referida lei teve o veto da prefeita do município derrubado pela Câmara de Vereadores, que elaborou e aprovou a lei como uma resposta ao aumento do fluxo migratório em Roraima, primordialmente composto por venezuelanos, que, segundo parte da população e da maioria da Câmara de Vereadores, estaria impactando negativamente no fornecimento de serviços de saúde à população da cidade¹⁵. O plenário do TJ-RR retirou os efeitos da lei municipal por meio de uma liminar, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁶. Restrições em momentos pandêmicos são compreensíveis, e até necessárias. No entanto, a partir do momento em que se adota uma restrição de acesso à saúde, por razão de origem nacional, se adota uma política pública discriminatória.

A Constituição estabelece no art. 3, inciso IV, o objetivo de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, cuja proteção do ponto de vista criminal se concretiza na Lei n. 7.716/1989 (comumente denominada de Lei contra o Preconceito). Logo no art. 1º *in fine* da referida Lei, a partir da redação de 1997, insere-se a proteção contra preconceitos em razão da origem nacional.

No que tange à temática no cenário das redes sociais, destacam-se as disposições presentes no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014), dentre as quais cita-se apenas àquela referente ao procedimento de remoção de conteúdo xenófobo. No art. 19 do Marco Civil, define-se que o provedor de conteúdo ou aplicações, em cuja plataforma foi divulgado o conteúdo violador, apenas será responsabilizado após notificação judicial após não cumprimento da ordem de remoção.

¹⁴ ZHENG, Yi; GOH, Edmund; WEN, Jun. The effects of misleading media reports about COVID-19 on Chinese tourists' mental health: a perspective article. *Anatolia*, v. 31, n. 2, p. 337-340, 2020. p. 338.

¹⁵ CHIARETTI, Daniel; LUCHINI, Natália; CARVALHO, Laura Bastos. Mobilidade Humana Internacional em Tempos de Pandemia: reflexos da covid-19 nos direitos dos migrantes e refugiados. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, v. 24, n. 48, p. 59-90, 2020. p. 80.

¹⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RORAIMA. ADI 900025-43.2020.8.23.0000. rel. Des. Almiró Padilha, Tribunal Pleno, j. 06.02.2020. Até o presente momento não houve publicação da análise do mérito.

A redação do dispositivo carece de técnica legislativa, tanto ao não cominar prazo específico para o cumprimento, como ao não especificar de que modo o conteúdo deva ser identificado (*e.g.* necessidade ou não da URL). No entanto, o mais importante de ser destacado é que há a possibilidade de manifestações xenofóbicas serem removidas da rede social sem a necessidade de notificação judicial. Esta última é apenas necessária para que o provedor seja responsabilizado. Então, é possível dizer que o art. 19 estabelece não uma proteção ao usuário, mas aos provedores a partir dos então chamados *safe harbours*.

É nesse ritmo que surgem diversas críticas às formas pelas quais as plataformas *online* realizam a moderação de conteúdo relacionado ao discurso de ódio, realizadas inclusive pelos próprios usuários das plataformas que se manifestam através *e.g.* de uso de hashtags, como a francesa que surgiu durante a pandemia que se concretiza como #jenesuispasunvirus (do francês, eu não sou um vírus). Aliás, relevante a retirada de patrocínios, por parte de empresas, da plataforma Facebook, que durante a pandemia não adotou uma postura de remoção de postagens que contenham discursos de ódio, tendo mudado o modo de conduzir a moderação de conteúdo para uma atuação mais ativa após a perda dos patrocínios. É grande a influência dos patrocinadores nas plataformas, uma vez que estes buscam sempre um ambiente digital saudável e agradável para os usuários, o que não se compatibiliza com a amplo e desenfreado compartilhamento do discurso de ódio¹⁷.

Reconhece-se a importância e a relevância da liberdade de expressão, principalmente em uma democracia. Justamente por isso, no próximo item da exposição, serão analisadas as formas de concretização da xenofobia nas redes sociais, melhor percebendo como se dá “o enfrentamento dos problemas relativos ao discurso do ódio e de sua interdição”¹⁸.

¹⁷ HARTMANN, Ivar A. A new framework for online content moderation. *Computer Law & Security Review*, v. 36, p. 105376-86, 2020. E, HARTMANN, Ivar Alberto Martins; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: a Proteção da Liberdade de Expressão nas Mídias Sociais. *Direito Público*, v. 16, n. 90, 2019. 2019, p. 96-97.

¹⁸ SARLET, Ingo. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019. p. 1213.

2 A concretização da xenofobia nas redes sociais *online* durante a pandemia de 2020

As redes sociais *online* abrem um vasto espaço para o compartilhamento de informações úteis, primordialmente aquelas relacionadas às formas de prevenção e precaução do contágio do coronavírus. No entanto, em meio ao uso saudável da rede, os esforços dos usuários para a disseminação de informações sobre saúde são colocadas em xeque na medida em que há manifestações xenófobas que vão exatamente na linha diametralmente oposta de um ambiente *online* saudável e democrático¹⁹.

Fenômenos comunicacionais podem se imbricar, ainda que eles não se confundam. Há *fake news* que disseminam o discurso de ódio. As então chamadas “*fake news*”, cujas ressalvas terminológicas foram mais bem direcionadas noutro momento²⁰, ligeiramente se aproximam dos já conhecidos *boatos*²¹, dos quais, contudo, se diferencia tanto pela razão de as *fake news* terem se adaptado ao desenvolvimento da tecnologia e dos meios comunicativos²² e, com isso, aptas a serem disseminadas instantaneamente, como também pela característica de as *fake news* necessariamente estarem em determinado contexto, no caso, da disseminação do ódio xenófobo.

Reforça-se a possibilidade de *fake news* terem determinado grupo como alvo, de modo que faz com que boatos reforcem estigmas e discriminações. Deste modo, o *hate speech* não é equivalente a *fake news*, uma vez que as notícias falsas podem vir a promover o ódio contra grupos sociais, mas essa característica não é inerente a elas. Ainda assim, percebe-se um recrudescimento de *fake news* com o objetivo de menosprezar grupos de pessoas em razão de sua origem nacional, *e.g.* chinesa. Em razão disso, reforça-se mais uma vez que o enfoque aqui proposto se refere às *fake news* que geram ódio, não às *fake news* de modo geral, de modo que o estudo sobre os

¹⁹ ABD-ALRAZAQ, Alaa *et. al.* Top concerns of tweeters during the COVID-19 pandemic: infoveillance study. *Journal of medical Internet research*, v. 22, n. 4, 2020. p. 7.

²⁰ Para análise pormenorizada, com destaque para as *fake news* em período eleitoral e o impacto à democracia, v. SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. Liberdade de expressão e seus limites numa democracia: o caso das assim chamadas “fake news” nas redes sociais em período eleitoral no Brasil. *Revista de Estudos Institucionais*. No prelo.

²¹ SUNSTEIN, Cass R. *A verdade sobre os boatos*. Como se espalham e por que acreditamos neles. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

²² Sobre a conexão das *fake news* com sites da internet e redes sociais, v. KLEIN, David O.; WUELLER, Joshua R. Fake news: a legal perspective. *Journal of Internet Law*, v. 20, n. 10, p. 5-15, 2017.

boatos compartilhados sobre formas de combate ao vírus, medicamentos eficazes, potencial mortal do vírus e a burlagem estatística são deslocados para outro momento oportuno.

De todo modo, um exemplo paradigmático sobre as *fake news* que disseminam o ódio, ao mesmo tempo que são criadas em razão dele, numa relação de retroalimentação, consiste na sustentação de usuários sobre a origem do novo coronavírus, segundo os quais o vírus teria sido produzido em laboratório para uma então dominação econômica chinesa. Usuários ainda compartilham essa *fake news*, ainda que ela tenha sido desqualificada cientificamente, uma vez comprovado o desenvolvimento do vírus da natureza e o impacto da pandemia na economia chinesa, evidenciada pela previsão do decréscimo do PIB do país. Isso acontece porque as pessoas tendem a acreditar e a disseminar *fake news* que confirmem a sua visão de mundo²³, mesmo quando ela é largamente refutada cientificamente.

O aumento da xenofobia nas redes sociais *online* durante a pandemia causada pelo novo coronavírus tornou necessária a criação do Observatório do Coronavírus pelo Ibrachina – Instituto Cultural Brasil-China, com a finalidade de apurar as informações a respeito do coronavírus e, além disso, realizar a verificação de *fake news* que relacionem a origem do covid-19 e a comunidade chinesa, criando, em virtude disso, um canal de denúncias sobre racismo e discurso xenófobo contra pessoas da comunidade chinesa e de origem oriental que residem no Brasil²⁴. Embora tenha havido um aumento desse tipo de discurso nas redes sociais *online*, percebeu-se, entretanto, um decréscimo na quantidade de denúncias que envolvam racismo ou discurso xenófobo nas redes, o que ocorreu, de acordo com o presidente da SaferNet Brasil, devido ao fato de que as pessoas teriam se acostumado com essa postura, deixando de denunciar²⁵.

Em consonância com a hipótese inicialmente suscitada – a de que ocorreu um aumento das manifestações xenofóbicas contra chineses nas redes sociais *online* –, conforme apurado pelo Ibrachina, apenas a notícia a respeito da criação do Observatório do Coronavírus em sua página do Facebook rendeu 23 comentários

²³ KAKUTANI, Michiko. *A morte da Verdade*. Notas sobre a mentira na Era Trump. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

²⁴ Ibrachina. Observatório do Coronavírus, canal de denúncias. Disponível em: ibrachina.com.br/noticia/observatorio-do-coronavirus-9/. Acesso em 17 de julho de 2020.

²⁵ Conforme informações apuradas em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/racismo-xenofobia-online-se-banalizam-numero-de-denuncias-no-brasil-diminui-24242017>. Acesso em 17 de julho de 2020.

xenofóbicos contabilizados apenas nas 100 primeiras manifestações. Isso pode estar relacionado, não apenas a disseminação de *fake news*, ensejadoras do discurso de ódio, mas também à desinformação da população a respeito dos casos de coronavírus logo no início do período pandêmico; exatamente aquilo que a página do Ibrachina visava combater ao criar o observatório de notícias²⁶.

Especificamente nos casos relacionados ao discurso xenófobo, potencializado no período pandêmico, as *fake news* podem estar ainda relacionadas aos casos de *bullying* ou *cyberbullying* direcionado ao grupo de pessoas com características étnico-raciais orientais. De um modo geral, o *bullying*, enquanto espécie do gênero discurso de ódio, pode-se apresentar de forma leve, moderada ou forte, por sua vez, gerando consequências na mesma medida em que se manifesta. Há que se distinguir, entretanto, o *bullying* do discurso de ódio, na medida em que, o bullying implica uma conduta de violência psíquica praticada de forma sistemática e reiterada contra um grupo ou indivíduo geralmente em alguma condição de fragilidade ou minoritária²⁷, enquanto o discurso de ódio não necessariamente apresenta a característica da violência psíquica sistemática, podendo tê-las ou não²⁸. Pode-se dizer ainda que o discurso de ódio praticado em redes sociais possui também outra característica diferenciada, a do engajamento digital. O engajamento pode apresentar uma concentração maciça de mensagens ofensivas muito maior do que o *bullying*, em regra, possui, potencializando ainda mais o direcionamento de mensagens ofensivas destinadas a um grupo ou a um indivíduo.

Frente a este cenário hostil que pode ser encontrado no âmbito das plataformas de mídia sociais, há que se destacar as alternativas que se apresentam disponíveis, no que diz com a possibilidade de moderar o tipo de conteúdo e manifestações que irão permitir em sede de suas redes. A própria arquitetura da internet possibilita essas escolhas. Com base nos termos gerais de uso, o usuário, ao criar um perfil em determinada rede social, concorda que a plataforma de mídia social possa realizar a moderação do conteúdo ali publicado. Nesse sentido, o usuário acaba por se comprometer com os padrões comportamentais estabelecidos pela rede e fica sujeito aos critérios de adequabilidade de conteúdo que a empresa lhe impõe.

²⁶ Para mais informações, ver: ibrachina.com.br/.

²⁷ TEUSCHEL, Peter. Phänomen Bullying In: TEUSCHEL, Peter; HEUSCHEN, Klaus W. (Orgs.). *Bullying: mobbing bei Kindern und Jugendlichen*. Stuttgart: Schattauer, 2013. p. 4.

²⁸ MARX, Konstanze. Hate Speech: Ein Thema für die Linguistik. In: ALBERS, Marion; KATSIVELAS, Iannis (Orgs.). *Recht und Netz*. Baden-Baden, 2018. p. 37-38.

Ocorre que esses critérios nem sempre estão claros nos Termos e Condições Gerais estabelecidos pela plataforma. Ademais, conforme já referido, esses critérios são fortemente influenciados pelos interesses comerciais da empresa, como a possibilidade de veiculação de propaganda, o que exige o estabelecimento de um ambiente ameno, livre de discussões e conflitos²⁹. Outrossim, a forma como é realizada a moderação de conteúdo e tratamento do fluxo de informações nas redes sociais no Brasil carece de aprimoramento. A falta de transparência no processo decisório realizado por estas empresas acentua a condição que atualmente ostentam, tendo se tornado os “novos governantes do mundo digital”.³⁰ A fim de evitar este tipo de postura, defende-se um modelo de autorregulação regulada, no qual permite-se que as empresas instituem suas próprias normas concomitantemente a uma regulação estatal abrangente³¹.

A autorregulação apresenta-se como um modelo compatível com a atual realidade do contexto digital, realidade essa que se mostra ainda mais evidente frente ao panorama pandêmico enfrentado, cada vez mais marcado pelo exercício de atividades virtualizadas. Neste cenário, torna-se imprescindível o empreendimento de medidas elaboradas pelas próprias plataformas de mídia social, de modo que a quantidade de demandas geradas impõem uma solução mais imediata, que não pode ser ofertada pelo método analógico de solução de conflitos³².

Há que se destacar, entretanto, a necessidade de um modelo de autorregulação que possa ser em alguma medida supervisionado, por assim dizer, balizado por orientações comportamentais, inclusive com a possibilidade de estabelecer limites.

²⁹ HARTMANN, Ivar Alberto Martins; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: a Proteção da Liberdade de Expressão nas Mídias Sociais. *Direito Público*, v. 16, n. 90, 2019. p. 100. Ver também: SACHS-HOMBACH, Klaus; ZYWIETS, Bernd (Orgs.). *Fake news, hashtags e social bots*. Wiesbaden: Springer, 2018. p. 6.

³⁰ HARTMANN, Ivar Alberto Martins; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: a Proteção da Liberdade de Expressão nas Mídias Sociais. *Direito Público*, v. 16, n. 90, 2019. p. 96-97.

³¹ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulamentação regulamentada no contexto digital. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 146, p. 529-552, jun. 2019. p. 547. O autor aborda em seu texto formas de regulação ou de regulamentação com base na legislação alemã, além da autorregulação regulada, chamada pelo autor de autorregulamentação social regulada pelo Estado.

³² A título exemplificativo, vale aqui referir o modelo bastante ousado e inovador apresentado por Hartmann visando uma autorregulação descentralizada, focada na participação dos usuários das plataformas de mídia social. HARTMANN, Ivar Alberto Martins. A new framework for online content moderation. *Computer law & security review*, 36, 2020. Também defendendo a participação dos usuários num modelo de autorregulação, sob o enfoque do incentivo na participação em denúncias de perfis violadores das normas estabelecidas nos Termos e Condições Gerais, vale referir o trabalho de KELLNER, Anna. *Die regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären*. Baden-Baden: Nomos, 2019. p. 301.

Essa supervisão constitui uma tarefa estatal que, na qualidade de “Estado garantidor”, pode e, em alguns casos, deve instituir parâmetros para a regulação de condutas, de modo a consagrar as diretrizes compatíveis com os objetivos estatais, bem como com os direitos fundamentais por ele assegurados³³.

Além do estabelecimento de um modelo de autorregulação regulada, é preciso realizar medidas que incentivem a denúncia desse tipo de manifestação nas redes sociais, pois, o decréscimo das denúncias gera também a sensação de que o problema não é tratado com a devida relevância, passando a ser visto com certa normalidade, incentivando, de alguma forma, não apenas o discurso xenófobo, mas o discurso de ódio de um modo geral.

Considerações finais

A vulnerabilidade dos grupos atingidos pelo discurso de ódio, exige uma reflexão sobre quais os mecanismos disponíveis para aplacar ou, ao menos, minimizar os danos por eles sofridos, sobretudo quando o discurso de ódio é fortemente influenciado pela disseminação de *fake news* que, conforme visto, mesmo quando cientificamente comprovadas como falsas, podem ainda assim continuar impactando negativamente o cenário de hostilidade estabelecido em plataformas de mídia social.

Com relação a hipótese suscitada ao início desta apreciação, vale ressaltar que ainda não foram publicados os dados empíricos sobre a moderação de conteúdo nas redes sociais, coletados e analisados estatisticamente, o que inviabilizou uma análise com base em dados quantitativos. Isso se deve ao fato de ainda se estar em meio ao período pandêmico, isto é, na fase de coleta desses dados, para apenas depois serem analisados e, então, publicados.

Entretanto, pôde-se observar, a partir do que acima fora exposto, o crescente volume do discurso xenófobo especificamente destinado aos chineses e às pessoas de traços orientais, especialmente em virtude da propagação de *fake news* sobre a criação do vírus, tendo-se constatado que há uma relação intrínseca entre *fake news* e o discurso de ódio, sobretudo, no caso em apreço, entre *fake news* e o discurso xenófobo no contexto da pandemia causada pelo novo coronavírus, confirmando-se a hipótese

³³ HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Inteligência artificial como oportunidade para a regulação jurídica. *Direito Público*, v. 16, n. 90, 2019. p. 18-19.

lançada ao início. O enfoque, calha ressaltar, consiste na xenofobia perpetrada contra chineses. No entanto, nada impede de pessoas de outras nacionalidades serem vítimas de discriminação, seja porque se é nacional de um país oriental, seja porque se é nacional de um país que tenha vivenciado o pico do surto recentemente *e.g.* Itália, Espanha.

Ademais, a postura das plataformas de mídia social, tal como o Facebook, que modificou o modo de atuação na moderação de conteúdo ante a perda de patrocínios em decorrência do discurso de ódio promovido em sua rede, denota a necessidade de um manejo da moderação de conteúdo frente a parâmetros estatais pré-estabelecidos, de modo a conter, em alguma medida, o poder de voz que as plataformas *online* e, conseqüentemente seus patrocinadores, oferecem aos seus usuários, ou deles retiram.

Espera-se, enfim, que a partir desse pequeno contributo, seja possível basilar e impulsionar o desenvolvimento de outras pesquisas sobre a xenofobia, primordialmente em um contexto de pandemia e de sua relação com as tecnologias comunicacionais.

Referências

ABD-ALRAZAQ, Alaa *et. al.* Top concerns of tweeters during the COVID-19 pandemic: infoveillance study. *Journal of medical Internet research*, v. 22, n. 4, 2020.

CHIARETTI, Daniel; LUCHINI, Natália; CARVALHO, Laura Bastos. Mobilidade Humana Internacional em Tempos de Pandemia: reflexos da covid-19 nos direitos dos migrantes e refugiados. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, v. 24, n. 48, p. 59-90, 2020.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. *Coronavirus pandemic in the EU: fundamental rights implications*. Bulletin 1. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020. doi:10.2811/009602

HARTMANN, Ivar A. A new framework for online content moderation. *Computer Law & Security Review*, v. 36, p. 105376-86, 2020.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: a Proteção da Liberdade de Expressão nas Mídias Sociais. *Direito Público*, v. 16, n. 90, 2019.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Autorregulamentação regulamentada no contexto digital. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 146, p. 529-552, jun. 2019.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Inteligência artificial como oportunidade para a regulação jurídica. *Direito Público*, v. 16, n. 90, 2019.

KELLNER, Anna. *Die regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären*. Baden-Baden: Nomos, 2019.

KLEIN, David O.; WUELLER, Joshua R. Fake news: a legal perspective. *Journal of Internet Law*, v. 20, n. 10, p. 5-15, 2017.

KOUKOUTSAKI-MONNIER, Angeliki; SEOANE, Annabelle Seoane. Discours de haine sur l'internet. *Publictionnaire. Dictionnaire encyclopédique et critique des publics*. 2019.

LANDA, César. *El constitucionalismo mundial en épocas de Coronavirus*. Manuscrito, 8 de abril de 2020.

MAGENTA, Matheus. Coronavírus em esgoto de 4 países antes de surto na China aumenta mistério sobre origem do vírus. *BBC News - Brasil*. Londres, 9 de julho de 2020. Disponível em: bbc.com/portuguese/internacional-53347211. Acesso em: 11 jul. 2020.

MARX, Konstanze. Hate Speech: Ein Thema für die Linguistik. In: ALBERS, Marion; KATSIVELAS, Iannis (Orgs.). *Recht und Netz*. Baden-Baden, 2018.

PRESNO LINERA, Miguel Angel. Estado de alarma por coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables. *El Cronista: del Estado Social y Democrático de Derecho. Coronavirus... y otros problemas*, n. 86-87, mar./abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt. Liberdade de expressão e seus limites numa democracia: o caso das assim chamadas “fake news” nas redes sociais em período eleitoral no Brasil. *Revista de Estudos Institucionais*. No prelo.

SARLET, Ingo. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, set./dez. 2019.

SECRETÁRIO-GERAL alerta para “tsunami de ódio e de xenofobia” durante pandemia. *ONU News - Direitos humanos*, 8 de maio de 2020. Disponível em: news.un.org/pt/story/2020/05/1712982. Acesso em: 12 jul. 2020.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. *A Cruel Pedagogia do Vírus*. Coimbra: Almedina, 2020.

STROPPA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFMS)*, v.10, n. 2, 2015.

SUNSTEIN, Cass R. *A verdade sobre os boatos*. Como se espalham e por que acreditamos neles. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

TEUSCHEL, Peter. Phänomen Bullying. In: TEUSCHEL, Peter; HEUSCHEN, Klaus W. (Orgs.). *Bullying: mobbing bei Kindern und Jugendlichen*. Stuttgart: Schattauer, 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RORAIMA. ADI 9000025-43.2020.8.23.0000. rel. Des. Almiro Padilha, Tribunal Pleno, j. 06.02.2020.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da Europa da União Europeia na Recomendação n. 97/20 do Committee of Ministers to member states sobre “hate speech”, 1997.

WHITE, Alexandre. Historical linkages: epidemic threat, economic risk, and xenophobia. *The Lancet*, v. 395, n. 10232, p. 1250-1251, 2020.

ZHENG, Yi; GOH, Edmund; WEN, Jun. The effects of misleading media reports about COVID-19 on Chinese tourists’ mental health: a perspective article. *Anatolia*, v. 31, n. 2, p. 337-340, 2020.

6. RESPONSABILIDADE ÉTICA DA ADMINISTRAÇÃO E LIMITES DA RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS PARA ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA DA COVID-19¹

ETHICAL RESPONSIBILITY OF THE ADMINISTRATION AND LIMITS OF THE RELATION OF THE RIGHT TO PROTECT PERSONAL DATA FOR COPING WITH THE PANDEMIC OF COVID-19



<https://doi.org/10.36592/9786587424149-6>

*Susana Sbrogio'Galia*²

Resumo

O estudo analisa os limites da relativização do direito à proteção de dados pessoais para enfrentamento da crise pandêmica causada pela Covid-19. Considera-se a *accountability* para reafirmar a representatividade popular mediante observância dos preceitos constitucionais voltados à efetividade dos direitos fundamentais, no contexto do Estado democrático. Aferem-se os limites à utilização de dados pessoais, aplicando-se o pensamento tópico-sistemático e, assim, o princípio da proporcionalidade para proteção dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Proteção de dados pessoais. Accountability. Direitos fundamentais.

Abstract

The study analyzes the limits of the relativization of the right to the protection of personal data to face the pandemic crisis caused by Covid-19. It is considered *accountability* to reaffirm popular representativity through the observance of constitutional precepts aimed at the effectiveness of fundamental rights, in the context of a democratic nation. The limits on the use of personal data are assessed, applying

¹ O presente artigo foi elaborado a partir de estudo realizado na disciplina de Interpretação Constitucional e Fundamentos do Direito Público e Privado, no Curso de Doutorado em Direito da PUC/RS, ministrada pelo Professor Doutor Juarez Freitas, a quem agradeço as valiosas contribuições. O material em questão foi apresentado para publicação pela mesma instituição, em junho de 2020, sob orientação e coordenação da Professora Doutora Regina Linden Ruaro.

² Juíza Federal, Mestre e Doutoranda do programa de pós-graduação em Direito da PUCRS.

the topic-systematic thinking and, thus, the principle of proportionality to protect fundamental rights.

Keywords: Protection of personal data. Accountability. Fundamental rights.

1 Introdução: Reconfiguração do Estado a partir da crise

Experimentamos um momento histórico singular, quando o enfrentamento de questões sanitárias transpõe a linha imaginária entre fronteiras e evidencia que a unidade sistêmica da ecosfera é a realidade que se impõe, a despeito de todas as ficções criadas pelo potencial da mente humana. A revolução cognitiva propiciou instaurarem-se estruturas de organização social, desde então, continuamente aprimoradas. A partir da segunda metade do século XX, o potencial e a dinamicidade de acumulação e transmissão de informações proporcionou maior heterogeneidade quanto às instituições que integram a ordem social. Despontam paralelamente aos sistemas institucionais estabelecidos, aos Estados e às comunidades, igualmente sistemas corporativos, econômicos, organizacionais e a sociedade da informação, que agora é tecnológica e digital³. A par do exposto, não seria exagero considerar que vivenciamos, para além de uma época de crise do Estado democrático, uma era dos sistemas.

É quando, então, sobressai a indagação acerca da relação de entrelaçamento das heterogêneas estruturas sociais em um mesmo espaço comum, em que intenções confluem para um mesmo propósito, a partir de valores fundamentais compartilhados. De um lado, o Estado constitucional deve atuar intervindo para proteção de dados pessoais, com a finalidade de resguardar os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, além do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, a um só tempo em que lhe cumpre operar medidas emergenciais para conter crises

³ Deve-se buscar, na Teoria dos Sistemas de Luhmann, a compreensão acerca da relação de implicação dos distintos sistemas. Isso sem desconsiderar as críticas de Habermas, em "*O Discurso Filosófico da Modernidade*", relativamente à anulação da subjetividade na passagem do sujeito ao sistema, com a dissociação da reflexividade do conceito de consciência, o que importaria em substituir a razão centrada no sujeito pela razão centrada no sistema, dando seguimento a uma tradição que se assenta na unilateralidade cognitivo-instrumental e nas tentativas filosóficas de estabelecer uma autocompreensão objetivista do homem e do seu mundo (HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 511-534). Contudo, certo é que não se pode negar o aporte das ideias de Luhmann ao pensamento jurídico, aceitando-se a evolução do conceito de sistema em harmonia com a racionalidade intersubjetiva, como bem explica Juarez Freitas (FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 34).

sanitárias, de proporções pandêmicas, nos moldes desta que experimentamos ante a disseminação da cepa viral Covid-19.

Ao mesmo Estado constitucional incumbe adaptação ao novo cenário e resposta às demandas urgentes, de forma compatibilizada com a observância da base axiológica sobre a qual erigida a ordem jurídica, posto que se supõe residir, nesta arquitetura normativa, o ponto de convergência das distintas intenções dos indivíduos e grupos sociais, com os fundamentos e objetivos do Estado contemporâneo.

Este momento de crise e ruptura apresenta-se ao Estado contemporâneo não mais por uma ameaça política digna de crédito, senão por uma força biológica, que não escolhe vítimas, mas seleciona naturalmente, e por critérios ainda pouco conhecidos, alguns sobreviventes. Momento não mais distópico, em que nunca mecanismos nacionais foram tão fortemente chamados a proteger as vítimas dos custos sociais do antes intitulado “sistema de geração de riqueza”.

A onda de instabilidade impacta um Estado enfraquecido, distante daquele que emergiu detentor do monopólio do poder político e da produção normativa na época das grandes revoluções. Agora, demandas supranacionais exigem conciliação de poder e atribuições, ao passo que demandas internas sugerem que o Estado adote estrutura reduzida e descentralizada.

No entanto, isso não torna o Estado ineficaz ou menos necessário. Ainda é chamado a manter o equilíbrio social e econômico, e permanece possuindo a capacidade de supervisionar e gerenciar a informação. Em meio à crise, temos pela frente a necessidade de reconfiguração das estruturas do Estado-nação para atender a esta nova ordem histórico-cultural, impondo restauração das bases em que fundada a autoridade pública.

Na atualidade, o Estado-nação vive o dilema da necessidade de valer-se de dados pessoais para auxiliar na contenção das consequências nefastas da crise pandêmica, enquanto a Lei 13.709, de 14/08/2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (doravante LGPD) aguarda o decurso de prazo de *vacatio legis*, com expectativa de prorrogação por prazo superior ao anteriormente fixado, mediante deliberação legislativa. Exsurge disto o exemplo mais relevante da mudança de paradigma quanto à feição legalista originária do Estado democrático, assentada na

valorização da ideia de legalidade, que guiou o pensamento moderno relativamente ao exercício do Poder Político⁴.

A inexistência de parâmetros legislativos específicos para proteção de dados pessoais, nos moldes já existentes em outros países e comunidades internacionais, não exime a administração de buscar meios necessários e eficazes para contenção da crise pandêmica em proteção aos destinatários dos serviços públicos, inclusive valendo-se de parcerias com empresas privadas detentoras de tecnologia e informações. Entretanto, não se legitimam, a este pretexto, medidas desproporcionais que exponham e coloquem aqueles submetidos ao poder estatal em situação de vulnerabilidade, com afronta às esferas mais internas de proteção dos direitos fundamentais. E a solução para o impasse não passa nem por deliberações administrativas desprovidas de parâmetros controláveis, tampouco por decisões judiciais enviesadas⁵ e carentes de fundamentação consistente.

O objetivo deste estudo, sem qualquer pretensão de chegar a uma única resposta adequada⁶, consiste na análise das contribuições da argumentação jurídica em dois momentos distintos: em primeiro, quanto à deliberação e regulação pelo gestor público acerca da utilização de dados pessoais no combate à crise pandêmica; em segundo, na justificação das decisões judiciais proferidas no controle dos atos públicos que envolveram a utilização de dados pessoais com aquela finalidade. O problema da ausência de lei específica vigente para proteção de dados pessoais, no contexto jurídico pátrio, impondo-se, de outro flanco, o acesso à informação para adoção de políticas públicas de natureza emergencial, é investigado à luz da doutrina e jurisprudência, com a finalidade de validar elementos já integrantes da ordem jurídica para explicar e justificar a regulação sobre a matéria e a observância dos limites à restrição dos direitos fundamentais perquiridos.

⁴ Conforme George Marmelstein Lima, para o pensamento moderno “*O Estado de Direito era o Estado da Lei, de modo que toda autoridade deveria ser exercida ‘em nome da Lei’, a fim de que se concretizasse o ideal de um ‘governo de leis e não de homens’*” (in *A judicialização da ética*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018, p.85).

⁵ Sobre vieses, falácias e armadilhas psicológicas, vide Juarez Freitas (in *Teoria da regulação administrativa sustentável*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 117-145, set./dez. 2015, pp. 121-128), alicerçado na doutrina de Daniel Kahneman, e igualmente in *Sustentabilidade: direito ao futuro*, 3^a.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 141-170.

⁶ No que concerne ao caráter procedimental do controle jurídico da Constituição, cumpre destacar as considerações de Cruz, segundo o qual, deve-se respeitar o marco, *prima facie* instaurado pelo poder legislativo, quanto às argumentações pragmáticas e ético-políticas. Assim, a “resposta correta” ou “mais adequada” não seria obtida a partir de um consenso ético-subjetivo majoritário, mas sim no procedimento democrático (CRUZ, Álvaro Ricardo de Sousa. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 231-237).

Por essa forma, e a despeito do caráter teórico e científico empregado, não se descarta da sensibilidade que o momento exige quanto ao trato das políticas públicas na relação instaurada entre o administrador e o âmbito individual daqueles que se encontram sob a tutela estatal, notadamente explorando a tensão havida entre liberdade e necessidade de proteção de direitos fundamentais. Tudo sob o enfoque de que a mesma crise, que gera instabilidade e medo, deve se converter na propulsão que faz ir além, superando adversidades e proporcionando adaptação a uma nova realidade. Aqui se pretende, com algum otimismo, antever o início de uma nova fase, em que as liberdades individuais possam ser redimensionadas a partir dos avanços tecnológicos e da interação interdependente, cooperativa e responsável, rumo ao bem-estar comum.

2 Argumentar para explicar e justificar: as perspectivas da argumentação geral e jurídica

Encontrar respostas adequadas para demandas jurídicas que impõem problemas complexos sempre foi uma atividade que suscitou os mais variados debates na doutrina. E, a despeito das diversas vertentes hermenêuticas, pode-se ousar dizer que a tarefa de solver conflitos aparentes de normas ou mesmo suprir inconsistências do ordenamento jurídico converge para o entendimento de que interpretar implica não somente compreender, mas igualmente argumentar. Conceber que a prática jurídica envolve esquemas de argumentação transforma esta atividade, pela via procedimental, em prática controlável, menos subjetiva e individual, reconectando o intérprete ao seu contexto histórico-cultural. É, pois, na argumentação que a compreensão se planifica, permitindo a libertação das armadilhas psicológicas, dos vieses e preconceitos, para que a prática do Direito consista em uma atividade participativa, equânime e fraterna, marcada pela relação vinculativa de apreço, respeito e consideração, que hoje podemos entender, em certa medida, como expressão atual da liberdade e da pretensão de universalidade.

A argumentação geral, na lição de Manuel Atienza⁷, apresenta-se sob duas perspectivas ou contextos. O primeiro denominado contexto de descoberta, sendo

⁷ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: Teoria da argumentação jurídica*. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2^a.Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, pp. 5-10. O autor desenvolve a definição dos contextos de argumentação jurídica com base nas doutrinas de Richard Alan Wasserstrom (*The Judicial Decision*. Stanford: Stanford University Press, 1961) e Martin P. Golding

neste estudo renomeado contexto de deliberação, para fins didáticos. O segundo designado contexto de justificação. As mencionadas perspectivas distinguem o procedimento pelo qual se estabelece a premissa ou conclusão, do procedimento segundo o qual se justifica o emprego da premissa ou conclusão. Tem-se, na perspectiva de descoberta ou deliberação, uma razão explicativa da tomada de determinada posição ou decisão; ao passo que, na perspectiva de justificação, esclarecem-se as razões pelas quais a decisão tomada, ou a posição assumida, seria a mais aceitável ou adequada.

Esta dupla perspectiva permite distinguir entre dois aspectos da argumentação: um deles de âmbito deliberativo, nos moldes do que ocorre nos sistemas de regulação (administrativo e legislativo) e nas decisões proferidas no âmbito do sistema jurídico anglo-americano. O procedimento em questão centra-se nos motivos ensejadores da decisão, explicando não apenas como se decide e argumenta, mas expondo também vieses de modo a sugerir formas de evitar ou reduzir a valoração das informações com base em desvios cognitivos, equalizando, assim, o peso de outras informações.

Outro aspecto da argumentação a ser considerado diz respeito à necessidade de justificação acerca da adoção de determinados argumentos para obtenção de uma dada conclusão, ou seja, fundamenta a adequação do emprego de determinado argumento para obter uma resposta aceitável, em se considerando um contexto fático e jurídico específico. As teorias da argumentação jurídica desenvolvem-se sob esta segunda perspectiva de argumentação, enquanto o estudo da argumentação geral dirige-se à primeira perspectiva.

Contudo, considerar que decisões judiciais se justificam – isto é, não se inserem no âmbito de deliberação ou explicação – não atribui às atividades abrangidas pela perspectiva de deliberação o caráter de puro ato de vontade, não submetido a quaisquer formas de controle. Conforme a seguir se discorre, mesmo o âmbito de deliberação, ou contexto de descoberta, permite que, pelo procedimento - quando observados princípios norteadores da ordem jurídica -, as deliberações sejam controláveis, adequadas e aceitáveis.

Nesta senda, as razões explicativas se confundem com os motivos, compondo estados mentais antecedentes ao ato de deliberação. As razões explicativas destinam-

(*Legal reasoning. Nova York, Borzoi, 1984*), sobre a apropriação da metódica de desenvolvimento do conhecimento científico para a argumentação em geral e especificamente para a argumentação jurídica.

se a entender por qual motivo a ação se realizou, ou para prever a forma de execução de determinada ação; enquanto a perspectiva de justificação destina-se a avaliar o ato de deliberação. Então, diferenciar os contextos de deliberação e justificação importa para aferir critérios procedimentais destinados ao balizamento de deliberações futuras e à avaliação de deliberações existentes.

A iniciar pela compreensão das respectivas razões que conduziram ao ato deliberativo, o processo de deliberação começa pela reunião de informações que posteriormente serão valoradas, segundo escalas específicas, quando será atribuído determinado peso ou importância à dada informação, ocasião em que a informação é sopesada para se inferir o teor do ato deliberativo. O procedimento acima descrito evidencia influência do pensamento tópico de Theodor Viehweg, uma vez que se vale da identificação de premissas ou tópicos retóricos⁸, ideias que encontram respaldo no magistério de Juarez Freitas⁹, evidenciando a pertinência dos elementos da interpretação tópico-sistemática na identificação dos parâmetros de aferição do ato deliberativo. Isso porque o processo de deliberação impõe a coleta de informações e a sistematização de tópicos que devem ser valorados. Esta hierarquia não é conferida *a priori*, vem extraída do sistema e da interação dialógica de todos os partícipes por ele abrangidos¹⁰.

Sob esta perspectiva, pode-se aferir não somente o teor das decisões judiciais, porém, da mesma forma, os atos deliberativos do legislativo e do executivo, neste último caso, pela via da regulação ética e responsiva em termos de *Accountability*.

⁸ Diversamente à lógica formal dedutiva, Viehweg não parte de uma premissa inicial afirmada verdadeira, tampouco segue seu raciocínio por deduções em cadeia. A tópica de Viehweg considera hipóteses verossímeis a partir das quais desenvolve silogismos entrelaçados, valendo-se da concepção de retórica cujos elementos possuem origem na antiguidade e medievo (ATIENZA, Manuel, 2016, p.41).

⁹ Para o autor não há como se conceber, na atualidade, a ideia de sistema fechado: "*Pelo visto, resulta que não se deve pressupor um mundo jurídico acabado fora do pensamento, tampouco pretender constituir ou formular um conceito de sistema fechado à base de definições alheias ao mundo dos valores materiais e históricos. O direito positivo é aberto, vale dizer, a idéia de um suposto conjunto auto-suficiente de normas não apresenta a menor plausibilidade, seja no plano teórico, seja no plano empírico*". E mais adiante: "*Como objeto de cognição e de compreensão, o sistema jurídico mostra-se dialeticamente unitário, aperfeiçoando-se no intérprete, sendo ele – o intérprete-positivador – quem, na multiplicidade cambiante e enigmática da vida, outorga, por assim dizer, unidade ao ordenamento, epistemológica e ontologicamente considerado*" (FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, pp.31-32).

¹⁰ FREITAS, Juarez, 2004, p. 99-102. Sobre a interpretação tópico-sistemática, além da já mencionada obra, do mesmo autor, tem-se especificamente quanto aos atos administrativos: *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

3 Desafios da regulação ética para enfrentamento da crise: *Accountability*

Tem-se na responsabilidade ética ou *Accountability*¹¹ um novo paradigma para a atividade regulatória nos diversos âmbitos de deliberação. Isso porque, por esta via, setores do próprio Estado apuram as consequências e resultados colhidos da atuação dos representantes do povo ou agentes da administração, confirmando a respectiva atuação ou responsabilizando-os. Assim também, faz-se possível conferir se as instituições administrativas comprovam atingir seus objetivos sem desvios ou prejuízos para o bem público. *Accountability*, na acepção de responsabilidade ética, vincula a administração pública e os representantes do povo à observância do programa ético-normativo contido na Constituição, por meio de controle de órgãos e instituições do próprio Estado. E, assim o fazendo, reafirma o compromisso democrático entre representantes e representados, de forma continuada, pela observância dos preceitos constitucionais¹².

No contexto de descoberta/deliberação e na teoria regulatória, a responsabilidade ética surge na qualidade de diretriz de otimização, para que o manejo dos bens e interesses considerados seja realizado na maior proporção possível de um desenvolvimento voltado à obtenção de consequências positivas que contribuam para o bem-estar social. É quando o sistema sociocultural incorpora os valores que vinculam instituições à manutenção de um ambiente colaborativo e favorável ao bem-estar, sob a forma de determinação ética e jurídico-institucional. E tal adquire relevância porque, do aspecto procedimental de consecução deste propósito, poder-se-

¹¹ O termo “*Accountability*” não encontra tradução precisa do idioma inglês para o português. Traduzido por “prestação de contas” ou “responsividade” não alcança todos os espectros da multidimensionalidade nele contida. Representa-se aqui a ideia de controle recíproco entre os Poderes do Estado (*Accountability* horizontal) e prestação de contas e vinculação entre representantes e representados (*Accountability* vertical), pela expressão “responsabilidade ética”. (MIGUEL, Luís Felipe. Impasses da *accountability*: dilemas e alternativas da representação política. Revista de Sociologia e Política, Curitiba, n. 25, nov. 2005. Disponível em <https://doi.org/10.1590/S0104-44782005000200004>. Acesso em 08 de maio de 2020). Ainda sobre a definição de *Accountability*, em sua acepção horizontal e vertical, destaca-se a obra *The Self-restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, editado por Andreas Schedler, Larry Jay Diamond, Marc F. Plattner (Boulder, Colo.: Lynne Rienner Publishers, Inc., 1999).

¹² Sobre democracia continuada pela observância dos preceitos fundamentais da Constituição, tem-se Dominique Rousseau (in *O Direito Constitucional contínuo: instituições, garantias de direitos e utopias*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 8(3): 261-271, setembro-dezembro 2016, Unisinos - doi: 10.4013/rechtd.2016.83.01). Quanto ao caráter dialógico e integrativo, como expressão da representatividade continuada, cita-se Nadia Urbinati (in *Representative Democracy*. Chicago: University of Chicago Press, 2006) e da mesma autora: *Representação como advocacy: um estudo sobre deliberação democrática* (Revista Política & Sociedade. Volume 9 – Nº 16 – abril de 2010, pp. 51 – 88).

á aferir se a atividade deliberativa fornece respostas adequadas e aceitáveis, tornando-a controlável, e não meramente um ato descomprometido e arbitrário de vontade, a exemplo, nas palavras de Eric Hobsbawm, do governo dos “tomadores de decisões”¹³.

É também pela diretriz procedimental, afeta à responsabilidade ética da administração, que o sistema axiológico e o sistema normativo interagem em relação de implicação, tornando dinâmico o sistema jurídico, ao atentar para as vicissitudes da realidade social e para o contexto histórico-cultural. Tudo sem que se verifique confusão de planos distintos de implicação, porquanto os elementos internos de cada sistema, por meio do procedimento apropriado, selecionarão e incorporarão as adaptações relevantes aos sistemas implicados¹⁴.

A *Accountability* é a expressão ética do Estado democrático. E a ética, em se tomando a análise fenomenológica do *ethos*, ostenta natureza reflexiva, havida na inter-relação entre o agir ético individual (aspecto subjetivo da *praxis*) e o *ethos*¹⁵ (aspecto objetivo e universal contido na tradição histórico-cultural). Esta inter-relação opera-se no âmbito individual interno do agente ético, chamando-o à responsabilidade da ação racional. Tal desperta no indivíduo o dever de realização do *ethos*-objetivo, inserido na tradição histórico-cultural, a despeito do influxo emocional e de todos os seus interesses particulares. Isso porque a outra faceta do dever ético condiz com a essência do vínculo de que se origina, qual seja, o reconhecimento pelo agente ético de que sua ação dirige-se para a consecução de valores éticos, em um primeiro momento, entendidos como realização do “bem”, fazendo nascer a consciência moral.

Este fundamento ético, indissociável das múltiplas dimensões do bem-estar, conflui para concretizar a representatividade democrática, ainda que com base em “*standard*” majoritário, uma vez que supera a noção de suposto consenso ficcional,

¹³ HOBBSAWM, Eric. *A Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 557.

¹⁴ A noção de evolução sistêmica é apresentada por Teubner, no seio da tese dos sistemas autopoieticos, com base na Teoria dos Sistemas de Luhmann, que veio a promover a complementação da tese de Campbell, acerca das três funções universais da evolução sociocultural, a saber: (a) variação; (b) seleção; e (c) retenção, ou, como melhor nos parece, manutenção (TEUBNER, Gunther. *Le droit: un système autopoïétique*. Traduit de l' allemand par Gaby Maier et Nathalie Boucquey. Paris: Presses Universitaires de France, 1993, p. 82). Sobre mudança social e interpretação evolutiva do Direito segundo a teoria dos sistemas autopoieticos: SBROGIO'GALIA, Susana. *Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹⁵ Corresponde à transliteração de dois termos gregos: *ēthos* (ἦθος – com o sinal gráfico eta inicial) e *ethos* (ἔθος – com o sinal gráfico épsilon inicial). O primeiro termo – *ēthos* – refere-se ao conjunto normativo dos padrões de conduta de determinado grupo social; enquanto o segundo – *ethos* – designa a constância do comportamento do indivíduo em referência e relação de implicação com o *ethos*-costume, segundo Henrique C.Lima Vaz (*Escritos de Filosofia IV: introdução à ética filosófica*, 1. 7ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015, p. 15)

para assumir a acepção de senso comum, construído na permanente interação dialética e dialógica. É quando se tem presente que a soma das ordens de preferências individuais não tem a aptidão de gerar uma ordem de preferências coletiva¹⁶, mas a representatividade, amparada em valores universais, externa o senso comum.

Por outro lado, a responsabilidade ética do Estado (*accountability*), ao refletir o próprio conteúdo dual do *ethos* (subjetivo e universal), e, por isso, dialógico (inter-relação entre o *ethos* individual: contexto individual; e universal: valores da tradição histórico-cultural), permite que se reafirme o senso comum. Senso comum agora não mais esvaecido em uma nebulosa equivalência a modelos pouco representativos, porém advindo de um processo deliberativo dialógico, centrado em uma base comum – ponto de convergência que possibilite a exposição de ideias e a reflexão crítica, abrindo espaço para alterar perspectivas e, assim também, intervir na disposição dos partícipes com relação ao objeto da deliberação¹⁷.

Por conseguinte, uma teoria regulatória amparada em bases éticas possui esteio na representatividade política legitimada pela inter-relação entre representantes e representados, dentro dos parâmetros previstos na Constituição. Em especial, mediante observância dos limites de restrição aos direitos fundamentais, a atividade regulatória, sob esta formatação, valora benefícios, custos e externalidades, tendo em vista as relevantes diretrizes de consecução¹⁸. Estes propósitos permitirão a hierquização axiológica em concreto, nos moldes da interpretação tópico-sistemática e da argumentação geral e jurídica, a depender do contexto de deliberação ou justificação.

A aferição em concreto atenta para a transformação do Estado-administração diante do dinamismo imprimido pelo liberalismo econômico, exigindo a aplicação de

¹⁶ Sobre o tema, têm-se estudos acerca do Teorema da Impossibilidade de Kenneth J. Arrow (*in A Difficulty in the Concept of Social Welfare*. Kenneth J. Arrow. *The Journal of Political Economy*, Vol. 58, No. 4. (Aug., 1950), pp. 328-346. Stable URL: <http://links.jstor.org/sici?sici=0022-3808%28195008%2958%3A4%3C328%3AADITCO%3E2.o.CO%3B2-R>).

¹⁷ URBINATI, 2010, p. 86.

¹⁸ Na lição de Juarez Freitas: “a diretriz da sustentabilidade conduz à necessidade de reconfiguração do tema da regulação, na presente hipótese, com ênfase em: a) reduzir assimetrias, assumido a incorporação do dado axiológico; b) observar o princípio da máxima transparência, afastando obscuridades do processo regulatório e fomentando a participação social; c) observar o dever de motivação, explicando-se o contexto de deliberação, com maior destaque quando ingressar na seara da restrição a direitos fundamentais; d) atuar de forma sistêmica, viabilizando parcerias e a autorregulação; e) atuar na solução de situações emergenciais, na mesma medida em que evita conflitos; f) assumir metas e contemplar os limites traçados pela Constituição; g) traçar contornos à ponderação dos tópicos a serem ponderados, com atenção à necessidade de prevenção e precaução, evitando que se subestimem ou superestimem riscos; h) concretizar o direito à administração pública eficaz e eficiente, e responsiva.” (FREITAS, 2016, pp. 233-243).

princípios de gestão privada agora também à esfera pública, com ênfase na consecução de metas e na obtenção de resultados. Contudo, colateralmente, essa força motriz faz aflorar movimento tendente ao resgate dos valores do Estado democrático, na acepção de Urbinati, no que concerne à representatividade e ao “*negative power*”¹⁹.

De um lado, tem-se o papel da sociedade na reafirmação contínua da representatividade, mediante postura participativa pelas diferentes formas de controle das políticas públicas por parte dos representados, e, de outro, pela via da responsabilidade ética do Estado (*accountability*), externada, para além do dever de prestação de contas, igualmente na atuação estatal segundo padrões de moralidade, eficácia, eficiência e proporcionalidade.

Em assim sendo, a responsabilidade ética do Estado demonstra-se indissociável da estrutura do Estado democrático, comprometendo gestores públicos a responder por suas ações, decisões e omissões, posto que vinculados a princípios éticos e a normas jurídicas.

Guiado por princípios de gestão, responsabilidade, transparência, observância à ordem jurídica e aos valores sobre os quais a ordem histórico-cultural se encontra erigida, cumpre ao Estado-administração mais do que garantir a satisfação dos usuários de serviços públicos, igualmente construir uma relação de confiança por meio de procedimentos transparentes, da *accountability*, e do diálogo democrático²⁰, nos mencionados parâmetros de Urbinati. Neste cenário, a regulação remete à representatividade democrática legitimada pelo processo dialógico - em que razões explicativas confirmam maior transparência às medias adotadas -, pela participação da sociedade civil e pela responsabilidade do Estado quanto às consequências dos seus atos. E isto pode ser aferido em termos de responsabilidade ética do Estado e das suas instituições, traduzindo-se no agir transparente e responsivo, de prestar contas e responder por seus atos.

Desta sorte, a *accountability* ou responsabilidade ética do Estado submete a atividade regulatória a responder pela relação custo-benefício e pela composição das

¹⁹ UBRINATI, 2006, pp. 28-29.

²⁰ Igualmente sobre *accountability*: Costa, Paulo Jorge Nogueira da (2012), *O Tribunal de Contas e a Boa Governança Contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal*, Dissertação de Doutoramento, Coimbra, FDUC. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/21154/3/O%20Tribunal%20de%20Contas%20e%20a%20Boa%20Governan%C3%A7a.pdf>. Veja-se que *Accountability* pode ser compreendida no sentido de: prestar contas, informar, justificar atos de deliberação de agentes públicos à sociedade por meio de instituições incumbidas deste mister.

externalidades, equacionando a distribuição de benefícios em termos de custo-eficácia, e não apenas por critérios quantitativos ou exclusivamente monetários²¹.

Em que pese a cláusula diretiva inserida no art. 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (doravante LINDB)²², apontando para a necessidade de considerar as consequências práticas das decisões emanadas das diferentes esferas do poder, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo encontra-se implícito em nossa Constituição, assumindo o papel de princípio geral integrador das normas jurídicas, segundo o art. 4º., da já referida Lei de Introdução. Demonstra-se, pois, que, no processo de ponderação, valores não são tópicos abstratos a justificar atos deliberativos. Ao contrário, o influxo axiológico opera em concreto, vinculando-se aos tópicos que serão sopesados com a finalidade de informar o ato decisório.

Isso importa em que, mesmo em situações emergenciais, não subsistam deliberações explicadas exclusivamente por critérios econômicos, porquanto são considerados outros preciosos valores e bens jurídicos em jogo, elementos que não podem ser aferidos monetariamente. Em crises sanitárias, equaciona-se a proteção da vida, saúde e integridade física, com os direitos da personalidade e o direito à proteção da privacidade. Tudo isso, em uma realidade que encerra recursos mal distribuídos e indevidamente alocados.

Para tanto, a regulação, em sua dimensão ética, vale-se do pensamento tópico sistemático para afastar desvios cognitivos²³ embasados na prevalência da racionalidade econômica e autointeressada sobre os demais aspectos da existência humana²⁴. Esta visão fragmentada do ser humano não encontra espaço na ideia seniana de participação popular e no pensamento tópico-sistemático. Veja-se que os tópicos (*topoi*) devem guardar relação com os diferentes interesses dos grupos de indivíduos que integram segmentos sociais. A seleção ou valoração dos tópicos, no entanto, não vem definida *a priori*, por princípios particulares de justiça ou pelas preferências agregadas dos indivíduos em torno destes princípios.

²¹ Sobre o influxo do dado axiológico no esquema da ponderação e desvios de consequencialismo centrado em parâmetros quantitativos, tem-se análise de Juarez Freitas (2015, pp. 121-128).

²² Decreto-Lei 4.657/42, com redação dada pela Lei 12.376/2010.

²³ Sobre vieses da atividade regulatória, vide Juarez Freitas, 2015.

²⁴ SEN, Amartya. *A ideia de Justiça*. Tradução Denise Bottman. Ricardo Doninelli Mendes. 1ª. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, pp. 212-227. Sen descreve perspectiva diferenciada daquela que embasou a teoria da justiça de Rawls. Para Sen, a racionalidade não exclui a autorreflexão e o potencial para outros comportamentos não estritamente motivados pela maximização do dado econômico e pelo autointeresse.

De outra forma, a valoração dos tópicos depende de uma participação pública que empreenda discussão crítica e comprometida em torno destes e da forma como serão sopesados no caso concreto. À vista disto, a diretriz procedimental, centrada no pensamento tópico-sistemático e na aplicação do princípio da proporcionalidade, não contemplará modulações objetivando a obtenção de custos e benefícios diretos, porquanto não há preferências agregadas a princípios de justiça definidos *ex ante*. A atividade de ponderação pressupõe participação pública, assim também diálogo crítico e comprometido. Na intersubjetividade, preferências individuais são atenuadas em prol da interdependência que sugere postura cooperativa, alterando as perspectivas e as variáveis da equação custo-benefício, para abranger externalidades, projetar custos e alcançar benefícios inclusive indiretos²⁵.

Do exposto, extraem-se as premissas de que: a) a representatividade reafirma sua legitimidade democrática no exercício da soberania, entre representantes e representados, de forma dinâmica e contínua, interativa e dialógica, pela concretização das normas constitucionais; b) a legitimação dos atos dos representantes e o real exercício da soberania popular, nos termos do item precedente, pressupõem um processo em que a concretização das normas constitucionais permita a inter-relação sistêmica de valores e normas.

Na atividade interpretativa, articulam-se elementos sistêmicos que selecionam quais mudanças são necessárias para o sistema e quais aspectos devem ser mantidos. Constitui-se um processo unitário cujos métodos não podem ser compartimentalizados de forma estanque, mas culminam por ser conjugados na busca de um equilíbrio quanto ao dado normativo e ao contexto ambiental da Constituição, mediando desde os pressupostos fáticos da Constituição, até a plena atuação da sua normatividade. Conciliam-se, assim, interesses - muitas vezes antagônicos -, e contempla-se a tábua dos valores socialmente relevantes, mediante a ponderação de bens jurídicos e direitos em situação de conflito²⁶.

Em termos de valoração de tópicos com escopo à hierarquização, a diretriz procedimental, voltada à atividade regulatória do Estado, sinaliza no sentido de

²⁵ Conforme Juarez Freitas: “*Em resumo, a regulação sustentável será aquela que reunir condições (cognitivas e não cognitivas) de operar, com a maior impessoalidade possível, tendo em vista a obtenção do menor plexo de custos, diretos e indiretos, e dos maiores benefícios econômicos, sociais e ambientais.*” (2015, p.128).

²⁶ Conforme PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999, pp. 276-278.

“sopesar os benefícios, os custos diretos e as externalidades, ao lado dos custos de oportunidade antes de cada empreendimento”²⁷, conduzindo à aplicação ampliada do princípio da proporcionalidade e ao respectivo subprincípio da proporcionalidade estrita ou ponderação²⁸.

4 Responsabilidade ética e governança digital em tempos de crise

O poder público não se exime de responder pelas demandas advindas dos desdobramentos econômicos, políticos e sociais, levados a efeito pela incorporação das abruptas e radicais transformações tecnológicas, mudanças estas atualmente designadas por “Quarta Revolução Industrial”²⁹. Em uma seara em que a tecnologia não apenas se destina à execução de tarefas, sob a forma de automação, mas, com utilização de softwares de Inteligência Artificial, permite a associação de eventos para aquisição de novos conhecimentos, culminando no “aprendizado de máquina” (*machine learning*), cumpre ao Estado figurar como agente de transformação social por meio da governança digital. E a relevância das ações transparentes e responsivas de governança implica a preparação para a nova configuração advinda desta dinâmica de inovação. A *accountability*, neste específico contexto, consiste postura de gestão e governança, fomentando a responsabilidade social dirigida ao desenvolvimento, na proporção equânime do bem-estar.

Inserir-se, sob esta nova configuração, a regulação para utilização de informações e dados pessoais, constantes das bases informativas públicas e privadas, nas políticas públicas para contenção da pandemia da COVID-19. Com este escopo, devem ser ponderados custos, benefícios e demais efeitos adjacentes da utilização de dados pessoais no combate à crise pandêmica.

²⁷ FREITAS, 2016, p. 35.

²⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 91, n. 798, abr. 2002, p. 40. Assim também ensina Suzana de Toledo Barros (*in O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, pp. 74-87): 1- quanto ao subprincípio da adequação: o meio escolhido deve ser apto à consecução do fim pretendido; 2- quanto ao subprincípio da necessidade: dentre os meios adequados (segundo o item precedente), deve-se escolher aquele que cause menor restrição a direito, isto é, o meio menos gravoso ao cidadão; 3- quanto ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito: deve-se considerar a relação precedência de um bem jurídico em detrimento de outro envolvido no processo de ponderação. Ainda sobre aplicação da máxima da proporcionalidade, tem-se Humberto Ávila (*in Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006) e Susana Sbrogio’Galia (2007)

²⁹ Segundo, Klaus SCHWAB: *A Quarta Revolução Industrial* [livro eletrônico]. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2019.

A hipótese concreta evidencia tratar-se de doença viral altamente contagiosa, o que ampara a adoção de mecanismos que possibilitem identificar aglomerações e deslocamento de pessoas, com potencial de disseminação do vírus, coibindo riscos à vida, saúde e integridade física.

Recursos de rastreamento, em funcionamento em países como Israel, China e Coreia do Sul, e em desenvolvimento para uso na Comunidade Europeia, diferenciam-se entre rastreamento por geolocalização – com identificação e localização de pessoas –, e tecnologias menos invasivas com monitoramento do contato entre pessoas, usando o *bluetooth* dos celulares³⁰. O objetivo dos mecanismos de rastreamento abrange, conforme aspectos políticos e socioculturais de cada nação, desde o monitoramento das regras de isolamento social, até a restrição da liberdade de circulação, na proporção do risco de disseminação da doença.

Frente a impasses teóricos, a escolha regulatória deve oferecer resposta racional para a fixação de critérios de aferição da efetividade das políticas públicas adotadas, importando menor lesão possível aos estamentos internos – ou esferas – de proteção dos direitos individuais³¹. Cumpre equilibrar, no procedimento de ponderação de bens e direitos, a necessidade de proteção à vida, saúde e integridade física, com os direitos da personalidade e da proteção à privacidade. Isso sempre se tendo em conta que o custo financeiro não justifica restrições excessivas e desarrazoadas aos direitos fundamentais, agora cotejados em concreto.

Deste modo, as consequências a serem consideradas no processo de tomada de decisão não serão meramente econômicas, mas terão seu espectro ampliado para alcançar bens que não comportam mensuração em pecúnia.

Para tanto, os tópicos acima mencionados serão sopesados de forma que: 1) a restrição ao direito à proteção da privacidade e aos direitos da personalidade, decorrente da utilização dos dados particulares, atinja a finalidade de conter a propagação do vírus; 2) o meio utilizado seja eficaz e proporcionalmente suficiente para prevenir e evitar o contágio em massa da população, por técnica que acarrete menor restrição a direitos; 3) a restrição aos direitos à intimidade e ao sigilo da vida privada justifique-se na justa medida da preservação da vida, saúde e integridade física da população.

³⁰ Fonte BBC News: disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52357879>

³¹ FREITAS, Juarez, 2015, p. 129.

O primeiro item acima elencado diz respeito à adequação - como congruência na relação meio x fim, quando se deve aferir a eficácia e efetividade do meio escolhido para a consecução da finalidade almejada. Neste sentido, cumpre evidenciar, na forma antes mencionada, que o uso de dados pessoais, notadamente aqueles de telefonia móvel, tem alcançado considerável êxito na detecção de aglomerações e deslocamento de pessoas. A partir de dados de localização, faz-se possível a atuação do Estado reduzindo os focos de disseminação da doença. Portanto, a utilização de dados pessoais é instrumento efetivo e eficaz para implantação de políticas públicas em situações emergenciais.

Envolvendo hipótese de resguardo à vida, saúde e integridade física, a postura ética da sociedade e da administração impõe o dever de cooperação dos indivíduos, no sentido de ceder porção suficiente da sua privacidade para assegurar a proteção dos demais, em nome da interdependência que funda a base ética de toda a sociedade e vem espelhada nos preceitos constitucionais.

Contudo, em termos de direitos fundamentais, não basta apenas averiguar a efetividade e a eficácia da utilização de dados pessoais para proteção à saúde, integridade física e vida, posto que o meio escolhido comporta ser instrumentalizado com nuances distintas, da mesma maneira que importa restrição maior ou menor às cláusulas constitucionais que asseguram a liberdade individual, a privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade. Por isso, deve-se perquirir acerca do meio que apresente menor potencial lesivo a estes direitos e, ainda assim, atinja a finalidade de conter a propagação do vírus.

A análise da razoabilidade adentra, pois, no item subsequente, qual seja, item 2: equivalência entre consecução e suficiente restrição a direitos. Para este intento, inicialmente, refere-se a ausência de legislação específica vigente, em face da *vacatio legis* da Lei 13.709/2018 (LGPD), para traçar diretrizes de mensuração da restrição dos direitos à liberdade individual, à privacidade e ao livre desenvolvimento da personalidade.

O diploma em questão dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade, e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. A LGPD, em seus artigos. 7º. e 11º., estabelece parâmetros de compartilhamento de dados

personais, inclusive aqueles tidos por “dados pessoais sensíveis”³², objetivando a proteção da saúde e da vida. Ocorre que a LGPD, com vigência prevista para agosto de 2020 (24 meses após a publicação), teve *vacatio legis* prorrogada para em 03 de maio de 2021, em virtude da edição da Medida Provisória nº 959/2020.

Ao tempo deste estudo, foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal cinco Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI 6387, ADI 6388, ADI 6389, ADI 6390 e ADI 6393) contra a Medida Provisória nº 954/2020, que prevê o compartilhamento de dados de usuários de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), para a produção de estatística oficial durante a pandemia do novo Coronavírus.

A ministra Rosa Weber, em decisão liminar proferida em medida cautelar relacionada àquelas ações, concedeu a cautela para suspender a eficácia da Medida Provisória n. 954/2020, determinando, em consequência, que o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE “*se abstenha de requerer a disponibilização dos dados objeto da referida medida provisória e, caso já o tenha feito, que suste tal pedido*”³³.

O provimento jurisdicional salientou a ausência de suficiente esclarecimento sobre a forma como a pesquisa levada a efeito pela combatida medida provisória contribuiria na formulação das políticas públicas de enfrentamento da crise sanitária, porquanto “*Não delimita o objeto da estatística a ser produzida, nem a finalidade específica, tampouco a amplitude. Igualmente não esclarece a necessidade de disponibilização dos dados nem como serão efetivamente utilizados*”.

Aduz a relatora a necessidade de a disciplina para compartilhamento de dados em situações emergenciais conter previsão quanto a mecanismos e procedimentos para assegurar o sigilo, a higidez e o anonimato dos dados compartilhados³⁴.

³² Para fins de aplicação da LGPD, consideram-se dados pessoais e dados pessoais sensíveis, nos termos do respectivo art. 5º., incisos I e II: “*I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;*”.

³³ Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387 – DF. Notícia disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442823>

³⁴ Conforme a relatora da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387 - DF, Ministra Rosa Weber: “*Em significativo número, propugnada a restrição da norma aos dados estritamente necessários, bem como a necessidade de elaboração de relatório de impacto de segurança da informação anterior à coleta e uso dos dados (e não posterior, como veiculado), além da maior transparência na definição da finalidade e do uso dos dados compartilhados*”.

E tais parâmetros externam, em suma, que o ato de deliberação do Poder Público para contenção da crise sanitária mediante utilização de dados pessoais deve contemplar o pressuposto ético da *accountability* ou responsabilidade ética do Estado-administração, tornando transparentes e, assim, dotados de publicidade, a finalidade e os meios empregados para compartilhamento de dados pessoais, bem como fixando contornos para a prestação de contas acerca do uso efetivo e eficaz destes dados. Desta maneira, visa a coibir eventuais abusos por parte dos detentores dos aludidos dados, no que se inclui o ente público.

Despontam, outrossim, o dever de exame quanto ao meio suficiente para consecução da finalidade de conter a crise pandêmica e a ponderação sobre os limites da restrição aos direitos fundamentais - item 3 da aferição em concreto da proporcionalidade -, segundo o pensamento tópico-sistemático. Lembra-se aqui o disposto no artigo 20 da LINDB, impondo que as decisões dos órgãos do Estado se amparem em valores jurídicos aferidos em concreto, contemplando-se as consequências práticas da decisão.

No esquema da ponderação e da teoria das esferas ou degraus do Tribunal Federal Constitucional Alemão, poder-se-ia afirmar que, em prol da preservação da saúde, da integridade física e da vida, justifica-se a utilização ou compartilhamento de dados pessoais, em situações emergenciais e em caráter excepcional³⁵. No entanto, respeitar os limites da restrição aos direitos fundamentais exige pensar práticas efetivas e eficazes que adotem tecnologias menos invasivas o com intuito de monitoramento do contato entre pessoas³⁶.

Principalmente, deve-se preservar o sigilo acerca da identidade dos titulares dos dados compartilhados. E, tais balizas devem ser respeitadas pela atividade regulatória, cabendo à administração elucidar a finalidade e a forma de uso dos dados pessoais, e também descrever as estratégias de prevenção e precaução para minimizar riscos, juntamente com a definição de responsabilidades, nos moldes do relatório de impacto à proteção de dados (RIPD). Estes parâmetros conferem transparência à atuação da administração, ao que deve ser agregada ampla publicidade³⁷.

³⁵ Tal pode ser evidenciado em movimentos para utilização consciente de dados, a exemplo do movimento “*data for good*”.

³⁶ Relativamente à proteção da privacidade e autodeterminação informativa, cita-se: RUARO, Regina; RODRIGUEZ, Daniel; FINGER, Brunize (colaboradora), *O direito à proteção dos dados pessoais e privacidade*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n.53, p.0-000, 2011.

³⁷ Sobre as balizas para utilização de dados pessoais e proteção de direitos fundamentais mediante aplicação do esquema da ponderação, vide: RUARO, R., & Rodriguez, D. (2010). *O direito à proteção*

O procedimento acima descrito permite o controle da atividade administrativa sob as perspectivas de deliberação e de justificação. Contempla igualmente a interação de sistemas de natureza axiológica e normativa, sem confusão de planos distintos, porquanto os atos deliberativos ou de justificação não aplicam valores em abstrato, senão que sopesam tópicos, sistematicamente e no caso concreto, quando ponderadas consequências que não se traduzem em parâmetros meramente econômicos. Por essa forma, reafirma-se o compromisso democrático, em permanente construção no espaço comum da Constituição.

Conclusão: Estado democrático e efetividade dos direitos fundamentais na era dos sistemas

A busca pela justa medida ou pela virtude expressa em prudência, quando exigido agir enérgico da administração na preservação do equilíbrio social, do bem-estar e da vida daqueles que consentiram ética e juridicamente em partilhar da ordem estabelecida, não descarta da necessidade de manutenção da ampla participação de todos os segmentos sociais, externando seus interesses e aspirações, na permanente reafirmação do compromisso democrático.

A participação popular sempre esteve na composição dos alicerces dos Estados democráticos³⁸: soberania popular, representação política e princípio majoritário, que juntamente com os pressupostos da separação e harmonia entre os Poderes, deveriam se converter na expressão sincrônica e sinérgica do senso comum, para além da aceção abstrata de consenso desacompanhado da necessária ideia de responsabilidade e comprometimento.

Segundo Eric Hobsbawm³⁹, surge o dilema de um mundo vinculado a um determinado tipo de democracia do homem comum, quando frequentemente eclodiam situações em que a gestão pública era chamada a decidir sobre questões para as quais a opinião pública, com base em interesses pessoais ou polarização partidária, não constituía nenhum tipo de guia. Considera-se um contexto em que a administração poderia contar com a contribuição de informações provindas de um corpo técnico e

dos dados pessoais. Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça, 4(11), 163-180. <https://doi.org/10.30899/dfj.v4i11.438>. Acesso em 02/07/2020.

³⁸ Conforme Robert A. Dahl, In *A democracia e seus críticos*. Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro. Revisão de tradução de Aníbal Mari. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2012.

³⁹ HOBBSAWM, 1995, pp. 556-557.

científico, mantendo as bases democráticas do Estado, para apenas conferir significativo aporte epistêmico à democracia, sem o que o Estado se converteria em mero governo de “tomadores de decisões”.

Nas sociedades contemporâneas, a representação política com pretensões democráticas vem se firmando cada vez mais como um fenômeno dinâmico e dialógico, que se projeta no tempo e no espaço para reforçar continuamente o vínculo entre a sociedade e as suas instituições. E, em situações de crise e emergência, quando exigidas medidas extremas em prol da humanidade, a reafirmação do espaço de convergência entre sociedade e Estado-nação permanece hígida nos preceitos constitucionais.

Os fundamentos e objetivos da ordem constitucional delineiam o caminho que sociedade e Estado estarão em condições de percorrer, enquanto os princípios constitucionais concomitantemente descrevem suas diretrizes procedimentais de otimização, para que este *iter* seja seguido atentando-se às bases éticas do respectivo contexto histórico-cultural.

Diante disto, a regulação ética para o compartilhamento de dados pessoais com escopo à contenção da crise sanitária causada pelo novo Coronavírus não prescinde do emprego da *accountability*, impondo-se transparência, publicidade e prestação de contas acerca da utilização de informações pessoais, em procedimento de aferição tópico-sistemático que sopesse custos, benefícios e externalidades. Este procedimento não dispensa aplicação do princípio da proporcionalidade, com a finalidade de se obter, se não uma única resposta correta para o problema que se instaura diante da crise, ao menos uma resposta racional, adequada e controlável, sob as diferentes perspectivas da argumentação geral e jurídica. E, por meio desta sistemática, poder-se-á alcançar um resultado que importe menor restrição possível ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

A grave crise que vivenciamos traz à luz a constatação de que outras crises, talvez mais opacas do que a atual, foram negligenciadas ao longo do tempo. Na visão de Hobsbawn, é fato que a história nos trouxe até aqui, e que, se almejamos algum futuro, não pode haver uma mera continuação do passado. Então, resta-nos a reconfiguração do Estado-nação sobre bases éticas que consistam em ponto de convergência para a interação dos sistemas que integram o atual panorama histórico-cultural.

Referências Bibliográficas

ARROW, Kenneth J. *A Difficulty in the Concept of Social Welfare*. The Journal of Political Economy, Vol. 58, No. 4. (Aug., 1950), pp. 328-346. Stable URL: <http://links.jstor.org/sici?sici=0022-3808%28195008%2958%3A4%3C328%3AADITCO%3E2.o.CO%3B2-R>).

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: Teoria da argumentação jurídica*. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2^a.Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

COSTA, Paulo Jorge Nogueira da (2012), *O Tribunal de Contas e a Boa Governança Contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal*, Dissertação de Doutoramento, Coimbra, FDUC. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/21154/3/O%20Tribunal%20de%20Contas%20e%20a%20Boa%20Governan%C3%A7a.pdf>.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Sousa. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. Tradução Patrícia de Freitas Ribeiro. Revisão de tradução de Aníbal Mari. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2012.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. *Sustentabilidade: direito ao futuro*, 3^a.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. *Teoria da regulação administrativa sustentável*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 117-145, set./dez. 2015.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade: doze lições*. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HOBSBAWM, Eric. *A Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LIMA, George Marmelstein. *A judicialização da ética*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018.

PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

RUARO, R., & Rodriguez, D. (2010). *O direito à proteção dos dados pessoais*. Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça, 4(11), 163-180. <https://doi.org/10.30899/dfj.v4i11.438>. Acesso em 02/07/2020.

RUARO, Regina; RODRIGUEZ, Daniel; FINGER, Brunize (colaboradora), *O direito à proteção dos dados pessoais e privacidade*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n.53, p.0-000, 2011.

SBROGIO’GALIA, Susana. *Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial* [livro eletrônico]. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2019.

SCHEDLER, Andreas, Diamond, Larry Jay, Plattner, Marc F. *The Self-restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. Boulder, Colo.: Lynne Rienner Publishers, Inc., 1999.

SEN, Amartya. *A ideia de Justiça*. Tradução Denise Bottman. Ricardo Doninelli Mendes. 1^a. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 91, n. 798, abr. 2002.

URBINATI, Nadia. *Representação como advocacy: um estudo sobre deliberação democrática*. Revista Política & Sociedade. Volume 9 – Nº 16 – abril de 2010, p. 51-88.

_____. *Representative Democracy*. Chicago: University of Chicago Press, 2006.

PARTE II
DIREITOS DOS TRABALHADORES E DIREITOS SOCIAIS EM GERAL

7. TELETRABALHO E COVID-19

TELETRAW AND COVID-19



<https://doi.org/10.36592/9786587424149-7>

*Gilberto Stürmer*¹

*Denise Fincato*²

Resumo

O artigo parte de um estudo histórico sobre o teletrabalho, reestabelecendo suas raízes a partir da experiência de Chappe. Conceitua o instituto, alinhando seus elementos essenciais e passa a comentar cada um dos dispositivos inseridos no “Capítulo II-A” da Consolidação das Leis do Trabalho, que passa a albergar os artigos 75-A e seguintes, que regulamentam a modalidade de trabalho no Brasil a partir de 11 de novembro de 2017 (vigor da Lei nº 13.467/2017 – Reforma Trabalhista). Passo seguinte, enfrenta as alterações trazidas pelas Medidas Provisórias nº 927 e 936 de 2020, editadas em razão do Decreto Legislativo de Estado de Calamidade (nº 06/2020), que autorizou uma série de medidas flexibilizatórias. Conclui no sentido de que não há incompatibilidade entre as regras sobre teletrabalho previstas na CLT e aquelas presentes na Medida provisória nº 927, já que, nesta, a questão maior a ser enfrentada é a escassez de tempo para formalizações em função da calamidade pública, entendendo-se que devem ser preservados dois direitos sociais fundamentais: Saúde e Trabalho.

Palavras-Chave: Teletrabalho. COVID19. Coronavírus. Estado de Calamidade.

Abstract

The article starts from a historical study on telework, re-establishing its roots from

¹ Advogado e Parecerista. Titular da Cadeira nº 100 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Titular da Cadeira nº 4 e Fundador da Academia Sul-Rio-grandense de Direito do Trabalho. Presidente da Academia Sul-Rio-grandense de Direito do Trabalho (2018/2020). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2000), Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade Federal de Santa Catarina (2005) e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Sevilla (Espanha) (2014). Professor Titular de Direito do Trabalho nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (Especialização, Mestrado e Doutorado) na mesma Escola. E-mail: gsturmer@sturmer.com.br.

² Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidad Complutense de Madrid (Espanha). Doutora em Direito pela Universidad de Burgos (Espanha). Visiting Researcher na Università degli Studi de Parma (Italia). Professora Pesquisadora do PPGD da PUCRS. Titular da Cadeira nº 34 da ASRDT. Advogada e Consultora Trabalhista. E-mail: dpfincato1@gmail.com.

Chappe's experience. Conceptualizes the institute, aligning its essential elements and starts to comment on each of the provisions included in “Chapter II-A” of the Consolidation of Labor Laws, which now houses articles 75-A and following, which regulate the type of work in the Brazil from November 11, 2017 (Law No. 13,467 / 2017 - Labor Reform). Next step, it faces the changes brought by Provisional Measures No. 927 and 936 of 2020, edited due to the Legislative Decree of the State of Calamity (nº 06/2020), which authorized a series of easing measures. It concludes in the sense that there is no incompatibility between the rules on telework provided for in the CLT and those present in Provisional Measure No. 927, since, in this, the biggest issue to be faced is the lack of time for formalization due to public calamity, understanding two fundamental social rights must be preserved: Health and Work.

Keywords: Teleworking. COVID19. Coronavirus. State of Calamity.

1 Introdução

O teletrabalho foi fenômeno construído no espaço entre a administração de empresas e a tecnologia da informação. Talvez por isto, seu conceito foi dali importado e o trato jurídico ao instituto tardou a chegar. Nas últimas duas décadas, no Brasil, embora já se pensasse sobre o assunto enquanto um fato jurídico, pouco se escrevia sobre o mesmo, refletindo-se isto na ausência de legislação acerca desta modalidade laboral. O instituto foi regulado pela Lei nº 13.467/2017, que inseriu na CLT, os artigos 75-A a 75-E.

Em março de 2020, com a chegada da pandemia de coronavírus ao Brasil, uma das alternativas para a continuidade de negócios e preservação de empregos de que se lançou mão foi exatamente o teletrabalho. Durante a vigência do Decreto-Legislativo nº 06/2020, que decreta Estado de Calamidade no Brasil, estima-se que uma grande parte da população trabalhadora brasileira alterará o perfil de seu contrato para a prestação remota de serviços, ensejando uma série de questionamentos e desdobramentos. Mesmo antes do vigor da Medida Provisória nº 927/2020, especialistas alertavam³ para o potencial do teletrabalho como mecanismo que permitiria a conciliação da continuidade do trabalho com as políticas de isolamento social.

³ Neste sentido, ver: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/covid-19-e-relacoes-de-trabalho-planejando-a-parada/>

Enfim, é sobre o teletrabalho e sua utilização em tempos de pandemia de Coronavírus no Brasil que este estudo trata, esperando contribuir para a compreensão do tema e, com isto, oportunizar uma melhor aplicação da norma.

2 Conceito de teletrabalho

No teletrabalho, conjugam-se elementos que permitem identificar algo além do mero trabalho fora do estabelecimento (sede física) do empregador. Tem-se a presença obrigatória da tecnologia da comunicação e informação, quer como ferramenta de trabalho, quer como mediadora da distância relacional, ou até como próprio espaço (virtual) de trabalho.

Não pode, como visto, ser singelamente equiparado ao trabalho à distância e tampouco, como se verá, ser igualado a trabalho em domicílio (*home office*), constituindo-se, portanto, em figura *sui generis*.

Barros⁴, neste sentido, aponta para ausência de limites do teletrabalho, que prioriza o trabalho intelectual e ultrapassa fronteiras territoriais tradicionais:

Aliás, esta nova forma de trabalhar transcende os limites territoriais e poderá ser transregional, transnacional e transcontinental. Ela permite até mesmo a atividade em movimento. Esse tipo de trabalho é executado por pessoas com média ou alta qualificação, as quais se utilizam da informática ou da telecomunicação no exercício das atividades.

Seu conceito, no Brasil, foi firmado na legislação (art. 75-B da CLT) e, dado o foco deste estudo, reiterado no Capítulo II (art. 4º § 1º) da MP nº 927/2020.

1 História do teletrabalho⁵

Reverter a história do teletrabalho significa mergulhar nas interações entre

⁴ BARROS, A.M. de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo, LTr, 2016, p. 213

⁵ Mais informações sobre a história do teletrabalho em: FINCATO, D.P.; CRACCO, H.B; SORIA, J.S. De Chappe a Nilles: a evolução da tecnologia no trabalho e a invenção do teletrabalho – uma revisão necessária. In: **Teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha**: Tomo I / organizadores Carlos Luiz Strapazzon. Rodrigo Goldschmidt, Robison Tramontina. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2013, p. 109-122

tecnologia e trabalho ao longo da evolução da humanidade, especialmente da tecnologia que permite o envio do trabalho ao trabalhador, que desterritorializa a relação laboral, ao menos em uma de suas vias de tráfego.

Neste tópico, o presente estudo ultrapassa os referenciais ordinários acerca do tema, que fixam na figura de Jack Nilles o surgimento do teletrabalho e, de forma apressada, lhe atribuem a “invenção” desta modalidade laboral. Em verticalização, se observa que o fenômeno tem intensa e visceral relação com um significativo objeto, fruto da evolução tecnológica: o **telégrafo óptico** também chamado **telégrafo sinaleiro**, inventado por *Claude Chappe*⁶.

Cientista e pesquisador, Chappe inventou um sistema de comunicação visual, realizando sua primeira experiência pública de comunicação à distância em 1793. O sistema baseava-se nos pêndulos de relógios e consistia na instalação de duas hastes com agulhas e números móveis, no topo de edificações altas, pelas quais se poderiam transmitir mensagens, entre elas ordens de serviços e orientações de tarefas. Entende-se que o distanciamento entre o gestor e os prestadores de serviço concretiza o **elemento geográfico**, um dos caracterizadores do teletrabalho. O **elemento organizacional** pode ser identificado no arranjo operacional em que o trabalho remoto se insere. A sua vez, o **elemento tecnológico**, inafastável à sua caracterização até os dias atuais, estaria, no caso particular, concretizado no uso do telégrafo sinaleiro, tecnologia de comunicação que levava o trabalho ao trabalhador. Mais de um século depois (nos anos 1970), a discussão acadêmica sobre teletrabalho ganha corpo com os trabalhos de Jack Nilles, um ex-cientista aeronáutico⁷, que define teletrabalho como qualquer forma de substituição dos deslocamentos relacionados ao trabalho por meio do uso de tecnologias de informação e comunicação – TIC’s, tais como os telefones e computadores. Fulcral no conceito de Nilles é a noção de substituição: os deslocamentos do trabalhador de sua residência para o empregador são substituídos (total ou parcialmente) pelo uso das tecnologias de informação e

⁶ Claude Chape: abade, engenheiro e inventor francês, nascido na cidade de Brûlon. De uma típica e rica família da nobreza francesa, chegou a enveredar-se por vida religiosa, mas foi atingido pela revolução e pela instabilidade financeira por esta gerada. Mais por necessidade que por vocação, juntou-se a seus quatro irmãos, todos então igualmente desempregados: pretendiam dar novos rumos às suas vidas e, como efeito colateral de sua atuação, deram também novos rumos à engenharia e ao mundo do trabalho. Sobre a biografia e obra de Chappe, ver mais em: <http://www.telegraphe-chappe.com/chappe/portail.html>

⁷ ALVES, R.V. Teletrabalho: um conceito complexo no Direito Brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**. v. 35: 385-394, 2007

comunicação. A noção de substituição de deslocamento, aos poucos, vai sendo substituída pela noção de distância e utilização da tecnologia vem como forma de mediá-la, sem que se fale, propriamente, em deslocamentos⁸.

No Brasil, o tema tarda a chegar, quer no plano teórico, quer no plano prático⁹. Para fins jurídicos, tanto mais. Como já destacado, o trabalho telemático foi admitido pela legislação brasileira apenas em 2011 e o teletrabalho somente foi formalmente reconhecido e regrado na Reforma Trabalhista, em 2017. Com a pandemia Covid19, ganha popularidade e destaque, merecendo ênfase na Medida Provisória nº 927 de 2020, atualmente em vigor.

2 O teletrabalho no Brasil, pré-Covid19

Neste tópico, realizam-se anotações a cada um dos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho que tratam especificamente sobre o teletrabalho.

A Lei nº 13.467/2017 altera o *status quo* da igualização genérica estabelecida pelo artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT¹⁰ entre o trabalho a distância e o trabalho presencial. Pela Reforma, abre-se capítulo para acomodar a normatização do teletrabalho e há, ainda, duas outras referências ao teletrabalho dispostas na CLT: os artigos 62, III¹¹ e 611-A, VIII: o primeiro, para localizar o teletrabalho entre as formas de prestação de serviço subordinado excluídas do controle da duração de jornada e o segundo para dizê-lo tema factível de negociação coletiva.

⁸ Em amadurecimento à ideia de que o virtual também pode se constituir em espaço de trabalho. STEIL, A.V.; BARCIA, R.M. Um modelo para análise da prontidão organizacional para implantar o teletrabalho. In: **Revista de Administração**. São Paulo v.36, n.1, p.74-84, janeiro/março 2001.

⁹ Cita-se a SERPRO como das primeiras empresas a utilizar, oficialmente, o teletrabalho como forma de prestação de serviços no Brasil. Neste sentido, ver: PINTO, J. O. **Avaliação da viabilidade de implantação do teletrabalho no domicílio: um estudo de caso no SERPRO**. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: UFSC, 2003

¹⁰ Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 12.551, de 2011)

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

¹¹ Em razão de sua exclusão do regime de controle da duração do trabalho, alguns doutrinadores têm entendido que os contratos em regime de teletrabalho não são suscetíveis de redução de jornada/salário (MP 936/2020). Neste sentido, ver BOMFIM, Volia. MP 936 – Medidas Trabalhistas para o enfrentamento da crise. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TJ-YytPp6Mw>. Acessado em: 15 abr. 2020.

Seguindo o exemplo de ordenações estrangeiras e o próprio costume da CLT, o legislador ocupa-se em positivar a conceituação do teletrabalho, acertadamente identificando-o como mera forma diferenciada de prestar serviços. Com isto, afasta-se a ideia de que os teletrabalhadores ocupariam categoria profissional diferenciada, por exemplo, eis que qualquer atividade em que possível a transmissão/realização do trabalho pelas tecnologias de informação e comunicação torna-se passível de teletrabalho. O dispositivo legal bem vincula os elementos caracterizadores do teletrabalho, já reiteradamente apresentados pela doutrina de forma sistematizada¹² e, em seu parágrafo único, aponta que o fato de o empregado remoto comparecer à empresa para desempenho de tarefas específicas não altera a natureza do contrato. Isto pode se dar inclusive com rotina, como é natural no teletrabalho¹³, devendo apenas ser previsto no contrato entre as partes.

Atribuindo caráter especial à modalidade contratual, o legislador impõe forma à contratação do teletrabalho: expressa e, ao que se concluirá com a análise dos artigos seguintes, escrita. Diferentemente, portanto, da contratação ordinária empregatícia, não se admitirá teletrabalho (e suas benesses, como a exclusão do regime de controle da duração do trabalho) pela forma tácita. A forma expressa escrita¹⁴ se justifica em razão da quantidade de temas que devem ser regrados de maneira inequívoca entre as partes, como adiante se verá. Na avença, deve-se registrar com a maior exatidão possível as atividades que serão realizadas pelo empregado em regime de teletrabalho. Recomenda-se, já pelo contido no dispositivo anterior, a previsão acerca das circunstâncias em que se admitirá ou exigirá que o teletrabalhador preste serviços de maneira presencial, estipulando a preponderância da atividade remota como a regra

¹² Geográfico (ou topográfico): o teletrabalhador desempenha suas atividades fora do espaço tradicional (físico) da empregadora (matriz e filiais, comumente); Tecnológico: o teletrabalhador desenvolve suas tarefas mediante o emprego de tecnologia da informação e comunicação que poderá, ainda, ser identificada como a mediadora da relação ou como o próprio espaço de trabalho; Organizativo: o empregador deverá estar organizado, em sua estrutura produtiva e de recursos humanos, para o teletrabalho, visualizando o trabalhador remoto como integrante de sua rede de empregados em todas as ações e estratégias (ambiência laboral, medicina do trabalho, capacitações e promoções, etc). Ver mais em: FINCATO, D.P. Meio Ambiente Laboral e Teletrabalho. In: **Anais do IV Congresso Ibero-Americano de Teletrabalho e Teleatividades**. Porto Alegre: Magister, 2011, p. 36-48

¹³ Quando se procura tangenciar os efeitos do isolamento e marginalização estrutural do trabalhador remoto via reuniões, atividades de integração e capacitações corporativas presenciais ou mesmo admitindo flexibilidade para prestação do serviço na sede física do empregador, se assim o empregado desejar, quando quiser.

¹⁴ Pois, ao registrar apenas “forma expressa”, o legislador deixa azo à possibilidade de sua expressão verbal.

prestacional a vigorar entre as partes e deixando claro que tais episódios não descaracterizarão o contrato.

Os parágrafos preveem hipótese de variação das condições contratuais, admitindo que possa o teletrabalho surgir como opção no decurso da relação laboral ou prevendo eventual necessidade de reverter o originário regime telemático durante a contratação, volvendo-o presencial. No Brasil decorrerá de mútuo acordo, contido em aditivo contratual (evidentemente expresso e escrito, por lógica sistemática). A alteração¹⁵ pelo empregador do regime de teletrabalho para trabalho presencial não pressupõe mútuo acordo¹⁶, mas sim aviso prévio mínimo de 15 dias, a ser expresso e escrito em aditivo contratual e com finalidade de permitir tempo de “transição”, segundo o texto legal.

O legislador atribui às partes o direito-dever de dispor acerca da aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos e infraestrutura para o teletrabalho, devendo ser estas cláusulas obrigatórias nos contratos respectivos. Entende-se que se as partes assim não dispuserem, pela lógica protetiva laboral, aliada ao fato de que, genericamente, é do empregador o risco do empreendimento¹⁷, em eventual demanda judicial será atribuído ao empregador o dever de ressarcir os custos eventualmente arcados pelo teletrabalhador na composição da infraestrutura necessária à prestação do trabalho remoto, incluindo-se aí a aquisição e manutenção de equipamentos informáticos. O legislador também cita as despesas eventualmente arcadas pelo empregado, apontando que poderão ser *reembolsadas* pelo empregador.

Se entregues bens, custeados serviços ou ressarcidas despesas ao empregado, tais “utilidades” não serão consideradas verbas de natureza salarial e não integrarão a remuneração do trabalhador, a exemplo do que já acontece com os benefícios previstos

¹⁵ Pela redação, não se pode afirmar que esta alteração importa em reversão ao trabalho presencial anteriormente desempenhado pelo ora teletrabalhador. Ao revés, entende-se que poderá o empregador, se assim entender pertinente ao arranjo de seus meios produtivos, extinguir postos de trabalho remoto, a modalidade remota de trabalho em seu empreendimento ou determinar que um teletrabalhador específico preste serviços presencialmente.

¹⁶ Como ocorre em Portugal, art. 166 “[...] 6 - O trabalhador em regime de teletrabalho pode passar a trabalhar no regime dos demais trabalhadores da empresa, a título definitivo ou por período determinado, **mediante acordo escrito com o empregador**”. Disponível em: http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_LR1_004.html#LOO4S14. Acessado em 28 set. 2017 (grifou-se)

¹⁷ Art. 2º da CLT: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, **assumindo os riscos da atividade econômica**, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”, recordando que a direção da prestação pessoal de serviços pode se dar por meio telemático para os fins de caracterização da subordinação, segundo o que estabelece o artigo 6º da CLT.

no artigo 458 § 2º da CLT¹⁸ ou com a Participação nos Lucros e Resultados disciplinada pela Lei nº 10.101/2000¹⁹.

Uma das grandes preocupações com o trabalho remoto é a questão do controle da boa ambiência laboral, que deve seguir ditames de equilíbrio e salubridade idênticos ao espaço presencial, atribuindo o Judiciário tal responsabilidade ao empregador, tradicionalmente. percebe-se que o legislador reformista segue a lógica CLT, que no artigo 157 determina que o empregador instrua seus empregados acerca dos riscos do trabalho e do ambiente de labor, educando-os para a precaução.

Até o decreto de calamidade²⁰, tinha-se o contrato de teletrabalho como um pacto especial e formal, com requisitos inarredáveis, pautado pelo princípio da inalterabilidade *in pejus*. Com a pandemia, dada a recomendação de isolamento social, o teletrabalho revelou-se a única forma de trabalho possível e, com isto, viu-se a necessidade de flexibilizar, com urgência, sua ritualística (forma, prazos e protocolos), o que será melhor visto a seguir.

3 O teletrabalho em tempos de Covid19: impactos do “direito do trabalho de emergência”

Em 06 de fevereiro de 2020, foi publicada a Lei nº 13.979, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

Em relação ao Direito do Trabalho, as principais Medidas Provisórias editadas foram a 927, de 22 de março de 2020 e a 936, de 01 de abril de 2020.

A MP 927/2-0, estabeleceu no seu art. 3º que, para enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública e para a preservação do

¹⁸ Art. 458 – [...]§ 2º Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador: I – vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço; II – educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos a matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático; III – transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público; IV – assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde; V – seguros de vida e de acidentes pessoais; VI – previdência privada; VII – (VETADO) VIII - o valor correspondente ao vale-cultura. Disponível em: <http://cltonline.blogspot.com/2010/02/art-458.html#ixzz4u1k5x1zf>

¹⁹ Lei nº 10.101/2000 – Dispõe sobre a Participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10101.htm. Acessado em 31 out 2017.

²⁰ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm, acessado em 15 maio de 2020.

emprego e da renda, poderão ser adotadas pelos empregadores, dentre outras medidas, o teletrabalho.

Os dispositivos da MP que tratam do teletrabalho são os seguintes:

Artigo 4º. Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá, a seu critério, alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho à distância e determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio no contrato individual de trabalho.

Veja-se que as disposições nele previstas poderão ocorrer apenas e tão somente durante o estado de calamidade pública. Neste caso, o direito potestativo do empregador prevalece. Não há falar em alteração contratual lesiva, uma vez que a autorização decorre de políticas públicas que visam conter o possível contágio dos empregados com o vírus em ambientes com muitas pessoas.

A alteração, a critério do empregador, diz respeito ao regime de trabalho, do presencial para o teletrabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho à distância, bem como determinar o retorno ao regime de trabalho presencial.

A alteração não depende da existência de acordos individuais ou coletivos e nem do registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho. Isto porque o período é curto e as necessidades são prementes, devendo ser afastada qualquer burocracia que retire a eficácia pretendida.

§ 1º. Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho à distância, a prestação de serviços preponderantemente ou totalmente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e comunicação que, por sua natureza não configurem trabalho externo, aplicável o disposto no inciso III do caput do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943.

Apesar do inciso III, do art. 3º, da MP nº 927/20 ter se utilizado da expressão “teletrabalho”, espécie de trabalho à distância, na verdade, toda e qualquer modalidade de trabalho à distância, mesmo que trabalho em domicílio em sentido estrito, pode ser utilizada como alternativa para enfrentamento da pandemia do Covid-19.

§ 2º. A alteração de que trata o caput será notificada ao empregado com antecedência de, no mínimo, quarenta e oito horas, por escrito ou por meio eletrônico.

A direção do trabalho pelo empregador não se confunde com o fato de que a alteração deve ser noticiada com prazo razoável. Dada a necessidade premente, a MP fixou este prazo em, no mínimo, quarenta e oito horas. Assim, tanto a alteração do regime de trabalho presencial para teletrabalho, quanto o retorno para o presencial, não seguem a regra geral da CLT, de quinze dias (art. 75-C, § 2º). Neste caso, em função da calamidade pública, reitera-se, o prazo necessariamente deve ser reduzido.

§ 3º. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, pela manutenção ou pelo fornecimento dos equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho à distância e ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado serão previstas em contrato escrito, firmado previamente ou no prazo de trinta dias, contado da data da mudança do regime de trabalho.

A Medida Provisória, de forma clara, determina que a aquisição, manutenção e fornecimento de equipamentos e infraestrutura para a realização do teletrabalho deve estar prevista em contrato. Tal disposição não se confunde com a alteração contratual. Aqui, o caso, é deixar claro o que é responsabilidade de quem. É claro que, em regra e até por razoabilidade, equipamentos e infraestrutura especiais, que não são comuns, devem ser fornecidos pelo empregador. De todo modo, tais disposições devem estar expressas no contrato.

Por outro lado, a Medida Provisória determinou que o contrato que tratar das disposições relativas a equipamentos e infraestrutura, deve ter sua forma por escrito, firmado previamente, em até trinta dias, contados da mudança do regime de trabalho.

§ 4º. Na hipótese de o empregado não possuir os equipamentos tecnológicos e a infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, do trabalho remoto ou do trabalho à distância:

I – o empregador poderá fornecer os equipamentos em regime de comodato e pagar por serviços de infraestrutura, que não caracterizarão verba de natureza salarial; ou

II – na impossibilidade de fornecimento do regime de comodato de que trata o inciso I, o período da jornada de trabalho será computado como tempo de trabalho à disposição do empregador.

Neste dispositivo é aberta a hipótese de o empregado não possuir os equipamentos tecnológicos e a infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, o que, não raramente, é comum. Nesses casos, o empregador poderá (não deverá) fornecer os equipamentos em regime de comodato, bem como, poderá (não deverá) pagar os serviços de infraestrutura, tais como luz, internet, etc., não caracterizando tal pagamento, verba de natureza salarial, o que é lógico por se tratar de valores recebidos para o trabalho e não pelo trabalho.

Pode ocorrer, contudo, de o empregador também não ter condições de oferecer equipamentos em regime de comodato aos seus empregados. Neste caso, mesmo não havendo como realizar as atividades necessárias, o período caracterizar-se-á como tempo à disposição do empregador. Não poderia ser diferente, já que o risco da atividade econômica é do empregador.

§ 5º. O tempo de uso de aplicativos e programas de comunicação fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou coletivo.

Veja-se que o dispositivo trata da utilização de aplicativos e programas de comunicação fora da jornada normal do empregado. De qualquer forma, considerando que os empregados em regime de teletrabalho não estão sujeitos às regras de limites de jornada, pagamento de horas extras, pagamento de sobreaviso ou horas de prontidão, salvo previsão em acordo individual ou coletivo, parece desnecessário e ineficaz o parágrafo 5º.

Art. 5º. Fica permitida a adoção do regime de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho à distância para estagiários e aprendizes, nos termos do disposto neste Capítulo.

A regra geral da CLT sobre teletrabalho não exclui estagiários e aprendizes. Ainda que estagiário seja regulado por lei própria e a relação de fato existente sequer possa ser dita trabalhista, há aspectos do trabalho subordinado que a ele se aplicam. O aprendiz, por outro lado, está regulado na própria CLT, nos artigos 428 a 435.

Veja-se que a MP nº927/20 não tratou das precauções que o empregado deve tomar para evitar doenças e acidentes de trabalho. Assim, aplica-se aos casos de

teletrabalho decorrentes da calamidade pública pelo Covid-19, a regra geral constante do art. 75-E e parágrafo único, da CLT.

Art. 33. Não se aplicam aos trabalhadores em regime de teletrabalho, nos termos do disposto neste Medida Provisória, as regulamentações sobre trabalho em teleatendimento e telemarketing, dispostas na Seção II, do capítulo I, do Título III, da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452.

O dispositivo está contido no Capítulo X da Medida Provisória nº 927/20, que trata de outras disposições em matéria trabalhista.

É claro que o teletrabalho não se confunde com as atividades relacionadas ao trabalho de teleatendimento e ao trabalho de telemarketing. A disciplina normativa dessas atividades encontra-se nos arts. 227 a 231 da CLT.

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: [...] III - os empregados em regime de teletrabalho.

O comando do artigo 62, inciso III, da CLT, se aplica ao teletrabalho previsto na regra geral (arts.75-A a 75-E, da CLT) e, também ao teletrabalho do regime de exceção decorrente da calamidade pública pelo Covid-19 e normatizado na MP nº 927/20.

Embora não fosse necessário, o § 1º, do art. 4º da MP Nº 927/20, já examinado, dispõe expressamente sobre a aplicação do art. 62, inciso III, da CLT, no caso.

Assim, o empregado em regime de teletrabalho em função da pandemia do coronavírus, não registrará horário e não terá direito ao adicional de horas extras

Conclusão

O teletrabalho é modalidade contratual com a gênese da Revolução Informacional. Seus fundamentos são diversos do trabalho concebido e regido na Revolução Industrial e, por isto, carecia verdadeiramente de regulamentação própria. Equivocou-se o legislador nacional, em 2011, ao declarar a equiparação de tratamento entre trabalho presencial e trabalho a distância o que, atualmente, vê-se corrigido com o correto destaque ao teletrabalho.

O teletrabalho é tipo do gênero trabalho a distância enquanto o teletrabalho em domicílio é tipo do gênero teletrabalho. De onde se conclui que não é correto utilizar

como sinônimo de teletrabalho quer a expressão trabalho a distância, quer trabalho em domicílio (e sua variante *home office*).

No teletrabalho, o centro das constatações e do estabelecimento das consequências da relação de emprego deixa de ser o local de trabalho e a compra de horas do dia do empregado. O tempo do trabalho, portanto, deixa de ser tão relevante, o que pode ser positivo, inclusive ao empregado, que passa a ver viável a consecução de sua antiga vindicação pela conciliação digna de suas diversas dimensões vivenciais. No teletrabalho, não há compra de tempo, não há jornada a cumprir. O teletrabalho é atemporal e flexível.

Em âmbito nacional, embora com diversos anos de atraso (inclusive em comparação com países sul-americanos), o Brasil finalmente regula as relações de teletrabalho, reconhecendo o fenômeno, quando subordinado, como tipo especial de contrato de trabalho e impondo, para sua validade, a forma escrita. Seguindo a lógica reformista, delega, às partes, em diversos momentos, a decisão sobre questões afetas ao estabelecimento e dinâmica do ajuste (equipamentos e despesas, p.ex.) e impõe ao empregador o dever de instruir o empregado em regime de teletrabalho sobre saúde e segurança no (tele)trabalho.

Para além das regras sobre teletrabalho contidas na CLT, nos seus arts. 75-A a 75-E, o modelo teve que ser adaptado às necessidades do período de calamidade pública decorrente do Covid-19, onde o tempo é escasso e tudo deve ser realizado com maior brevidade, sob pena de perder-se a efetividade e, com ela, empregos e vidas. Daí dizer-se que a MP nº 927/2020 não criou nada com relação ao teletrabalho, sendo também equivocado dizer-se que a MP teria criado um “novo teletrabalho”, ao revés, apenas foram amenizadas as formalidades da CLT (arts. 75-A a 75-E) antagônicas ao momento de urgência. Passados estes tempos difíceis - e não de passar – a CLT voltará a vigorar em todo o seu conteúdo.

É certo, portanto, que não há incompatibilidade entre as regras sobre teletrabalho previstas na CLT e as regras sobre teletrabalho previstas na MP nº 927/20, elas se complementam com o fito de entregar à sociedade normas que efetivamente lhe amparem e orientem.

Referências Bibliográficas

ALVES, R.V. Teletrabalho: um conceito complexo no Direito Brasileiro. In: **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**. v. 35: 385-394, 2007;

BARROS, A.M. de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo, LTr, 2016.

BOMFIM, Volia. MP 936 – Medidas Trabalhistas para o enfrentamento da crise. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TJ-YtPp6Mw>. Acessado em: 15 abr. 2020.

FINCATO, D. P. Teletrabalho: aproximações epistemológicas. In: **Revista Magister Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, v. 26, p. 68-72, 2009.

FINCATO, D. P. Teletrabalho: estudos para regulamentação a partir do direito comparado. In: FINCATO, D. P. (Org.). **Novas tecnologias e relações de trabalho: Reflexões**. Porto Alegre: Magister, 2011.

FINCATO, D. P. Teletrabalho: uma análise juslaboral. In: **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 236, p. 40-56, 2003.

FINCATO, D.P. Meio Ambiente Laboral e Teletrabalho. In: **Anais do IV Congresso Ibero-Americano de Teletrabalho e Teleatividades**. Porto Alegre: Magister, 2011, p. 36-48

FINCATO, D.P.; CRACCO, H.B; SORIA, J.S. De Chappe a Nilles: a evolução da tecnologia no trabalho e a invenção do teletrabalho – uma revisão necessária. In: **Teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha: Tomo I/ organizadores Carlos Luiz Strapazzon. Rodrigo Goldschmidt, Robison Tramontina. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2013, p. 109-122**

FINCATO, D.P.; STURMER, Gilberto. **A Reforma Trabalhista Simplificada: Comentários à Lei nº13.467/2017**. Porto Alegre: Edipucrs, 2019.

PINTO, J. O. **Avaliação da viabilidade de implantação do teletrabalho no domicílio: um estudo de caso no SERPRO**. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: UFSC, 2003.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto; GASPAR, Danilo Gonçalves; COELHO, Fabiano; MIZIARA, Raphael. **Medida Provisória 927/2020 comentada artigo por artigo**. São Paulo: RT Thomson Reuters (white paper gratuito), 2020.

STEIL, A.V.; BARCIA, R.M. Um modelo para análise da prontidão organizacional para implantar o teletrabalho. In: **Revista de Administração**. São Paulo v.36, n.1, p.74-84, janeiro/março 2001.

STÜRMER, GILBERTO. As implicações legais do home office: tire suas dúvidas. Caderno de Economia. **Jornal Zero Hora**. Disponível em <https://gauchazh.clicrbs.com.br/economia/noticia/2020/04/as-implicacoes-legais->

do-home-office-tire-suas-duvidas-ck8uqkrxr01zr01ntql47mm2r.html. Acessado em 20 abr. 2020.

STÜRMER, GILBERTO. **Direito Constitucional do Trabalho no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014.

8. OS REFLEXOS DO COVID-19 NA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO NA PERSPECTIVA DA TEORIA DA IMPREVISÃO, FATO DO PRÍNCIPE E FORÇA MAIOR

THE REFLEXES OF COVID-19 IN THE TERMINATION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT FROM THE PERSPECTIVE OF THE THEORY OF UNPREDICTABILITY, FACT OF THE PRINCE AND FORCE MAJEURE



<https://doi.org/10.36592/9786587424149-8>

Cláudio Teixeira Damilano¹

Karen Pinzon Blaskoski²

Resumo

A pesquisa busca compreender as consequências jurídicas que as medidas adotadas pelos governantes para combater o COVID-19 causaram nas relações de emprego. Ou seja, os governantes ao impedirem o exercício da atividade econômica de algumas empresas para achatar a curva de pessoas contaminadas pelo COVID-19 acarretaram a inviabilidade do negócio e conseqüentemente a extinção do contrato de emprego. Deste modo, o presente estudo analisou se a teoria da imprevisão, fato do príncipe e força maior poderiam ser invocados pelo empregador como excludente de responsabilidade do pagamento das verbas rescisórias devidas ao empregado.

Palavras-chave: COVID-19, extinção, contrato de emprego, teoria da imprevisão, fato do príncipe e força maior.

¹ Advogado e Mestrando em Direito pela PUCRS na área de concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado. Bolsista CAPES. Pós-Graduado em Direito e Economia pela UFRGS e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo CETRA-CESUSC. Formado pela Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul - FEMARGS. É Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela UNISINOS. Integrante dos Grupos de Pesquisa "Relações de Trabalho e Sindicalismo", coordenado pelo Prof. Dr. Gilberto Stürmer e "Novas Tecnologias, Processo, e Relações de Trabalho", coordenado pela Prof.^a Dra. Denise Fincato, ambos junto à PUCRS. E-mail: claudiotdamilano@gmail.com; CV: <http://lattes.cnpq.br/1215685488127905>. O artigo foi escrito, sob a orientação e coordenação do Prof. Dr. Gilberto Stürmer.

² Advogada e Mestranda em Direito pela PUCRS na área de concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado. Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela PUCRS. É Graduada em Direito pela PUCRS. E-mail: karenblaskoski@gmail.com; CV: <http://lattes.cnpq.br/0255971012822684>. O artigo foi escrito, sob a orientação e coordenação do Prof. Dr. Gilberto Stürmer.

Abstract

The research seeks to understand the legal consequences that the actions taken by the government officials to fight COVID-19 caused in employment relations. In other words, when the government prevented economic activities of some companies in order to flatten the curve of people contaminated by COVID-19, it generated the unfeasibility of the business and, consequently, the termination of employment contracts. Therefore, this research analyzed whether the theory of unpredictability, fact of the prince and force majeure could be invoked by the employer as an exclusion of liability regarding the payment of the employee's severance pay.

Keywords: COVID-19, termination, employment contract, theory of unpredictability, fact of the prince and force majeure.

1 Considerações iniciais sobre o covid-19 e seus impactos nas relações de emprego

A Organização Mundial da Saúde (OMS) recebeu em 31/12/2019 a informação de que – na cidade de Wuhan, localizada na província de Hubei, na República Popular da China – diversas pessoas apresentaram sintomas de pneumonia. Já em 07/01/2020 as autoridades chinesas constataram que na verdade não se tratava de uma simples pneumonia, mas sim da sétima versão³ do coronavírus humanos: SARS-CoV-2 (síndrome respiratória aguda grave) (OPAS, 2020).

No dia 30/01/2020, a OMS anunciou que o novo coronavírus - COVID-19 (VILELAS, 2020) - representa Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional sendo caracterizada, em 11/03/2020, como uma pandemia em razão de sua ampla disseminação (OPAS, 2020). Além disto, o COVID-19 não possui vacina, nem remédio específico para o seu combate, tendo como única alternativa para diminuir o índice de contágio o distanciamento social, isolamento social, quarentena, a higiene constante das mãos e ambientes, bem como o uso de máscaras⁴. Em casos

³ Os outros seis coronavírus humanos (HCoV) que foram identificados anteriormente são: HCoV-229E, HCoV-OC43, HCoV-NL63, HCoV-HKU1, SARS-COV (que causa síndrome respiratória aguda grave) e MERS-COV (que causa síndrome respiratória do Oriente Médio).

⁴ Cf. TELESSAÚDERS-UFRGS (2020) existe diferença entre distanciamento social, isolamento social e quarentena. “**Distanciamento social** é a diminuição de interação entre as pessoas de uma comunidade para diminuir a velocidade de transmissão do vírus. É uma estratégia importante quando há indivíduos já infectados, mas ainda assintomáticos ou oligossintomáticos, que não se sabem portadores da doença e não estão em isolamento. Esta medida deve ser aplicada especialmente em

mais excepcionais, quando todas essas medidas já referidas não tiverem surtido efeitos, poderá ser utilizado o *lockdown* ou bloqueio total.

Deste modo, o Congresso Nacional, a pedido do Presidente da República - por meio da Mensagem nº 93, de 18/03/2020 -, reconheceu em 20/03/2020 a ocorrência do estado de calamidade pública, conforme Decreto Legislativo nº 6/2020. Os Governadores dos Estados e Prefeitos Municipais determinaram a restrição de diversas atividades econômicas - exceto aquelas consideradas essenciais⁵ - com a finalidade de diminuir a circulação de pessoas e evitar o colapso no sistema de saúde público e privado⁶.

Assim, muitas atividades econômicas tiveram que se adaptar. As escolas e universidades passaram a lecionar em EAD – ensino a distância –, por intermédio de plataformas digitais. Empresas e empreendedores passaram a desempenhar suas atividades em regime de teletrabalho (*home office*), outros como restaurantes, lanchonetes e padarias viram-se obrigados a trabalhar com teleentrega e/ou retirada no local. Todos de uma forma e de outra tiveram que se adaptar e se reinventar para não encerrarem suas atividades.

O Governo Federal, objetivando garantir o emprego⁷ e a dignidade da população, vem editando diversas normas⁸, dentre as quais destacam-se:

locais onde existe transmissão comunitária, como é o caso do Brasil, quando a ligação entre os casos já não pode ser rastreada e o isolamento das pessoas expostas é insuficiente para frear a transmissão”. [...] “**Isolamento** é uma medida que visa separar as pessoas doentes (sintomáticos respiratórios, casos suspeitos ou confirmados de infecção por coronavírus) das não doentes, para evitar a propagação do vírus. O isolamento pode ocorrer em domicílio ou em ambiente hospitalar, conforme o estado clínico da pessoa. Essa ação pode ser prescrita por médico ou agente de vigilância epidemiológica e tem prazo máximo de 14 dias”. [...] “**Quarentena** é a restrição de atividades ou separação de pessoas que foram presumivelmente expostas a uma doença contagiosa, mas que não estão doentes (porque não foram infectadas ou porque estão no período de incubação). A quarentena pode ser aplicada em nível individual, como por exemplo: para uma pessoa que volta de viagem internacional ou para contatos domiciliares de caso suspeito ou confirmado de coronavírus; ou em nível coletivo, como por exemplo: quarentena de um navio, um bairro ou uma cidade, e geralmente envolve restrição ao domicílio ou outro local designado. Pode ser voluntária ou mandatária”.

⁵ Cf. Decreto nº 10.282, de 20/03/2020 que regulamenta a Lei nº 13.979, de 06/02/2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais.

⁶ Cf. Redação Vogue (2020) “Um estudo publicado pelo Imperial College de Londres aponta que o Brasil tem o maior número de reprodução da Covid-19 no mundo. Entre 48 países analisados, a pesquisa mostra que no país uma pessoa pode transmitir a doença para até três pessoas”.

⁷ Cf. Manus (2019, p. 70). “Pode a garantia de emprego significar a política de emprego desenvolvida pelo governo, no sentido de criar e assegurar à população as oportunidades de colocação no mercado de trabalho. Igualmente pode referir-se à política de manutenção de emprego, cuidando dos variados aspectos que permitem às empresas continuar suas atividades, mantendo os postos de trabalho existentes. Ademais, também pode significar a ação política de criação de novos empregos pelas autoridades governamentais, com ações concretas de ampliação do mercado de trabalho.”

⁸ No link http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/quadro_portaria.htm poderão ser encontrados todos os atos normativos no âmbito federal sobre o COVID-19.

- MP 927/2020: Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências;
- MP 936/2020: Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências;
- MP 944/2020: Institui o Programa Emergencial de Suporte a Empregos;
- MP 946/2020: Extingue o Fundo PIS-Pasep, instituído pela Lei Complementar nº 26, de 11 de setembro de 1975, transfere o seu patrimônio para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências;
- Portaria nº 139/2020 do Ministério da Economia: Prorroga o prazo para o recolhimento de tributos federais, na situação que especifica em decorrência da pandemia relacionada ao Coronavírus;
- Portaria nº 150/2020 do Ministério da Economia: Altera a Portaria ME nº 139, de 3 de abril de 2020, que prorroga o prazo para o recolhimento de tributos federais, na situação que especifica em decorrência da pandemia relacionada ao Coronavírus;
- Lei nº 13.982/2020, conhecida como Lei do “Coronavoucher”: Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

O fato é que as medidas, que impedem o exercício da atividade econômica para garantir a saúde e a vida de todos, também estão trazendo graves repercussões nas relações de trabalho. Isto porque, sem trabalho não há geração de riquezas e conseqüentemente não há como garantir o pagamento da remuneração dos trabalhadores. Neste sentido, foi o que apontou a pesquisa realizada pelo SEBRAE em razão dos efeitos econômicos da pandemia do COVID-19 em que, no mínimo, 600 mil Micro e Pequenas Empresas encerrarão suas atividades, acarretando a dispensa de 9 milhões de empregados (BROTERO, 2020).

Os impactos econômicos causados pela pandemia do COVID-19 são sentidos nas mais diversas áreas. Contudo, para os fins deste artigo, restringiremos a análise as dificuldades na manutenção do vínculo de emprego em razão da necessidade de adoção de medidas de prevenção epidemiológicas. A partir disso, será abordado três

institutos que interferem na análise da continuidade do contrato de emprego, quais sejam: a teoria da imprevisão, o fato do príncipe e a força maior.

2 Teoria da imprevisão

O Código Civil de 1916 teve como fundamento a doutrina liberal e individualista em que a autonomia da vontade deveria ser observada (*pacta sunt servanda*). Ou seja, as partes justamente por serem livres, ao celebrarem um contrato, devem cumpri-lo (princípio da inalterabilidade), não podendo mais modificá-los, exceto por comum acordo.

Ocorre que, após a 1ª Guerra Mundial e o *crash* da Bolsa de Valores de Nova Iorque – em razão das profundas alterações econômicas e sociais –, o Estado viu-se obrigado a intervir para impedir abusos e readequar as relações contratuais. No Brasil, a intervenção do Estado para reequilibrar as relações contratuais deu-se a partir do século XX com a inflação na década de 80 e os planos econômicos governamentais, bem como a desvalorização cambial do ano de 1999 (PUGLIESE, 2004, pág. 2-3).

A teoria da imprevisão⁹ (cláusula *rebus sic stantibus*), apesar da sua aceitação pelos Tribunais Superiores, somente foi positivada no Código Civil de 2002, mais especificamente no artigo 478 que estabelece o seguinte:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Segundo Pugliese (2004, pág. 3), o artigo 478 do Código Civil de 2002 trouxe quatro requisitos para sua incidência:

⁹ Cf. Tartuce (2020, pág. 965) “Na esfera contratual, o CDC inseriu no sistema a regra de que mesmo uma simples onerosidade excessiva ao consumidor poderá ensejar a chamada revisão contratual por fato superveniente. Eis a redação do art. 6.º, V, da Lei 8.078/1990: “Art. 6.º São direitos básicos do consumidor: (...) V – a modificação das cláusulas contratuais que estabelecem prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”. Como se pode notar, não há qualquer menção a eventos imprevisíveis ou extraordinários, sendo certo que o Código de Defesa do Consumidor não adotou a teoria da imprevisão. Há, no sistema consumerista, uma revisão por simples onerosidade excessiva, que não se confunde com a aclamada teoria”.

- (i) a excessiva onerosidade das obrigações assumidas;
- (ii) a relação entre essa excessiva onerosidade ou impossibilidade com um fato superveniente à formação do contrato;
- (iii) a imprevisibilidade desse fato para as partes contratantes; e
- (iv) a inimputabilidade desse fato à parte prejudicada.¹⁰

Destarte, uma vez preenchido os requisitos para implementação da Teoria da Imprevisão, o Poder Judiciário poderá resolver o contrato ou determinar a sua modificação equitativa, conforme dispõe o artigo 479 do Código Civil de 2002.

No âmbito do Direito do Trabalho, os contratos também devem ser cumpridos conforme previamente acordado (*pacta sunt servanda*) e as alterações contratuais não são permitidas (princípio da inalterabilidade), exceto se mais benéficas ao trabalhador (princípio da proteção), nos termos dos artigos 9º e 468 da CLT.

Segundo o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Delgado (2019, pág. 875), a Teoria da Imprevisão, nas relações de trabalho, não seria capaz de desobrigar o empregador de responder por sua obrigação de pagar os salários dos empregados.

Por outro lado, para Nascimento (2011, pág. 1114), a Teoria da Imprevisão nos contratos de emprego poderá ser aplicada quando a “obrigação sofrer substancial modificação, impossibilitante da sua continuidade, com ampla e inquestionável demonstração”.

Jorge Neto e Cavalcante (2015, pág. 101) afirmam que, geralmente, a cláusula *rebus sic stantibus* é vedada pelo Direito do Trabalho, contendo as seguintes exceções:

- “(a) a redução do salário mediante a negociação coletiva (art. 7º, VI, CF); (b) a transferência para o período diurno de trabalho implica a perda do direito ao adicional noturno (Súm. 265, TST); (c) a supressão das horas extras habituais não afeta os salários, gerando apenas o direito a uma indenização (Súm. 291, TST); (d) a reversão do cargo comissionado ao cargo efetivo (art. 468, § 1º, CLT, Lei 13.467/17)”.

¹⁰ Cf. Pugliese (2004, pág. 3) “O NCC, contudo, inovou ao incluir, como requisito objetivo para aplicação do instituto, o critério da extrema vantagem para a parte que não sofre os prejuízos pela alteração imprevisível das circunstâncias do contrato. 14 Para o NCC, portanto, não basta que as obrigações assumidas pela parte prejudicada tenham se tornado excessivamente onerosas. Faz-se necessário, agora, comprovar que a outra parte foi beneficiada de forma excessiva pelo mesmo evento imprevisível. O requisito da extrema vantagem não é encontrado na teoria clássica da imprevisão ou mesmo em quaisquer textos legais ou precedentes jurisprudenciais brasileiros. Os principais trabalhos doutrinários sobre o tema no Brasil ora ignoram essa alteração, repetindo os comentários feitos ao instituto antes da entrada em vigor do NCC, ora repetem o requisito, sem questionar sua origem ou os impactos de sua aplicação”.

Outra alteração contratual admitida e que reduz a remuneração do empregado é a eliminação no ambiente de trabalho de agentes nocivos insalubres e/ou perigosos, acarretando o corte no pagamento dos respectivos adicionais (art. 194, CLT).

No direito coletivo do trabalho, a Teoria da Imprevisão encontra previsão no artigo 14, inciso II, da Lei 7.783/89 (greve). Ou seja, não constitui abuso do exercício do direito de greve a paralisação que, durante a vigência do acordo, convenção ou sentença normativa, seja motivada pela superveniência de fatos novos ou acontecimentos imprevistos que modifiquem substancialmente a relação de trabalho.

3 Fato do Príncipe

Outro ponto que merece destaque nesse breve estudo, refere-se à previsão contida no art. 486, *caput*, da CLT, considerada, pela maior parte da doutrina, como sendo uma hipótese de força maior. Trata-se da previsão de que nos casos de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade de um dos entes federativos ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização aos empregados. Contudo, essa indenização ficará a cargo do governo responsável pelo ato que motivou essa ruptura.

Para Silva (1983, pág. 520), a regra incide de maneira ampla, desde que o ato do Estado seja ilegítimo. Já para Carrion (2001, pág. 371), o instituto já nasceu com pouca aplicabilidade, pois a jurisprudência demonstra que a cessação da atividade, como regra, faz parte do risco empresarial. Sustenta ainda que outro argumento que pesa contra o instituto refere-se a longa duração dos processos judiciais contra a Fazenda Pública.

Para os estudiosos (CRETELLA JÚNIOR, 2012, pág. 3) do tema no âmbito do direito administrativo, um dos requisitos para que se verifique o fato do príncipe é a existência de um contrato em que a administração seja parte e uma medida do Poder Público cujo efeito rompa o equilíbrio da avença existente a partir do elemento imprevisão, isto é, se estivesse no âmbito da previsão das partes, a medida em questão, não haveria o dever de indenizar. Do contrário, subsiste o direito de receber a indenização.

Com amparo no entendimento do doutrinador Silva (1983, pág. 520), que sustenta que a regra incidirá quando o ato for ilegítimo, bem como, com base no conceito anteriormente lançado, de que o Poder Público fica em situação de vantagem – em razão da perda do equilíbrio do contrato –, entende-se que as medidas restritivas emitidas pelas autoridades públicas não podem ser interpretadas como vantajosas para o Poder Público. Pelo contrário, as medidas em questão têm como fundamento de validade o reconhecimento do estado de calamidade pública pelo Congresso Nacional, tendo como finalidade evitar o colapso do sistema público e privado de saúde¹¹. E, justamente em face disso, entende-se não ser cabível sustentar que a situação amolda-se na descrição do art. 486 da CLT.

A interpretação do art. 486 da CLT deve ser feita de forma restritiva. Isso, porque os riscos da atividade são, em regra, assumidos pelo empregador (art. 2º da CLT). Além disso, a regra impõe responsabilidade sobre terceiro, isto é, por quem não é parte na relação contratual, sendo, portanto, norma restritiva de direito, pelo que merece ser interpretada à luz das condições que são impostas.

Assim, como regra, não poderá o ente público ser responsabilizado, permanecendo com o empregador o dever de arcar com as parcelas decorrentes da extinção contratual.

4 Força Maior

Considerando o que foi abordado no tópico 1, em relação às medidas de prevenção para diminuir o índice de contágio, resta saber se eventual paralisação nas atividades da empresa pode ser considerada como força maior para fins da legislação trabalhista. Deste modo, a partir da leitura do art. 501 da CLT, extrai-se que força maior é todo acontecimento inevitável em relação à vontade do empregador e para a realização do qual este não concorreu, seja de forma direta, seja de forma indireta. O legislador expressamente disciplina que a imprevidência do empregador exclui a razão de força maior.

Para efeito deste artigo, da mesma forma que o legislador celetista, não será feita distinção entre caso fortuito e força maior. Nas palavras do jurista Cavalieri Filho

¹¹ Cf., Cretella Júnior (2012, pág 2) a atuação da administração pública se mostra consentânea com o dever que possui de investigar “os mais perfeitos processos técnicos e os mais adequados meios materiais e jurídicos para a salvaguarda do interesse coletivo[...]”.

(2010, pág. 68), a imprevisibilidade "é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a inevitabilidade o é da força maior", ambos os elementos estão incluídos no conceito legal antes referido.

Diversamente do que ocorre no âmbito do direito civil (art. 393 do CC), no direito do trabalho, ainda que provada a força maior, o empregador será responsabilizado. Isso, porque o empregador assume os riscos da atividade (art. 2º, *caput*, da CLT), sendo um dos fundamentos que embasa essa construção a valorização do trabalho humano (art. 1º, IV, da CF), pois a energia gasta pelo empregado, no desempenho das suas tarefas é irrecuperável. Justamente em face da assunção dos riscos da atividade, é que só será possível enquadrar no conceito de força maior caso - o acontecimento inevitável ou imprevisível - afete substancialmente a situação econômica e financeira da empresa (§ 2º do art. 501 da CLT).

No caso da atividade empresarial restar afetada em razão das medidas restritivas impostas por decorrência da pandemia, criou a Medida Provisória 927, no seu art. 1º, § único, uma presunção de que se trata de hipótese de força maior. Contudo, considerando que o embasamento do término contratual na hipótese de força maior enseja a redução da indenização devida por ocasião do término do contrato de emprego, conforme art. 502 da CLT, cabe interpretar o dispositivo com cautela. Logo, eventual alegação de força maior deve ser cabalmente comprovada pelo empregador, isto é, não basta a mera alegação.

Nos termos do que foi sustentado antes, deve haver a demonstração de que a situação ocasionada em razão das medidas restritivas afetou o exercício da atividade empresarial. Cumpre referir que entende-se, assim como a maior parte da doutrina (GOMES e GOTTSCHALK, 1990, pág. 398), que a dissolução do contrato, no direito do trabalho, por força maior está incluída dentre as causas de caducidade (ocorrência de determinado evento faz com que seja impossível prosseguir na execução do contrato). Isso, porque, diversamente do que ocorre no âmbito do direito comum, não há necessidade de dissolução judicial, o que afasta o enquadramento na classificação da resolução.

Assim, operando-se a caducidade do contrato, a indenização está dividida em três modalidades: a dos empregados estáveis, a dos empregados não estáveis e a dos empregados contratados por prazo determinado.

No caso, empregado estável (aqui apenas o estável decenal, o dispositivo não comporta a interpretação de que os detentores de garantia provisória de emprego, a exemplo das gestantes, recebam indenização no mesmo patamar dos empregados estáveis) será indenizado tendo por base 1 mês de remuneração por ano (ou fração superior a 6 meses) de serviço efetivo (art. 478, *caput*, da CLT).

Se o empregado não for estável, a indenização terá por base a metade da que seria devida em caso de rescisão sem justa causa. Nesse ponto, para entender quais parcelas são devidas, é preciso compreender que, quando da promulgação da CLT em 1943, o dispositivo reportava que a indenização devida, para os empregados não estáveis, seria metade da indenização de um mês por ano ou fração superior a 6 meses. A base é a metade do que dispõe o art. 478, *caput*, da CLT.

Se a interpretação ao dispositivo for feita com base no art. 478, *caput*, da CLT, a conclusão é de que será calculada a remuneração do empregado e que a indenização será metade dessa remuneração para cada ano, ou fração superior a 6 meses, de serviço. Todavia, não parece ser essa a interpretação que tem prevalecido. A expressão "metade da que seria devida em caso de rescisão sem justa causa", tem sido atrelada a metade de parcelas rescisórias, como a indenização compensatória de 40% dos valores do FGTS depositados na conta vinculada do empregado durante a contratualidade.

Entende-se que, a prevalência da interpretação de que descabe a indenização pela metade é simples: se não analisado dessa forma, o empregado, dispensado em virtude de força maior, receberia indenização mais vantajosa do que aqueles empregados dispensados sem justo motivo. Ainda, a base do art. 478 da CLT é a estabilidade decenal, tendo sido tal regime substituído pelo FGTS.

Deve-se ressaltar que uma parte da doutrina¹² pugna por uma interpretação mais abrangente do dispositivo. Contudo, os defensores dessa linha fazem a falsa associação de parcelas como férias, décimo terceiro e aviso prévio com indenização rescisória, quando na verdade são acertos antecipados de quitação em virtude do término da relação contratual¹³. Já uma segunda corrente advoga que a força maior faz com que tanto o aviso prévio, como a indenização compensatória do FGTS sejam reduzidos à metade¹⁴.

¹² CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2001. pág 372.

¹³ Nesse sentido ver SILVA, Homero Batista Mateus. **Curso de direito do trabalho aplicado** [livro eletrônico]: parte 6. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. pág 158.

¹⁴ Lacerda, Rosângela Rodrigues Dias em BAHIA, Saulo José Casali (Org.) **Direitos e deveres**

Ora, Freitas (1995, pág. 49) ensina que "ou se compreende o enunciado jurídico no plexo de suas relações com o conjunto dos demais enunciados ou não se pode compreendê-lo adequadamente". A interpretação jurídica precisa ser feita de forma sistemática. Considerando que o regime do FGTS veio para substituir o regime da estabilidade decenal, já existindo o instituto do aviso prévio naquela época, há que se chegar à conclusão de que apenas a indenização compensatória do FGTS poderá ser reduzida, sendo devida no patamar de 20% do montante dos depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de emprego (art. 18, § 2º, da Lei 8.036/1990). Outro argumento favorável a tese que se defende é de que a hermenêutica jurídica ensina que não se confere interpretação ampliativa à norma restritiva de direitos.

Já, nos casos de empregados contratados por prazo determinado, a indenização será metade da remuneração a que teria direito o empregado até o término da contratualidade (art. 479, *caput*, da CLT), igualmente reduzida à metade. Parte da doutrina critica esse comando, ao argumento de que teria o legislador confundido situações jurídicas distintas, pois no contrato a termo a indenização é forma de execução do contrato e diz respeito ao futuro. Os defensores dessa tese valem-se da premissa de que o implemento da obrigação tornou-se impossível sem culpa do devedor (MARANHÃO, 2000, pág. 622).

Além de compreender as verbas rescisórias devidas, cabe referir que o prazo para pagamento continua a ser o disciplinado no § 6º do art. 477 da CLT. Caso não haja a observância desse prazo, incide a multa cominada no § 8º do mesmo dispositivo.

Com relação ao art. 503, *caput*, da CLT, que aborda sobre a possibilidade de o empregador reduzir salários, de forma proporcional, em até 25%, observando o salário-mínimo da região (a norma foi editada quando ainda era possível fixar salários regionais), entende-se, de forma absolutamente majoritária, que a norma foi tacitamente revogada (art. 2º, § 1º da LINDB) em razão da superveniência de norma incompatível com esse dispositivo. O art. 7º, VI, da CF requer que a toda redução de salários ocorra com a participação do Sindicato, através de acordo ou convenção coletiva¹⁵.

fundamentais em tempos de coronavírus / organização de Saulo José Casali Bahia. São Paulo: Editora Iasp, 2020. pág 249.

¹⁵ De forma excepcional, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, no julgamento da ADI 6363 compreendeu pela viabilidade da redução de jornada e salários de forma individual, independentemente da anuência dos sindicatos da categoria profissional. A partir disso, manteve a

Conclusão

Considerando tudo que foi exposto nesse breve estudo, entende-se que as medidas de restrição impostas pelo Poder Público são necessárias, pois têm como finalidade máxima a preservação de um dos maiores bens que temos: a vida.

Notadamente as ações feitas influenciarão nos rumos de diversas atividades empresariais, podendo, em razão disso, afetar a situação econômica e financeira do empregador e, em virtude disso, ensejar a caducidade do contrato de emprego por força maior.

No entanto, sob pena de ferir de morte os direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a integridade física, a saúde e a vida, não se pode tolerar que o argumento econômico prevaleça, sob pena de se admitir que a vida humana detém menor importância quando em confronto com o crescimento econômico.

É evidente que o combate ao COVID-19 impactará nos interesses econômicos. Contudo, cabe considerar que o princípio da solidariedade e cooperação deve permear as decisões tomadas. A sociedade, como um todo, necessita perceber as peculiaridades do momento vivenciado, dividindo as consequências das decisões que restringem o exercício de algumas atividades econômicas.

Referências

BAHIA, Saulo José Casali (Org.) **Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus** / organização de Saulo José Casali Bahia. São Paulo: Editora Iasp, 2020.

BROTERO, Mathias. **Mais de 600 mil pequenas empresas fecharam as portas com coronavírus.** 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/04/09/mais-de-600-mil-pequenas-empresas-fecharam-as-portas-com-coronavirus>. Acesso em: 30 abr. 2020.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.** São Paulo: Saraiva, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Teoria do “Fato do Príncipe”.** Revista dos Tribunais,

eficácia da MP 936/2020 que previu essa possibilidade. Informação extraída do sítio <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886604> HYPERLINK

vol. 918/2012 | p. 29 - 34 | Abr / 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores – 18. ed.— São Paulo : LTr, 2019.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa; MARANHÃO, Ney. COVID-19: força maior e fato do príncipe. **Academia Brasileira de Direito do Trabalho** , mar. 2020. Disponível em: <http://www.andt.org.br/f/COVID-.pdf> . Acesso em: 18 maio. 2020.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 1487 p.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. I - Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. In: MARTINEZ, Luciano; TEIXEIRA FILHO, João de Lima (org.). **Comentários à Constituição de 1988 em matéria de direitos sociais trabalhistas (arts. 6 a 11):: uma homenagem aos 30 anos da constituição da república e aos 40 anos da academia brasileira de direito do trabalho. uma homenagem aos 30 Anos da Constituição da República e aos 40 anos da Academia Brasileira de direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2019. p. 68-78.

MARANHÃO, Délio. CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. **Direito do Trabalho**. 17. ed. rev. e atual. de acordo com a Constituição de 1988 e legislação posterior. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Varas, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23 ed. São Paulo, Malheiros, 1998.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26ª. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011. p. 1471.

OPAS - Organização Pan-Americana de Saúde (Brasil). **Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)**. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 28 abr. 2020.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca. Teoria da Imprevisão e o Novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 830/2004, p. 11-26, dez. 2004. Versão on line.

REDAÇÃO VOGUE. **Brasil tem maior taxa de contágio por coronavírus do mundo, aponta estudo britânico**. 2020. Disponível em:

<https://vogue.globo.com/atualidades/noticia/2020/04/brasil-tem-maior-taxa-de-contagio-por-coronavirus-do-mundo-aponta-estudo.html>. Acesso em: 29 abr. 2020.

ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Braga. **Responsabilidade civil e solidariedade social: potencialidades de um diálogo**. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc20%20correto.pdf?d=636808287111878095>. Acesso em: 21 abr. 2020. p. 393-417

SILVA, Carlos Alberto Barata. **Compêndio de direito do trabalho**: parte geral e contrato individual de trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1983.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado** [livro eletrônico]: partes 1 e 6. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SÛSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEIXEIRA, Lima. TEIXEIRA Filho, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho**. 19 ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

TARTUCE, Flávio **Manual de direito civil**: volume único / Flávio Tartuce. – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. p.2516.

TELESSAÚDERS-UFRGS (Porto Alegre). Programa de Pós-graduação em Epidemiologia da Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. **Qual a diferença de distanciamento social, isolamento e quarentena?** 2020. Disponível em: https://www.ufrgs.br/telessauders/posts_coronavirus/qual-a-diferenca-de-distanciamento-social-isolamento-e-quarentena/. Acesso em: 05 maio 2020

TRINDADE, Rodrigo; PRITISCH, César. **Força Maior e Factum Principis - Responsabilidade nas Paralisações do Covid-19**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 20, nº 1400, 30 de março de 2020. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/425-artigos-mar-2020/8023-forca-maior-e-factum-principis-responsabilidade-nas-paralisacoes-do-covi-19> Acesso em 17.maio.2020.

VILELAS, José Manuel da Silva. The new coronavirus and the risk to children's health. **Revista Latino-americana de Enfermagem**, [s.l.], v. 28, p. 1-2, 2020. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1518-8345.0000.3320>.

9. AS CONSEQUÊNCIAS DO TELETRABALHO NO ESTADO DE CALAMIDADE

THE CONSEQUENCES OF TELEWORK IN THE STATE OF CALAMITY



<https://doi.org/10.36592/9786587424149-9>

Roberta Scalzilli¹

Resumo

O presente estudo tem por escopo analisar o direito à desconexão a partir do instituto do teletrabalho e suas consequências para os trabalhadores com destaque para o dano existencial. A Revolução 4.0 traz consigo a ausência de barreiras separando o mundo real do digital, possibilitando o uso de um sistema de informação por meio de uma rede de dispositivos. Nesse sentido o trabalho é fator essencial nessa transformação tecnológica que requer um novo comportamento humano e desenvolvimento de novas competências. A pandemia do COVID-19 provocou a transferência do trabalho presencial para o teletrabalho, impedindo o obreiro de se planejar minimamente para a preservação dos períodos de descanso e fruição da desconexão. Apresenta-se também análise sobre o entendimento da recente jurisprudência nacional acerca do tema. Distante de esgotar as controvérsias sobre tópico tão polêmico, a ideia aqui é lançar novas luzes para que a aplicação dessa modalidade possa se harmonizar aos interesses tanto de empregados quanto de empregadores.

Palavras-chave: Teletrabalho, desconexão, dano existencial, pandemia, tecnologia

Abstract

The scope of this study is to analyze the right to disconnect from the telework institute and its consequences for workers, with an emphasis on existential damage. Revolution 4.0 brings with it the absence of barriers separating the real and digital worlds, enabling the use of an information system through a network of devices. In this sense,

¹ Advogada e Doutoranda em Direito pela PUCRS na área de concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado. Bolsista CAPES. Mestre em Direito pela PUCRS na área de Teoria Geral da Jurisdição e Processo. Pós-Graduada em Direito Empresarial pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural (IDC). É Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela UNIRITTER. Possui capacitação pelo TJRS em Mediação Supervisão Judicial. Integrante do Grupo de Pesquisas em Direito do Consumidor coordenado pelo Prof. Dr. Adalberto de Souza Pasqualotto, junto à PUCRS. Professora convidada em cursos de Pós-graduação. E-mail: robertascalzilli@gmail.com.

work is a fundamental factor in this technological transformation that requires new human behavior and the development of new skills. The COVID-19 pandemic caused the transfer of face-to-face work to teleworking, preventing workers from planning minimally to preserve periods of rest and enjoyment of disconnection. An analysis of the understanding of the recent national jurisprudence on the subject is also presented. Far from exhausting controversies on such a controversial topic, the idea here is to shed new light so that the application of this modality can harmonize with the interests of both employees and employers.

Keywords: Telework, Disconnection. Existential damage. Pandemic. Technology.

1 Introdução

O teletrabalho surge com a globalização e os avanços tecnológicos presentes na sociedade atual, que, através de meios telemáticos, rompe as barreiras físicas, permitindo que o trabalhador desenvolva suas atividades em qualquer lugar, não sendo mais necessário que o empregado labore no estabelecimento empresarial. Em razão da conectividade em rede, que possibilita ao cidadão diversas formas de interação e acesso ao mundo digital, onde quer que esteja impulsionado pelo incremento no acesso e aperfeiçoamento das tecnologias de informação e comunicação (TIC), o teletrabalho alcança cada vez mais relevância no âmbito nacional. Contudo, afigura-se o problema da hiperconexão desse trabalhador reduzindo seu tempo efetivo de descanso, e, conseqüentemente, prejudicando sua vida social e saúde, carecendo, portanto, de proteção jurídica. Nesse sentido, o direito à desconexão ainda não se encontra expressamente positivado em nosso ordenamento jurídico; no entanto, trata-se de uma garantia que atualiza os diversos modos de expressão dos direitos humanos e fundamentais, como a preservação da saúde e da vida privada.

Diante da pandemia do COVID-19 e da ampla veiculação de orientações para que a população evite deslocamentos e ambientes públicos, a modalidade do teletrabalho tem sido bastante utilizada.

Portanto, esse artigo tem a finalidade de analisar o direito à desconexão a partir do instituto do teletrabalho e suas conseqüências para os trabalhadores em isolamento social com destaque para o dano existencial.

2 As relações laborais na era digital

A evolução da humanidade pode ser contada conforme o desenvolvimento das relações de trabalho. Desde os primórdios das forças produtivas organizadas coletivamente e da apropriação coletiva da produção, passando por todas as diversas formas de relações de trabalho com apropriação privada dos seus resultados, que permeiam todas as fases da história, até a era contemporânea, conta-se com trabalhadores braçais até os que desfrutam de formação especializada para laborar com os mais modernos meios e instrumentos de produção.

Toda vez que um novo tipo de tecnologia é capaz de romper ou modificar radicalmente os padrões de trabalho, marca-se uma Revolução.

A primeira vez que isso aconteceu foi na Inglaterra, entre os séculos XVIII e XIX, com a descoberta do carvão como fonte de energia, as máquinas a vapor e a locomotiva, que deram velocidade para a produção industrial. Entre outros avanços tecnológicos que marcaram a Revolução 2.0, destacaram-se o uso da energia elétrica e a invenção do telégrafo. Já em 1970, inovações técnico-científicas e informacionais descortinaram a Revolução 3.0. Atualmente vivemos a Revolução 4.0, onde uma rede de dispositivos anula qualquer barreira entre o mundo digital (composto entre outras tecnologias pela inteligência artificial, robôs autônomos, realidade aumentada e internet das coisas) e o mundo real.

Segundo SCHWAB, esse momento apresenta três características²

a) Velocidade: ao contrário das revoluções industriais anteriores, esta evolui em um ritmo exponencial e não linear, b) amplitude e profundidade: ela tem a revolução digital como base e combina várias tecnologias, levando a mudanças de paradigma sem precedentes da economia, dos negócios, da sociedade e dos indivíduos. c) impacto sistêmico: ela envolve a transformação de sistemas inteiros entre países e dentro deles, em empresas, indústrias e em toda a sociedade.

A chamada tecnologia disruptiva vem agregando novas modalidades de sustento no mundo; nela se enquadram os motoristas de aplicativos, que não possuem vínculo empregatício, tampouco controle de jornada, submetendo-se a extenuantes horas de trabalho. Em razão da necessidade e estímulos que a empresa propõe a cada corrida no almejo de batimento de metas, eles laboram permanentemente e passam por situações desumanas, por conta da não desconexão.³

² SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016 p.13.

³ AGUIAR, Antônio Carlos. Direito do trabalho 2.0: digital e disruptivo / Antônio Carlos Aguiar. — São Paulo: LTr, 2018.

As modernas relações laborais impulsionadas pela era digital dissociam-se da concepção clássica de emprego, tornando-se mais fragmentadas e estabelecidas em redes. Embora a forma de organização em redes tenha existido em outros tempos, o novo paradigma da tecnologia da informação fornece a base material para a sua inserção em toda a sociedade.⁴

A rede é entendida com uma estrutura organizacional formada por um conjunto de atores que se articulam com a finalidade de aliar interesses em comum, resolver um problema complexo ou amplificar os resultados de uma ação; e eles consideram que não podem alcançar tais objetivos isoladamente. Na rede, os atores sociais mantêm a sua autonomia e estabelecem múltiplos vínculos de interdependência entre si, resultando numa dinâmica arena permeada por relações de cooperação e conflitos.⁵

A realidade atual, além de tecnologias disruptivas, contempla uma era da computação ubíqua, em que áreas como a computação infinita, sensores, redes, inteligência artificial, robótica, manufatura digital, biologia sintética, medicina digital e nanomateriais trazem impactos significativos na vida de todas as pessoas. E, claro, com impactos diretos e significativos nas relações do trabalho que se “digitalizam” exponencialmente, mudando a rotina, a cultura, o dia a dia das pessoas, que se encontram mais do que nunca dependentes das ferramentas tecnológicas, como, por exemplo, dos *smartphones*, ou porque as formas, e ambientes de trabalho tornaram-se verdadeiras plataformas digitais completamente diferenciadas das existentes e disponíveis até muito pouco tempo.⁶

Ante a disseminação e crescimento constante das tecnologias de informação e comunicação (TIC), o teletrabalho tem se tornado cada vez mais popular, exigindo do trabalhador um novo comportamento humano e desenvolvimento de competências que se adaptem à era digital. Nesse contexto, Leo Marx apresenta importantes questionamentos para reflexão:⁷

⁴ CASTELLS, Manuel, *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*, tradução Maria Luiza X. de A. Borges; revisão Paulo Vaz. – Rio de Janeiro, Zahar, 2003.

⁵ PRIETO, Antonio Márquez. *Calidad Ambiental de las Relaciones Laborales* (ensayo interdisciplinar), Granada: Comares, 2010.

⁶ AGUIAR, Antônio Carlos. *Direito do trabalho 2.0: digital e disruptivo*, Antônio Carlos Aguiar. São Paulo: LTr, 2018.

MARX, Leo. Does Improved Technology Mean Progress?. Disponível em: <http://w3.salemstate.edu/~cmauriello/Course%20Development/IDS271%20Readings/MarxDoes%20Improved%20Technology%20Mean%20Progress.pdf>. Acesso em: 12 de abril de 2020 p.37-41.

ESTRADA, Manuel Martin Pino. *Análise Juslaboral do Teletrabalho*. Curitiba: Camões, 2008, p.17.

Melhorar a tecnologia significa progresso? Sim, certamente poderia significar exatamente isso. Mas somente se estivermos dispostos e aptos a responder à próxima pergunta "progresso em direção a quê? O que queremos que nossas novas tecnologias realizem? O que queremos além de metas tão imediatas e limitadas quanto alcançar eficiências, reduzir custos financeiros e eliminar elemento humano problemático de nossos locais de trabalho? Na ausência de respostas a essas perguntas, as melhorias tecnológicas podem muito bem se tornar incompatíveis com o progresso genuíno, isto é, social.

Apresentada essa breve e necessária análise sobre a relação de trabalho no contexto tecnológico, passa-se, no próximo tópico, à abordagem do instituto do teletrabalho e seus fundamentos.

3 O teletrabalho

As primeiras notícias de trabalho remoto datam do ano de 1857, quando John Edgard Thompson, proprietário da estrada de ferro Penn Railroad, nos Estados Unidos, passou a usar o sistema privado de telégrafo de sua empresa para coordenar equipes de trabalho que se encontravam em outras localidades. A organização seguia o fio do telégrafo, e a empresa, externamente móvel, formou um complexo de operações descentralizadas.

Na Inglaterra, em 1962, com vistas à criação de oportunidades de trabalho para as mulheres, a alemã Stephane Shirley também é indicada como uma das pioneiras do teletrabalho, pois criou a *Freelance Programmers*, que se baseava em uma empresa cujo objetivo era o desenvolvimento de programas de computador para outras empresas. A inovação consistia no fato de que tal atividade era realizada nas residências das trabalhadoras.⁸

Posteriormente, em 1973, Jack Nilles alcunha as expressões *teleworking* e *telecommuting*, sendo, considerado o pai do teletrabalho,⁹ o qual define como quaisquer formas de substituição de deslocamentos relacionados com a atividade

⁸ JARDIM, Carla Carrara da Silva. O teletrabalho e suas Atuais Modalidades. São Paulo: LTr, 2003, p.37.

⁹ NILLES, Jack. Fazendo do teletrabalho uma realidade. São Paulo: Futura, 1997, p. 73 .

econômica por tecnologias da informação, ou a possibilidade de enviar o trabalho ao trabalhador, no lugar de enviar o trabalhador ao trabalho.¹⁰

Portanto, o teletrabalho pode ser entendido como aquele realizado preponderantemente fora das dependências do empregador e, em qualquer local escolhido pelos contratantes, com o apoio de tecnologias de informação e comunicação. A disciplina legal sobre o tema ainda era muito vaga¹¹ até a promulgação da Lei nº 13.467/2017, chamada “Reforma Trabalhista”, a qual dedicou um capítulo para tratar das suas peculiaridades.¹²

Atente-se que a inclusão do teletrabalhador no inciso III do artigo 62 da Consolidação das Leis do Trabalho pela referida Lei se deu sob o argumento da ausência de controle de jornada por parte do empregador. Todavia, não se pode olvidar de que, diante dos avanços tecnológicos, o empregador detém meios telemáticos de controle, como acesso a um ambiente virtual que permite checar os momentos em que o empregado realizou *login* e *logoff* do sistema, aplicativos de *smartphone* capazes de monitorar cada passo do empregado, inclusive sua localização através de sistema de rastreamento por Sistema de Posicionamento Global(GPS).¹³

Assim, tendo por base o princípio da primazia da realidade, o qual determina que a verdade dos fatos se sobrepõe a qualquer contrato, deve-se admitir o pagamento de horas extras e afins para os casos em que efetivamente há um controle de jornada.

Não obstante o poder de fiscalização nessa modalidade encontre maiores limitações em comparação com o praticado no próprio estabelecimento empresarial, ele não deve ser empecilho para que o empregador adote medidas de preservação dos direitos fundamentais de seus empregados.

O regime de teletrabalho, ainda que possa estabelecer maior flexibilidade na rotina do trabalhador, predispõe ao surgimento de diversas mazelas sociais, além do desenvolvimento de uma nova forma de escravidão, a denominada escravidão digital. Empregados em teletrabalho são propensos a se tornarem workaholics, patologia psíquica que afeta consideravelmente a saúde do trabalhador, caracterizada pelo “vício” em trabalho. Esse cenário conflita diretamente com os direitos fundamentais

¹⁰ Artigo 6º da CLT.

¹¹ Capítulo II - A. Artigos 75- A a 75-E da CLT.

¹² Os algoritmos tornaram-se os novos supervisores dos trabalhadores.

¹³ Entre elas a inviolabilidade do domicílio estabelecida no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988.

previstos na Constituição da República, entre eles o da sadia qualidade de vida no meio ambiente do trabalho, o descanso e o lazer.

Portanto, se realizado de forma indevida e desmedida, o teletrabalho é capaz de ocasionar grandes prejuízos aos trabalhadores, tendo em vista que os sujeita a uma rotina estressante e intensa de trabalho, sem a observância das regras de proteção à saúde. Em decorrência da exploração mental, doenças psicológicas crescem de forma exponencial no século XXI, sendo a ansiedade e a depressão as mais comuns, potencializando também o surgimento de moléstias como a Síndrome de Burnout, além de restringir o direito à liberdade do trabalhador, submetendo-o a um cativeiro contemporâneo.

Essa situação emerge em um cenário no qual não há mais uma separação entre o ambiente de trabalho e o ambiente de vida pessoal, tendo em vista que o trabalho pode ser realizado em qualquer lugar onde se possa estar conectado. A ruptura da dicotomia do ambiente laboral ocasionada pelo teletrabalho e pelos meios telemáticos de comunicação transpõe a clássica jornada de trabalho e impede a desconexão.

4 O direito fundamental ao trabalho em tempos de pandemia

Diante do surto do novo Coronavírus originado na China, foi declarada uma pandemia pela Organização Mundial da Saúde (OMS), que tornou necessária a criação de diversas medidas de urgência para enfrentamento do problema, como uma rotina de isolamento e quarentena.

Após o decreto de emergência de saúde pública de importância internacional emitido pelo Ministério da Saúde¹⁴ do Brasil, foram editadas pelo governo nacional uma série de Medidas Provisórias flexibilizando regras estabelecidas pela Consolidação das Leis do Trabalho com escopo de amenizar as situações críticas da crise sem precedentes, enquanto perdurar o estado de calamidade.

A pandemia da COVID-19, que já é a maior enfrentada pela humanidade desde a gripe espanhola no início do século XX, colocou a economia do país em risco, e, como corolário, as relações de trabalho a ela concatenadas.¹⁵

¹⁴ Nos termos da Lei n. 13.979, de 2020.

¹⁵ Conforme dados da Agência Senado, o mês de abril de 2020 encerrou com 26 Medidas Provisórias publicadas pelo governo federal. É o número mais alto para um único mês desde 2001. São, ao todo, 42 Medidas Provisórias somente nos quatro primeiros meses de 2020, sendo que as ligadas apenas à pandemia já somam 35 desde março de 2020.

De acordo com o artigo 75-C da Consolidação das Leis do Trabalho, a prestação de serviços na modalidade de teletrabalho será estabelecida por mútuo consentimento entre empregado e empregador, devendo constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades a serem realizadas.

Todavia, no caso de uma situação de emergência eventual, como a do Coronavírus, a adoção do trabalho remoto é temporária e pode prescindir de algumas etapas formais, desde que respeitados os limites estabelecidos na legislação trabalhista e no contrato de trabalho.

Embora o empregado esteja trabalhando em casa, o local contratual da prestação do serviço continua sendo o estabelecimento empresarial.

Eventual alteração do regime de trabalho promovida unilateralmente pelo empregador nesse período deve ser feita com cautela e razoabilidade. A mudança pode ser justificada como medida causada por força maior¹⁶, uma vez que cabe ao empregador garantir boas condições de saúde e segurança aos seus empregados, sob pena de ser responsabilizado por eventuais atos de negligência que comprovadamente exponham seus subordinados a risco. Nesse contexto, o empregado que se recusar, sem motivo legítimo, a seguir as orientações ou mudanças propostas pelo empregador nesse período de pandemia pode ser penalizado com advertência, suspensão ou até mesmo justa causa.

A dignidade do trabalho humano é um direito fundamental de segunda dimensão, positivado na Constituição Federal de 1988, ou seja, elemento integrador do projeto constitucional brasileiro como uma norma-princípio fundamentada pelo valor dignidade humana, que representa uma conquista histórica da humanidade.¹⁷

Destarte, a sua concretização deve ser feita com absoluta prevalência sobre as demais normas que regulamentam a relação jurídico-laboral, entendendo que a mais valia constitucional conduzirá a maior justiça e humanização das relações trabalhistas.

Partindo dessa realidade, temos no Brasil os princípios constitucionais da valorização do trabalho humano e da garantia da dignidade do trabalhador.¹⁸

¹⁶ Conforme artigo 501 da Consolidação das Leis do Trabalho: “Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente.”

¹⁷ COLNAGO, L. M. R. A dignidade do trabalho humano na hermenêutica Constitucional. Espírito Santo, jan. 2003, p.16.

¹⁸ Em um mundo onde os valores são cada vez mais construídos ao redor do dinheiro e de tudo aquilo que ele representa, importante ressaltar que o trabalho deve ser visto como meio de colaboração, livre e eficaz, na produção de riquezas. Nesse sentido o tratado de Versalhes estabeleceu, em seu artigo 427,

Como já mencionado, a Carta Magna prescreve que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, incisos III e IV), estabelecendo, no seu Título II, Capítulo II, os direitos sociais, dentre os quais se destacam os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, merecendo relevo a relação de emprego (artigo 7º, *caput* e inciso I). Por seu turno, a Ordem Econômica e Financeira, no Título VII, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, possui como princípio a busca do pleno emprego (artigo 170, *caput* e inciso VIII).

Não se olvide também do que prega o artigo 193 da Constituição Federal de 1988: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) concretiza seus principais objetivos em quatro tipos de princípios: o primeiro deles se refere às relações de trabalho coletivas (liberdade de associação, liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva); os outros três correspondem a formas indignas de prestação individual de trabalho, como a eliminação de todos os meios de trabalho forçado ou obrigatório, abolição efetiva do trabalho infantil e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação (artigo 2º da Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho e seus segmentos), desenvolvendo um programa na busca de um trabalho decente.¹⁹

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 estabelece, em seu artigo 4º, que “Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas. “Também proclama no artigo 24º que Todo ser humano tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas.”

Portanto, o trabalho possui fundamental importância na vida do ser humano; porém, a tecnologia não deve escravizar, mas sim servir ao homem.

o princípio fundamental segundo o qual o trabalho não há de ser considerado como mercadoria ou artigo de comércio. Esse postulado foi incorporado posteriormente pela Organização Internacional do Trabalho que o incluiu na chamada Declaração da Filadélfia. A ordem jurídica repele a possibilidade de se admitir como mercadoria, bem comerciável, moeda de troca para aquisição de produtos e/ou serviços ou valor social, trabalho, que se conecta com a dignidade da pessoa humana, porém não é possível admitir que ainda, nos dias atuais, subsistam esses males laborais.

¹⁹ Nesse sentido as Convenções n. 29 e n. 182 da Organização Internacional do Trabalho sobre o trabalho forçado ou obrigatório.

O colapso sanitário decorrente da pandemia do Coronavírus se estende à economia, e o teletrabalho se torna alternativa para muitas empresas continuarem funcionando durante a quarentena. Registre-se, por oportuno, que, entre os anos de 2012 e 2018, o número de brasileiros trabalhando de casa passou de 2,7 milhões para 3,85 milhões²⁰; contudo, com o Coronavírus, o *home office* ganhou novo ritmo quase da noite para o dia.

Considerando, infelizmente, que ser digital já virou uma característica humana, necessário se faz limitar o uso indiscriminado das tecnologias a fim de proteger o direito à desconexão do trabalho, resguardando a saúde mental do trabalhador e os direitos fundamentais como lazer, descanso, saúde e convívio social.²¹

As escolhas feitas pelo Estado na implementação de políticas públicas deverão estabelecer critérios e prioridades levando em conta a multiplicidade das necessidades sociais, observando-se, sobretudo, os ditames da Constituição Federal.

Há, no entanto, situações calamitosas, tal como a pandemia do COVID-19, que tornam algumas decisões mais complexas, sendo necessária a utilização de ponderação quanto aos bens e interesses em questão (mormente a vida, saúde, trabalho, livre iniciativa), de acordo com o critério da proporcionalidade.

5 Dano existencial em decorrência da inobservância do direito à desconexão

Entende-se o direito à desconexão como um direito fundamental implícito no ordenamento jurídico, o qual deriva do direito à privacidade e ao lazer, da limitação da jornada de trabalho, dos períodos de descanso (intervalos intra e inter jornada, repouso semanal remunerado e férias anuais remuneradas) e também do princípio da dignidade da pessoa humana, que visa a preservar o direito à saúde, à segurança, ao lazer e à vida privada, preservando a cidadania.

²⁰ De acordo a Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios (PNAD) Contínua Anual, do Instituto

Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/condicoes-de-vida-desigualdade-e-pobreza/17270-pnad-continua.html?=&t=resultados>. Acesso em: 30 abr. 2020.

²¹ A depender do uso, a tecnologia pode escravizar, portanto falar em desconexão requer traçar um paralelo entre a utilização das tecnologias e o direito de não trabalhar, para que possa ser preservada a integridade física e psíquica do trabalhador consagrando a dignidade humana e os valores sociais do trabalho. Como bem ensina Martin Heidegger (1977, 2003), “A renúncia não tira. A renúncia dá. Dá a força inesgotável da simplicidade. Portanto, a renúncia não é perda. No não da renúncia vigora o poder-ser do sim à verdade do ser. A renúncia anuncia o que se vela e se oculta.”

Não há mais como retroceder à tecnologia; no entanto, o futuro não precisa, necessariamente, significar o desmonte dos direitos trabalhistas, conquistados ao longo dos anos. As inovações devem ser utilizadas a favor das empresas e também dos trabalhadores, preservando-se os direitos fundamentais, em especial, o direito à desconexão.

O ócio do trabalho possibilita que o homem possa desenvolver integralmente sua personalidade, focando-se em afazeres pessoais que não se interligam com os mesmos desenvolvidos no ambiente de trabalho, como o convívio em família, círculo social de amizades e demais horas que compreendam o entretenimento do obreiro, oportunizando também fomentar seus estudos, respeitar suas crenças religiosas, esportes, manter-se interligado com os acontecimentos presentes através de notícias, gozar plenamente de férias sem qualquer contato com o trabalho; enfim, exercer qualquer atividade que busque melhorar sua condição social.²²

A França foi o primeiro país a aprovar uma legislação concedendo o direito à desconexão ao trabalhador, prevendo amparo aos empregados para que não respondam a mensagens eletrônicas, e-mail ou telefonemas de seus superiores depois do horário de expediente. A lei fora destinada a empresas com cinquenta ou mais funcionários e entrou em vigor a partir do dia 01 de janeiro de 2017.

O Brasil ainda não possui uma legislação específica que trata sobre o direito à desconexão do trabalhador.

A preocupação do governo francês ao reconhecer o direito à desconexão deu-se através dos grandes índices de adoecimento dos trabalhadores pela Síndrome de Burnout²³, que se caracteriza pela exaustão emocional decorrente do excesso de demanda, ocorrendo frequentemente entre indivíduos que realizam algum tipo de trabalho com uso dos meios telemáticos para outras pessoas.²⁴

O dano existencial constitui uma espécie de dano extrapatrimonial que pode ocorrer em razão de uma jornada de trabalho excessiva, impedindo o empregado de

²² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.768.

²³ HARFF, Rafael Neves. Direito à desconexão: estudo comparado do direito brasileiro com o direito francês.

Revista eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações, Porto Alegre, RS, v. 13, n. 205, jul. 2017, p.53-74

²⁴ MASLACH, C.; JACKSON, S. The measurement of experienced burnout. *Journal of occupational behaviour*, Hoboken, v. 2, 1981.

realizar seus projetos de vida, interações familiares e sociais, caracterizando o desrespeito aos direitos fundamentais do trabalhador.

Para se chegar ao ápice da democracia, é indispensável a atuação do Poder Judiciário, a fim de consubstanciar um amplo exercício dos direitos fundamentais, ressaltando-se os interesses transindividuais.²⁵

Conforme já decidiu o Tribunal Superior do Trabalho, o aludido dano também decorre da violação do direito fundamental social ao lazer e ao descanso:

RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. 1. DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTENUANTE. NÃO CONHECIMENTO. I. O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que a submissão do empregado a jornada extenuante que "subtraia do trabalhador o direito de usufruir de seus períodos de descanso, de lazer, bem como das oportunidades destinadas ao relacionamento familiar, ao longo da vigência do pacto contratual" configura dano existencial. II. Tendo a Corte Regional concluído que "da jornada descrita, denota-se claramente a falta de preservação do convívio familiar, bem como relaxamento, lazer, direitos estes inerentes a qualquer trabalhador", a decisão regional está de acordo com a iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, o que inviabiliza o processamento do recurso de revista, conforme os óbices do art. 896, §7º, da CLT e da Súmula nº 333 do TST. III. Recurso de revista de que não se conhece. (...)" (RR-1001084-55.2013.5.02.0463, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 22/11/2019).

Nesse sentido, alguns julgados entendem pela existência do dano *in re ipsa*, a saber:

RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.015/2014. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM DECORRÊNCIA DE DANOS EXISTENCIAIS. JORNADA EXAUSTIVA (12 HORAS). *DANO IN RE IPSA*. No caso, o Tribunal Regional [...] consoante jurisprudência desta Corte, a submissão à jornada excessiva ocasiona dano existencial, em que a conduta da empresa limita a vida pessoal do empregado, inibindo-o do convívio social e familiar, além de impedir o investimento de seu tempo em reciclagem profissional e estudos. Assim, uma vez vislumbrada a jornada exaustiva, como no caso destes autos, a reparação do dano não depende de comprovação dos transtornos sofridos pela parte, pois se trata de dano *in re ipsa*, ou seja, deriva da própria natureza do fato gravoso. Indenização fixada no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), na esteira das decisões proferidas por esta Turma em casos semelhantes. Recurso de revista conhecido e

²⁵ Os representantes do povo instituíram um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais. Com o advento da Constituição Federal em 1988, consagrou-se o princípio do amplo acesso à justiça como direito fundamental, inscrito no inciso XXXV do artigo 5º da Carta Constitucional. Como desdobramento lógico dessa garantia, restou consubstanciado o direito de ação, que consiste em pleitear ao Poder Judiciário uma decisão sobre pretensão, que se configura no bem jurídico que o autor deseja obter ou proteger. O processo surge no momento em que alguém, utilizando-se da garantia constitucional do acesso à justiça, provoca a atividade jurisdicional do Estado, retirando-o de sua inércia.

provido. (TST – ARR: 9828220145040811, Relator Delaide Miranda Arante, Data do Julgamento: 10/04/2019, 2ª Turma).

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. 1. DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXAUSTIVA. 15 (QUINZE) HORAS DIÁRIAS DE TRABALHO. MOTORISTA DE CARRETA. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. O dano existencial é espécie do gênero dano imaterial cujo enfoque está em perquirir as lesões existenciais, ou seja, aquelas voltadas ao projeto de vida (autorrealização – metas pessoais, desejos, objetivos etc) e de relações interpessoais do indivíduo. Na seara juslaboral, o dano existencial, também conhecido como dano à existência do trabalhador, visa examinar se a conduta patronal se faz excessiva ou ilícita a ponto de imputar ao trabalhador prejuízos de monta no que toca o descanso e convívio social e familiar. Nesta esteira, esta Corte tem entendido que a imposição ao empregado de jornada excessiva ocasiona dano existencial, pois compromete o convívio familiar e social, violando, entre outros, o direito social ao lazer, previsto constitucionalmente (art. 6º, caput). Na hipótese dos autos, depreende-se da v. decisão regional, que o reclamante exercia a função de motorista de carreta e fazia uma jornada de trabalho de segunda a sábado, das 7h00 às 22h00, totalizando um total de 15 (quinze) horas diárias de trabalho. Assim, comprovada a jornada exaustiva, decorrente da conduta ilícita praticada pela reclamada, que não observou as regras de limitação da jornada de trabalho, resta patente a existência de dano imaterial *in re ipsa*, presumível em razão do fato danoso. Recurso de revista não conhecido. (...)” (RR-1351-49.2012.5.15.0097, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 15/03/2019).

Porém, majoritariamente o Tribunal Superior do Trabalho tem adotado a posição de que esse dano não decorre do mero excesso de jornada, devendo haver a comprovação do efetivo prejuízo, conforme se constata das seguintes decisões:

RECURSO DE REVISTA. DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXCESSIVA. O mero descumprimento de obrigações trabalhistas, como a imposição de jornada excessiva, por si só, não é capaz de ensejar o reconhecimento automático da ofensa moral e, conseqüentemente, do dever de indenizar, sendo necessária a demonstração da repercussão do fato e a efetiva ofensa aos direitos da personalidade, situação não verificada no caso concreto. Recurso de revista conhecido e provido” (ARR-10147-19.2017.5.15.0076, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 07/01/2020).

AGRAVO. RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTENUANTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE CONVÍVIO FAMILIAR E SOCIAL. Esta Corte tem firme jurisprudência no sentido de que a jornada de trabalho extensa, pela prestação de horas extras, por si só, não enseja a indenização por dano existencial. Há necessidade de demonstrar a efetiva impossibilidade de convívio familiar e social. Precedentes. O quadro fático descrito no acórdão regional não consigna que a jornada tenha efetivamente comprometido as relações do reclamante, fato constitutivo do dano existencial, razão pela qual deve ser mantida a decisão agravada. Considerando a improcedência do recurso, aplica-se à parte agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Agravo não provido, com aplicação de multa” (Ag-RR-1001097-51.2017.5.02.0063, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 18/10/2019).

Desse modo, depreende-se que o dano existencial pressupõe a ocorrência concomitante do ato ilícito do empregador e a comprovação do prejuízo pessoal, social ou familiar por parte do trabalhador. Sendo assim, é necessário cuidado para que não haja um fomento da judicialização da vida, visando imputar a terceiros perdas comuns experimentadas em alguma medida por todas as pessoas.

Embora algumas dificuldades na identificação do dano existencial por vezes se apresentem, não se pode negar que seu reconhecimento constitui um avanço para a personalidade humana.

Considerações finais

As recomendações da Organização Mundial da Saúde no sentido de um isolamento social buscam nos proteger fisicamente contra o vírus; por outro lado, a saúde psicológica bastante abalada pela ausência de convívio social e hiperconexão também merece atenção.

Para tanto, independente das incertezas que o futuro reserva, é preciso viver o hoje e cultivar o propósito individual que define a forma como queremos ser lembrados.

O direito não se apresenta como panaceia a todos os males que a hiperconexão pode causar. Assim sendo, compete a cada sujeito de direito realizar a sua parte na construção de uma vida mais sadia. Substituir as distrações da internet que tanto roubam tempo e se conectar com o que realmente nos faz melhor do lado de fora da rede pode ser um primeiro passo.

Em apertada síntese, em uma sociedade plural e democrática, não há como exigir que todos interpretem os direitos fundamentais da mesma forma. Todavia, é dever do Poder Judiciário garantir-lhes a máxima efetividade.

Entretanto, o Estado, por meio de seus poderes constituídos, deve ser transparente na exposição das razões que embasam qualquer tomada de decisão para que toda a sociedade possa avaliar e controlar se seus atos se coadunam com seu papel de garantir o bem-estar social.

O teletrabalho intensificado pelo estado de calamidade certamente vai continuar, pois há várias dúvidas sobre as ondas do COVID-19, e o futuro próximo é o

trabalho móvel, que pode ser exercido em qualquer lugar (o que está sendo confirmado pelo período atual decorrente o Coronavírus).

Diante disso, não se pretende aqui deslegitimar a modalidade, mas evitar as consequências nefastas que o excesso de conexão pode causar, pois, à medida que o trabalho a distância se torna mais proeminente, também aumenta a necessidade de se desconectar para separar o trabalho remunerado da vida pessoal.

Os desafios postos pela disrupção social de enormes proporções estimulam a refletir acerca de questões profundas que envolvem valores e solidariedade, bem como a nova realidade social-digital que transforma as relações de trabalho. Não se trata do fim do mundo, mas sim de um mundo novo que poderá alterar o estilo de vida quando retomarmos as rédeas de nossa existência, exigindo de todos capacidade de adaptação, empatia, rápido aprendizado e especialmente flexibilidade cognitiva.

Referências

AGUIAR, Antônio Carlos. *Direito do trabalho 2.0: digital e disruptivo*. São Paulo: LTr, 2018.

BAUMAN Zygmunt. *Modernidade líquida*. Ed. Zahar, 2001.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Tradução Maria Luíza X. de A. Borges; revisão Paulo Vaz. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

COLNAGO, L. M. R. . A dignidade do trabalho humano na hermenêutica constitucional. Sapiencia CESAT, PIO XII, UNICES (em revista), v. 9, p. 4-9, 2007.

DUTRA, Villatore. *Teletrabalho e o direito à desconexão*. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/93957/2014_dutra_silvia_teletrabalho_direito.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 18 abr. 2019.

ESTRADA, Manuel Martin Pino. *Análise juslaboral do teletrabalho*. Curitiba: Camões, 2008.

FINCATO, Denise Pires; LEMONJE, Julise Carolina. A telemática como instrumento de labor: teletrabalho e hiperconexão. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 1, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/63698>. Acesso em: 03 abr. 2020.

JARDIM, Carla Carrara da Silva. *O teletrabalho e suas atuais modalidades*. São Paulo: LTr, 2003.

HARFF, Rafael Neves. Direito à desconexão: estudo comparado do direito brasileiro com o direito francês. *Revista eletrônica: acórdãos, sentenças, ementas, artigos e informações*, Porto Alegre, RS, v. 13, n. 205, p. 53-74, jul. 2017.

HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: EDUSF, 2003.

HEIDEGGER, Martin. A questão sobre a morada do homem. *Revista de Cultura Vozes*, Petrópolis, ano 71, n. 04, p. 43-54, maio de 1977.

MARX, Leo. *Does Improved Technology Mean Progress?* Disponível em: [http://w3.salemstate.edu/~cmauriello/Course%20Development/IDS271%20Readings/MarxDo es%20Improved%20Technology%20Mean%20Progress.pdf](http://w3.salemstate.edu/~cmauriello/Course%20Development/IDS271%20Readings/MarxDo%20es%20Improved%20Technology%20Mean%20Progress.pdf). Acesso em: 12 abr. 2020.

MASI, Domenico. *O ócio criativo*. Sextante, 2000.

MASLACH, C.; JACKSON, S. *The measurement of experienced burnout*. *Journal of occupational behaviour*, Hoboken, v. 2, 1981.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do*

direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NILLES, Jack. *Fazendo do teletrabalho uma realidade*. São Paulo: Futura, 1997.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/documentos/>. Acesso em: 28 abr. 2020.

PRIETO, Antonio Márquez. *Calidad ambiental de las relaciones laborales (ensayo interdisciplinar)*. Granada: Comares, 2010.

RAMPAZZO SOARES, Flaviana. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre:

Livraria do Advogado, 2009.

RENAULT, Luiz Otávio; OLIVEIRA, Ariete Pontes de. O dever de reparar o dano existencial no plano do direito do trabalho. In: SILVA, A. A. *et al. Direitos do trabalhador: teoria e prática: homenagem à Professora Alice Monteiro de Barros*. Belo Horizonte: RTM, 2014.

SARLET Gabrielle Bezerra Sales; RIEFFEL Franciele Bonho. *Revista de Direitos Humanos e Efetividade*. As novas tecnologias de informação e de comunicação (TIC) e o direito à desconexão como direito humano e fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. Salvador v. 4, p. 115 - 134 jan./jun. 2018.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Trad. Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Do direito à desconexão do trabalho*. Disponível em: http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho.pdf. Acesso em: 02 abr. 2020.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Da relação de trabalho. *Revista do TST*. vol. 75, n. 4, Brasília, p. 17 - 24 out./dez. 2009.

10. BENEFÍCIO EMERGENCIAL: RENDA BÁSICA PARA A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*EMERGENCY BENEFIT: BASIC INCOME TO GUARANTEE FUNDAMENTAL
RIGHTS*



<https://doi.org/10.36592/9786587424149-10>

Beatriz Lourenço Mendes¹

Sandro Glasenapp Moraes²

Resumo

Os estados modernos de direito observaram uma evolução nas próprias estruturas institucionais. Partindo dos modelos liberais, que positivavam como direitos fundamentais tão somente aqueles de defesa do cidadão frente às violações estatais, alcançou-se modelos de estado social, em que o ente estatal passa a ser também responsável por políticas públicas de bem-estar aos cidadãos, além da obrigação negativa de não os obstar. Para a concretização deste bem-estar, vinculado à dignidade da pessoa, são necessários não somente a prestação de serviços, mas também a satisfação de necessidades materiais que permitam o pleno exercício da liberdade dos cidadãos. A partir do método dedutivo, analisa-se a importância de programas de transferência de renda, tal como o atual benefício emergencial, estabelecido em face da pandemia da COVID19. Essa medida de emergência surge como importante instrumento para possibilitar a efetivação do mínimo existencial e dos direitos fundamentais sociais.

Palavras-chave: Estado social; renda básica; benefício emergencial, coronavírus.

¹ Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Bolsista CAPES. Mestre em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG), advogada. E-mail: beatrizlmdendes@outlook.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2436657287554280>

² Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS. Bolsista CAPES. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS. Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade de Caxias Do Sul – UCS. Membro do Grupo de Pesquisas Novas Tecnologias, Processo e Relações de Trabalho – CNPq/PUCRS. Advogado. E-mail: sgmoraes.adv@live.com.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Finance Code 001

Abstract

Modern states of law have been through evolution in their own institutional structures. Beginning with the liberal models, which disposed as fundamental rights only those that defended the citizen in the face of state violations, later the models of social status were reached, in which the state entity is also responsible for public welfare policies to citizens, in addition to the negative state obligation not to hinder them. For the achievement of the aforementioned well-being, linked to the principle of the dignity of the person, it is necessary not only the provision of services, but also the satisfaction of material needs that allow the full exercise of citizens' freedom. Using the deductive method, the importance of cash transfer scheme is analyzed, such as the current emergency benefit, instituted in the face of the COVID pandemic¹⁹. This emergency measure appears as an important instrument to enable the implementation of the minimum existential and the guarantee of fundamental social rights.

Keywords: Welfare state; basic income; emergency benefit, coronavirus

Introdução

O ano de 2020 já está marcado na história com a erupção da pandemia da COVID-19 que impactou significativamente a sociedade em nível global. Nesta perspectiva, todas as dificuldades que já eram enfrentadas no mundo se agravaram substancialmente pela necessidade de adequação da sociedade à ameaça do coronavírus.

Em especial, as medidas de restrição de circulação impactaram o desenvolvimento econômico, agravando a desigualdade social, aumentando significativamente a parcela da população que não possui meios de garantir suas necessidades mais básicas.

Dentro deste quadro, recrudescer em termos mundiais o debate acerca do papel do estado, intensificando-se a atuação dos estados para a garantia dos direitos fundamentais dos seus cidadãos.

Esta garantia dos direitos fundamentais demanda, acima de tudo, o fornecimento de meios materiais para os cidadãos de modo a possibilitar a estes a

efetiva liberdade e dignidade, objetivadas na Constituição Federal e em tratados internacionais³.

Para tanto, a instituição do auxílio emergencial pela Lei 13.982/20, moldada como uma espécie de benefício de renda básica, é fator decisivo para se garantir à parcela significativa da população um mínimo de dignidade.

Para além do auxílio, hoje emergencial, deve-se pensar seriamente a incorporação deste benefício em uma renda básica, conforme previsto na Lei 10.835/04, até hoje não regulamentada, como forma de garantir a efetividade dos direitos fundamentais a toda a população.

Nessa toada, o objetivo deste artigo é discutir a instituição do auxílio-emergencial, sob a ótica dos direitos fundamentais constitucionais. Para tanto, analisar-se-á, em um primeiro momento, a responsabilidade estatal em efetuar prestações sociais para a garantia do mínimo existencial, um dos fundamentos do Estado de Bem-Estar Social. Posteriormente, será desenvolvido o conceito de liberdade conforme Sen⁴, relacionando a efetivação de necessidades materiais com as capacidades de inserção da população hipossuficiente nas diversas esferas sociais. Por fim, a questão da renda básica universal será ventilada, com foco em algumas políticas nacionais de transferência de renda arquitetadas nacionalmente, incluindo o auxílio-emergencial.

O método de abordagem empregado é o dedutivo, a partir de duas premissas básicas, a saber: 1) há uma obrigação positiva do Estado na concretização do mínimo existencial por meio de políticas públicas; 2) a pobreza provoca graves limitações às capacidades dos cidadãos⁵, impondo-se a redução das desigualdades sociais para a concepção da ideia de justiça.

³ A exemplo do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, nos termos do art. 49, I, da CF e ratificado pelo Brasil pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.

⁴ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das letras, 2011.

⁵ Sobre capacidades, vide: SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das letras, 2011., p. 195. “Com relação às oportunidades, a vantagem de uma pessoa é considerada menor que a de outra se ela tem menos capacidade – menos oportunidade real – para realizar as coisas que mais valorizamos. O foco aqui é a liberdade que uma pessoa realmente tem para fazer isso ou aquilo – coisas que ela pode valorizar fazer ou ser. Obviamente, é muito importante para nós sermos capazes de realizar as coisas que mais valorizamos. Mas a ideia de liberdade também diz respeito a sermos livres para determinar o que queremos, o que valorizamos e, em última instância, o que decidimos escolher. O conceito de capacidade está, portanto, ligado intimamente com o aspecto de oportunidade da liberdade, visto com relação a oportunidades “abrangentes”, e não apenas se concentrando no que acontece na “cuminação””.

Com base nas conexões entre os conteúdos explorados, pretende-se contribuir para os estudos constitucionais referentes aos direitos fundamentais e à seguridade social, principalmente no ramo da assistência social.

1 Estado Social e Direitos Fundamentais Constitucionais

De início, como pano de fundo para a discussão proposta, cumpre estabelecer a relação entre o Estado Social e a concretização de direitos fundamentais constitucionais. No plano internacional, traz-se à tona a clássica discussão de Marshall⁶ sobre os direitos sociais como elemento da cidadania⁷, a partir do surgimento dos antecedentes direitos civis (século XVIII) e políticos (século XIX) na Inglaterra.

Inicialmente, para se ter acesso aos direitos sociais como ajuda do Estado, fazia-se necessário a abdicação do status de cidadão, como no caso da *Poor Law* inglesa⁸. Este modelo assistencial sobreveio até o advento do Estado de Bem-Estar Social, em que tornou-se incumbência estatal a garantia mínima de bens e serviços essenciais à população⁹.

Nesse aspecto, a demanda por direitos sociais surgiu no fim do século XIX, a partir da insuficiência do mero reconhecimento legal da capacidade de se obter direitos

⁶ MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Tradução de Meton Porto Gadelha. Imprensa: Rio de Janeiro, Zahar, 1967

⁷ Ressalva-se que a teoria sobre construção da cidadania para Marshall é baseada no contexto inglês. Não se pretende transpor o mesmo desenvolvimento ao contexto brasileiro, por questões históricas, sociais e políticas diferentes, como já criticado nas obras: CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil. O longo Caminho**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002 e: BELLO, Enzo. **A cidadania no constitucionalismo latino-americano**. EDUCS, 143 p, 2014. A importância dos preceitos marshallianos se dá no sentido de vislumbrar o surgimento da obrigação positiva do Estado em concretizar direitos fundamentais sociais.

⁸ “Uma das primeiras leis de proteção social instituídas em países capitalistas avançados foi a *Poor Law* britânica. A *Poor Law* ou Lei dos Pobres era um conjunto de regras assistenciais que visava fornecer auxílio aos mais necessitados. Tanto a *Old Poor Law* (1601) como a *New Poor Law* (1834), tinham por objetivo principal prestar assistência social para aqueles indivíduos que comprovadamente não possuíam condições de sustentar a si próprios e nem parentes e amigos a quem pudessem recorrer. O principal critério eletivo para o recebimento de tais auxílios era a pobreza extrema e, para recebê-los, seus beneficiários deveriam prestar serviços obrigatórios em instituições de caridade. Com forte caráter estigmatizante, ambas as leis ficaram sobre a administração das igrejas e das instituições de caridade que vasculhavam e vigiavam a vida de seus beneficiários como uma forma de garantir que os mesmos se adequassem às normas e aos padrões do mundo burguês.” Fonte: ALVES, Ismael Gonçalves. Da caridade ao welfare state: um breve ensaio sobre os aspectos históricos dos sistemas de proteção social ocidentais. **Cienc. Cult.**, São Paulo, v. 67, n. 1, p. 52-55, Mar. 2015. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252015000100017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 jul. 2020.

⁹ *Ibid*, p. 93

para a concretização da cidadania. Mastrodi e Avelar¹⁰ revelam ainda a relação existente entre a natureza individualista dos direitos civis e a gênese do capitalismo, motivo pelo qual a noção de estado absenteísta perdurou por tanto tempo.

Ainda é preciso analisar brevemente a passagem do Estado Liberal para o Estado Social. Schons¹¹ atribui como marco histórico do surgimento do Estado de Direito o advento da Revolução Francesa, em que a própria substância do poder estatal foi alterada. Antes pautado por bases religiosas, éticas e naturalistas, o Estado de Direito em sua primeira fase inaugura as democracias liberais, em que a garantia formal de direitos individuais, a separação dos poderes e política não intervencionista na economia consolidavam o Estado Liberal.

As graves incongruências do modelo liberal de estado supracitado, ao lado das experiências totalitárias marcadas por regimes fascistas e comunistas demonstraram a necessidade de um estado intervencionista, que constituiu a segunda etapa do Estado de Direito. O Estado Social surge, não como proposta de ruptura sistema capitalista, conforme Diaz¹², mas como um meio-termo, onde se incorporavam práticas consideradas progressistas ao poder público, no intuito de reduzir desigualdades sociais, ampliando direitos e garantias, dentro ainda de uma lógica pautada pelo mercado.

Já no século XX, após gravíssimas violações de direitos humanos por parte do Estado, surgem os diplomas internacionais de extrema relevância em sede de direitos humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (PIDESC). Neste momento, diversas nações passaram a incorporar ou ratificar no direito interno a concepção do Estado como intervencionista e promotor de políticas públicas de redução da desigualdade social¹³.

Dentre nações que consagraram direitos sociais nas próprias legislações em maior ou menor grau, o Brasil surge como um país que proclamou um extenso rol

¹⁰ MASTRODI, Josué; AVELAR, Ana Emília Cunha. “O conceito de cidadania a partir da obra de T. H. Marshall: conquista e concessão”, in **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 17(33): 3-27, jul.-dez. 2017, p. 18

¹¹ SCHONS, Selma Maria. **Formação do Estado Social e a Afirmação dos Direitos Sociais**, in “Assistência social entre a ordem e a “des-rdem”: mistificação dos direitos sociais e da cidadania”. São Paulo: Cortez, 1999.

¹² DÍAZ, Elias. **Estado de Derecho y sociedad democrática**. 4. ed. Madri: Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1972, p. 212.

¹³ Vide SARLET, Ingo. Direitos Fundamentais a Prestações Sociais e Crise: Algumas aproximações. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, 16(2), 459-488.

destes direitos constitucionalmente. Tendo em vista a hierarquia de normas e a posição central ocupada pela Constituição Federal de 1988, considera-se que a atuação do Poder Público brasileiro, conforme os objetivos materiais da lei maior, deve ser pautada pela garantia institucional do mínimo existencial aos cidadãos.

Não obstante a obrigação positiva do Estado na garantia de direitos fundamentais, é sabido que o Estado Social Democrático ou Estado de Bem-Estar Social se encontra ameaçado desde meados de 1980, pelas propostas neoliberais difundidas por Reagan, nos Estados Unidos e Thatcher, na Inglaterra, as maiores potências capitalistas da época. Do ponto de vista dos direitos sociais, é preocupante que em momentos de crise a população sofra com uma drástica redução das prestações relativas à proteção social¹⁴.

A crise socioeconômica preexistente restou agravada pelo surto de coronavírus iniciado no fim de 2019, em Wuhan, na China. Atingindo o Brasil em março de 2020, a pandemia tem provocado superlotação do sistema de saúde público, desemprego e, conseqüentemente, aumento do nível de pobreza no país. Ressalta-se ainda que o vírus, apesar de apresentar contágio “democrático”, no sentido de não haver alvos específicos, impacta diferentemente nos diversos segmentos sociais.

Conforme Santos¹⁵, as orientações fornecidas pela Organização Mundial da Saúde (OMS) são discriminatórias, na medida em que se configura um privilégio permanecer no âmbito do lar e respeitando a distância mínima entre indivíduos numa conjuntura de desigualdade social. Nesse aspecto, o autor cita alguns grupos mais vulneráveis nesse cenário, como mulheres, em cuja a responsabilidade pelo trabalho doméstico é recobrada, além do aumento do nível de violência doméstica em tempos de crise; trabalhadores informais, pela ausência de direitos trabalhistas e pela própria diminuição de fluxos nos centros urbanos; moradores de periferia, em razão das precárias condições sanitárias e de habitação de favelas e guetos, além de refugiados e pessoas com deficiência.

Além da previsão constitucional do art. 203, segundo o qual “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social”, gerando uma obrigação positiva ao Estado de realizá-la, a decretação de Estado de Calamidade Pública ainda permite que o Poder Público

¹⁴ Ibid, p. 465.

¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra: Almedina S.A, 2020, l. 16 SS.

extrapole as despesas previstas no orçamento do exercício financeiro decorrente da situação emergencial.

Nesse sentido, os direitos sociais continuam sendo exigíveis no cenário pandêmico, já que argumentos opostos de natureza econômica, como os que dizem respeito à capacidade financeira do Estado em arcar com as prestações públicas¹⁶ caem por terra, na medida em que existe a autorização expressa do poder legislativo, para que o executivo implemente medidas de emergência, tal como a renda básica à população, pelo menos durante o surto de Covid-19.

Além disso, a disponibilidade de recursos deve servir antes como um limite à proporcionalidade e necessidade de prestações sociais e não de forma falaciosa, como um impeditivo para a intervenção judicial ou proatividade da administração pública em demandas sociais¹⁷.

Dito isso, esse panorama inicial forneceu o alicerce para reaver a necessária atuação do Estado como promotor de políticas públicas, especialmente, durante a pandemia. Com ênfase no benefício emergencial, de caráter assistencial, fornecido pelo Estado a partir da Lei nº 13.982/20, defende-se a necessária implementação da referida medida como mínimo existencial¹⁸ para enfrentamento da situação de crise. A concessão do referido auxílio também vai ao encontro das orientações da OMS¹⁹, a fim de abrandar as consequências avassaladoras da crise sanitária internacional.

2 As necessidades materiais para satisfação dos direitos fundamentais

A satisfação dos direitos fundamentais previstos na constituição sempre dependerá de um prévio financiamento. Muito embora se convencionasse que os

¹⁶ Sobre a dita “reserva do possível”, vide SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Flichtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina TRF4**, edição 24, p. 12.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Flichtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”. **Revista de Doutrina TRF4**, edição 24, publicada em 02/07/2008. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso: jun. 2020, p. 12

¹⁸ Segundo Sarlet, o direito à assistência social, na Alemanha e em outros países da União Européia, é a principal manifestação da garantia do mínimo existencial., em: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Flichtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina TRF4**, edição 24, p. 6.

¹⁹ Vide: “Relator da ONU pede que países adotem renda básica universal diante da pandemia”. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/relator-da-onu--pede-que-paises-adotem-renda-basica-universal-diante-da-pandemia/>. Acesso em jun. 2020.

direitos fundamentais de 1ª geração, direitos de liberdade, se caracterizassem por um cunho negativo, por estarem vinculados a uma abstenção do estado,²⁰ o exercício das liberdades previstas possui um “custo”. Assim, o próprio exercício da liberdade demanda a obrigatoriedade do cumprimento da lei, que por sua vez exige do Estado o exercício do poder de polícia e até mesmo a eventual atuação do judiciário para a garantia do exercício da liberdade.²¹

Os direitos fundamentais, independentes da geração ou dimensão a que se refiram, exigem, portanto, a prestação pelo Estado, seja direta, na forma serviços ou benefícios, ou indireta, mediante a disponibilização de aparato estatal hábil a garantir o exercício das liberdades.

O desenvolvimento da segunda dimensão dos direitos fundamentais, no entanto, trouxe um novo patamar de exigência para a sua concretização. Nesta condição, os chamados estados sociais, ou estados de bem estar, investiram de forma massiva na prestação de serviços, possibilitando aos cidadãos o acesso à educação e saúde, por exemplo.

A par do fornecimento dos meios básicos, ainda se observa, em especial nos países de menos recursos e maiores desigualdades sociais, a extrema dificuldade de parcela da população em ter acesso aos bens que garantam a efetiva concretização dos direitos fundamentais, até mesmo os de primeira dimensão.

Nesta linha, pode-se identificar que mesmo um estado que preste os serviços sociais, tais como saúde, educação e seguro social, poderá ter entre seus cidadãos aqueles que não possuem efetivamente a liberdade em suas vidas, em que pese a garantia de mínimos existenciais nos serviços prestados pelo Estado.

Como aponta Sen, a verificação da liberdade depende também das oportunidades do cidadão em buscar os seus objetivos, aquilo que valoriza.²² Esta condição de liberdade somente será atingida quando a pessoa puder efetivamente fazer suas escolhas de vida, conforme aqueles aspectos que entende importantes. Nesta abordagem de Sen, não importa apenas “o que a pessoa realmente acaba fazendo, mas também o que ela é de fato capaz de fazer”²³. Aqui importa a liberdade para que a

²⁰ Sarlet, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do advogado, 10ª Ed., 2010, p. 47.

²¹ Como demonstram Holmes, Stephen e Sunstein, Cass R. em **The Cost of Rights**: why liberty depends on taxes. WW Norton & Company, 2000, p. 33.

²² Sen, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das letras, 2011, p. 262

²³ Idem, p. 269

pessoa escolha como viver, independente de esta escolha ser aquela que o padrão médio da sociedade indicaria como correta.

Neste ponto, a ideia de Sen de que a pobreza é efetivamente uma privação das capacidades da pessoa.²⁴ Esta privação se manifesta também na dificuldade de inserção e participação da pessoa no seu meio social. Se por um lado, no modelo capitalista tradicional, a inserção social se dá pela participação do cidadão no mercado de trabalho, determinando a socialização da pessoa em face da necessária interação entre os trabalhadores para a consecução da finalidade,²⁵ o modelo mais moderno exige também a participação na vida de uma comunidade através do consumo de bens, impondo exigências até mesmo as pessoas relativamente pobres.²⁶

Para além do serviço prestado pelo Estado, que garante o mínimo para a sobrevivência do cidadão, sua efetiva autonomia somente advirá com o provimento dos meios materiais necessários para efetivar suas escolhas. Desta forma, percebe-se a efetiva necessidade de ir além da prestação de serviços públicos como forma de garantir a efetiva liberdade, autonomia e dignidade dos cidadãos.

Importante destacar aqui que estes meios materiais não devem provir unicamente da remuneração pelo trabalho, eis que esta exigência já tolhe a liberdade do cidadão. No contexto atual brasileiro, por exemplo, é substancial o índice de desemprego, subemprego e trabalhos precarizados. No caso específico dos trabalhos precarizados, a crescente utilização dos trabalhos intermediados por plataformas – sem qualquer segurança aos trabalhadores – demonstra a ausência de liberdade dos trabalhadores que, sem qualquer opção de garantir os meios de subsistência, submetem-se a más condições de trabalho, em especial em jornadas de trabalho excessivas. No momento atual, ainda pode-se destacar o risco de contágio pelo novo coronavírus dos trabalhadores que necessitam estar na rua para auferir valores vitais para o seu sustento (vide como exemplo os entregadores intermediados por aplicativos²⁷).

²⁴ Sen, Amartya. **Development as freedom**. Oxford Paperbacks, 2001, p. 87

²⁵ Antunes, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 139

²⁶ Sen, Amartya. **Development as freedom**. Oxford Paperbacks, 2001, p. 89

²⁷ Sobre a questão, ressalta-se a realização de greve nacional por parte desses trabalhadores no dia 1º de julho de 2020, com o propósito de reivindicações por direitos trabalhistas. Há inclusive o Projeto de Lei nº 3570, de 2020, de autoria do senador Jaques Wagner (PT – BA), que "institui a Lei de Proteção dos Trabalhadores de Aplicativos de Transporte Individual Privado ou Entrega de Mercadorias (LPTA)". Sobre a questão, vide: BAPTISTA, Rodrigo. "Senadores apoiam greve de entregadores e apresentam projetos pró-reivindicações", em Agência Senado. Publicado em 01/07/2020. Disponível em:

Para além da precarização do mercado de trabalho, se verifica também uma crescente implantação das tecnologias no ambiente de trabalho, automatizando cada vez mais os processos produtivos, exigindo cada vez menos trabalhadores para produzir os bens que a população mundial exige,²⁸ de modo a reduzir o número de empregos. Nesta perspectiva a chamada 4ª Revolução Industrial acelera este processo em ritmo exponencial, com amplitude e profundidade sem precedentes e com impacto sistêmico.²⁹

Observa-se assim a necessidade de garantir aos cidadãos, não só a sua participação no mercado de trabalho e o fornecimento de serviços públicos, mas a efetiva inserção social, provendo meios, não só de subsistência, mas de efetiva inserção na sociedade, como forma de permitir sua dignidade.

3 O Benefício emergencial e a concretização do princípio da dignidade humana

No contexto de crise sanitária, sociólogos, juristas e economistas retornam ao debate (não inédito) sobre a renda básica universal. Esta consiste em programa de transferência de renda para todo cidadão, sem critérios a serem preenchidos ou contraprestação. Segundo Isoni³⁰, a referida política pública é necessária, visto que grande parcela da população hipossuficiente permanece à margem dos direitos sociais por falta de documentação comprobatória para tanto.

A defesa da renda básica universal encontra adeptos de espectros políticos da esquerda à direita. Dentre os principais argumentos para a implementação deste programa, citam-se a redução da miserabilidade em nível nacional, o aumento do poder de compra do cidadão, impactando diretamente no aumento do Produto Interno Bruto (PIB), a possibilidade de melhor qualificação profissional dos beneficiários e, conseqüentemente, diminuição do desemprego e subempregos e, por fim, a redução

<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/07/01/senadores-apoiam-greve-de-entregadores-e-apresentam-projetos-pro-reivindicacoes>. Acesso em 13 jul. 2020.

²⁸ RIFKIN, Jeremy. **The end of work**. New York: Putnam, 1995, p. 19.

²⁹ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Edipro, 2019, p. 11.

³⁰ ISONI, Ananda T. RENDA BÁSICA UNIVERSAL: UM DEBATE NECESSÁRIO, in " **Quarentena: reflexões sobre a pandemia e depois**". Org. Anjuli Tostes, Hugo Melo Filho; Bauru: Canal 6, 1ª.ed., 2020. (ebk)

da criminalidade³¹.

No Brasil, a medida chegou a ser objeto da Lei nº 10.835/2004. A denominada renda básica de cidadania seria concedida, teoricamente, a todo cidadão residente há pelo menos cinco anos no Brasil e seria paga à população sem distinção socioeconômica. Todavia, perpassa-se 16 anos sem a regulamentação dessa política pública. Embora não universais, existem programas de transferência de renda federais concedidos mediante preenchimento de certos requisitos, tais como o Bolsa Família, o benefício assistencial (BPC-LOAS) em caráter permanente e o recém instituído auxílio-emergencial, de modo temporário.

O debate da concretização da renda básica deve ser analisado com cautela, tendo em vista a existência de mitos sobre o assunto, como o fato de uma possível acomodação da sociedade com o recebimento da renda e desestímulo para o trabalho³². Ademais este benefício não substitui ou não deveria substituir outros de natureza social. Do ponto de vista da garantia de direitos sociais pelo Estado, considera-se que a legislação instituidora do auxílio-emergencial³³ cometeu graves restrições à concessão da prestação. A primeira dela se trata da impossibilidade de ser cumulado com outro programa de transferência de renda federal ou seguro-desemprego.

Nos meses em que o auxílio-emergencial será concedido, ele substituirá o Bolsa-Família. A vedação de acúmulo das duas prestações é um exemplo de ataque aos direitos sociais. Isso porque a soma dos dois auxílios, na melhor das hipóteses, não ultrapassa um salário mínimo nacional! Inclusive, conforme Canotilho³⁴, uma vez garantidos institucionalmente direitos sociais emerge uma obrigação positiva do Estado em concretizá-los, bem como uma obrigação negativa, no sentido de se impedir

³¹ Vide: Isoni, *ibid*, p. 19 e ss.; SUPPLY, Eduardo Matarazzo. Renda Básica: A Resposta Está Sendo Soprada pelo Vento, **Revista de Economia Política**, vol. 23, nº 2 (90), abril-junho/2003.

³² Sobre renda básica e trabalho, Isoni assevera que “defender a renda básica universal não implica esmaecer os esforços empreendidos contra o desemprego e pela efetivação do direito a um trabalho digno. A importância do trabalho vai além de seu papel como meio de sobrevivência. Quando provido de sentido, o trabalho promove o desenvolvimento e o senso de realização do indivíduo. Isso explica, em alguma medida, inexistirem evidências de que transferências de recursos desencorajem as pessoas a trabalhar, a despeito de ser esse um argumento recorrente entre opositores da renda básica universal”, em ISONI, Ananda T. RENDA BÁSICA UNIVERSAL: UM DEBATE NECESSÁRIO, in **“Quarentena: reflexões sobre a pandemia e depois”**. Org. Anjuli Tostes, Hugo Melo Filho; Bauru: Canal 6, 1ª.ed., 2020, p. 20-21 (ebk).

³³ Lei nº 13.982, de 2 de Abril de 2020.

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª. ed. Coimbra: Almedina, 1993 p. 468.

a aprovação de normas atentatórias à Constituição e à justiça social. Daí emerge o princípio do não retrocesso social.

Outras limitações sérias impostas à concessão do auxílio-emergencial consideradas atentatórias à dignidade humana consistem na escolha legislativa da expressão “trabalhadores” e a necessidade de domínio de tecnologias de informação e comunicação para a solicitação do auxílio por aplicativo ou site. Advoga-se que a conceituação não tenha observado a melhor técnica quanto ao termo utilizado. Isto porque acaba por afastar o rol de segurados facultativos do RGPS como beneficiários da política social.

Sobre os meios para a concessão do benefício, a última Pesquisa Nacional de Amostra a Domicílios (PNAD-IBGE/2018)³⁵ demonstrou que uma a cada cinco pessoas não têm acesso à internet. A mesma pesquisa aponta que 92% dos usuários utilizam a internet para comunicação por mensagens instantâneas. Dito isso, a exigência de domínio de internet para acesso à política pública emergencial, acaba por se tornar excludente à parcela mais vulnerável da população – justamente a que mais necessita desta prestação – já que não há como garantir o alcance efetivo da medida em um país com alta desigualdade social e digital.

As críticas empreendidas ao auxílio-emergencial consistem em apontamentos jurídico-sociais com a finalidade de estender o rol de proteção da medida aos cidadãos. Todavia, a importância da referida política pública para enfrentamento da crise econômica e sanitária é inquestionável. A lei que estabelece a renda de emergência previa a possibilidade de ampliação para além dos três meses determinados a princípio, o que de fato ocorreu, tendo sido prorrogado por o benefício por mais dois meses.

Sendo assim, urge que o auxílio seja prorrogado pelo menos até o fim do ano³⁶, já que as consequências nefastas da pandemia ainda assolarão o Brasil por meses, levando em conta ainda que a renda básica para cidadania jamais fora regulamentada.

³⁵ Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua/IBGE. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua: acesso à internet e posse de telefone móvel celular para uso pessoal 2018**. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento. Rio de Janeiro: IBGE, 12p. ISBN 978-85-240-4527-1, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php-catalogo>. Acesso em 07 de junho de 2020.

³⁶ A prorrogação do auxílio-emergencial já vem sendo discutida no Congresso, vide: “Paim quer auxílio emergencial até o fim do ano”, publicado em 10/06/2020, em **Agência Senado**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/06/10/paim-quer-auxilio-emergencial-ate-o-fim-do-ano>. Acesso em 20 jul. 2020.

Esse debate sobre ampliação do auxílio já vem ocorrendo no Congresso, com resistência do Poder Executivo em manter o valor de R\$ 600,00. Entende-se que a manutenção do valor é crucial para garantia do mínimo existencial à parcela de baixa renda da população.

Do ponto de vista econômico, constata-se que o valor recebido é convertido em poder de compra, vertendo ICMS aos cofres públicos. Lembrando-se, ainda, do comando constitucional que possibilita a taxaço de grandes fortunas, também não regulamentado até então. Por fim, também se cita a sugestão do sociólogo Rogério Barbosa³⁷, em Seminário promovido pela Câmara dos Deputados, de se conceber uma contribuição social emergencial sobre altas rendas, superiores a 15 salários mínimos, de forma complementar ao Imposto de Renda e temporária.

Diante o exposto, sustenta-se a renda básica, efetivada pelo auxílio-emergencial, como fundamental para a concretização do mínimo existencial e, além disso, constitui-se uma obrigação estatal comprometida com a redução da pobreza. Do ponto de vista da justiça social, recursos básicos (não somente econômicos, mas também estes) se fazem necessários para a garantia de uma vida digna, principalmente diante do cenário pandêmico.

Considerações Finais

O Estado de bem estar social tem sua formulação a partir da verificação da incapacidade do estado de modelo liberal em garantir minimamente os direitos fundamentais de seus cidadãos. No contexto atual, impactado pela pandemia do coronavírus, retoma-se a discussão acerca do papel do estado para a concretização dos direitos fundamentais.

Efetivamente, a irrupção da pandemia trouxe novo contexto social, onde as recomendações sanitárias reduziram a atividade econômica mundial, aumentando substancialmente a dependência das classes menos favorecidas, especialmente no contexto brasileiro, aos programas sociais que efetivam e concretizam os direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal.

³⁷ "Prorrogação do auxílio emergencial é unanimidade entre debatedores: Representante do Ministério da Cidadania diz que é importante preservar o equilíbrio fiscal do país", publicado em 10/06/2020, em Agência Câmara de Notícias. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/668284-prorrogacao-do-auxilio-emergencial-e-unanimidade-entre-debatedores/> Acesso em jun. 2020.

Com a pandemia, restou mais evidente a desigualdade social e grande parcela da população que não possui meios efetivos de viver com dignidade, não sendo possível sequer falar-se em efetiva liberdade. Nesta linha, a instituição de programa de renda básica, ainda que emergencial e em valor de cerca de metade do salário mínimo, se mostra um grande avanço para a consecução dos objetivos constitucionais.

Não obstante, deve-se pensar em tal benefício como sendo apenas um começo, um primeiro passo, rumo a um programa efetivo de renda básica, suficiente para permitir a todos uma vida com liberdade e dignidade.

Referências

ALVES, Ismael Gonçalves. Da caridade ao welfare state: um breve ensaio sobre os aspectos históricos dos sistemas de proteção social ocidentais. **Cienc. Cult.**, São Paulo, v. 67, n. 1, p. 52-55, Mar. 2015.

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**. São Paulo: Boitempo, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6^a. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DÍAZ, Elias. **Estado de Derecho y sociedad democrática**. 4. ed. Madri: Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1972.

HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. em **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. WW Norton & Company, 2000.

ISONI, Ananda T. RENDA BÁSICA UNIVERSAL: UM DEBATE NECESSÁRIO, in “**Quarentena: reflexões sobre a pandemia e depois**”. Org. Anjuli Tostes, Hugo Melo Filho; Bauru: Canal 6, 1^a.ed., 2020. (ebk)

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Tradução de Meton Porto Gadelha. Imprensa: Rio de Janeiro, Zahar, 1967.

MASTRODI, Josué; AVELAR, Ana Emília Cunha. “O conceito de cidadania a partir da obra de T. H. Marshall: conquista e concessão”, in **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 17(33): 3-27, jul.-dez. 2017, ISSN Eletrônico: 2238-1228.

RIFKIN, Jeremy. **The end of work**. New York: Putnam, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra: Almedina S.A, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 10^a Ed., 2010.

SCHONS, Selma Maria. Formação do Estado Social e a Afirmação dos Direitos Sociais, in **“Assistência social entre a ordem e a “desordem”: mistificação dos direitos sociais e da cidadania”**. São Paulo: Cortez, 1999.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Edipro, 2019.

SEN, Amartya. **Development as freedom**. Oxford Paperbacks, 2001.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das letras, 2011.

SUPLICY, Eduardo Matarazzo. Renda Básica: A Resposta Está Sendo Soprada pelo Vento, **Revista de Economia Política**, vol. 23, n° 2 (90), abril-junho/2003.

11. O DIREITO À SAÚDE E OS TRATAMENTOS EXPERIMENTAIS: REFLEXÕES JURÍDICAS ENVOLVENDO A COVID-19, A CLOROQUINA E A HIDROXICLOROQUINA

*THE RIGHT TO HEALTH AND THE EXPERIMENTAL TREATMENTS:
LEGAL REFLECTIONS REGARDING COVID-19, CHLOROQUINE AND
HYDROXYCHLOROQUINE*



<https://doi.org/10.36592/9786587424149-11>

Bernardo Franke Dahinten¹

Augusto Franke Dahinten²

Resumo

Este trabalho tem como objetivo refletir acerca de algumas das implicações jurídicas envolvendo a utilização dos medicamentos cloroquina e hidroxicloroquina no combate à Covid-19. A abordagem inicia-se com uma análise contextual da pandemia causada pelo novo coronavírus pela qual o mundo atravessa. Na sequência, faz-se uma análise dos medicamentos cloroquina e hidroxicloroquina, os quais, a despeito de não possuírem qualquer evidência científica que os respaldasse, foram fortemente considerados, pelo menos durante os primeiros meses da pandemia, como potencial tratamento contra a nova doença. Após, comenta-se as limitações inerentes à realização do direito à saúde, com ênfase na finitude dos recursos financeiros, materiais e humanos. Ao final, analisa-se a possibilidade e a legitimidade da utilização de tratamentos experimentais no âmbito dos serviços de saúde, inclusive e especialmente em um contexto pandêmico tal e qual o decorrente do novo coronavírus. Palavras-chave: Direito à Saúde. Pandemia. Novo Coronavírus. Hidroxicloroquina e Cloroquina. Tratamentos Experimentais.

¹ Doutorando em Direito pela PUCRS. Mestre em Direito pela PUCRS. Especialista em Direito Médico pela Escola Superior Verbo Jurídico. Especialista em Direito Empresarial pela PUCRS. Especialista em Direito Imobiliário, Contratos e Responsabilidade Civil pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural. Advogado. E-mail: bdahinten@hotmail.com.

² Mestre em Direito pela PUCRS. Especialista em Direito Internacional Público e Privado pela UFRGS. Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela UFRGS. Possui MBA em Direito Empresarial com ênfase em Direito Tributário pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural. Advogado e Professor.

Abstract

This paper aims to reflect on some of the legal implications involving the use of the drugs chloroquine and hydroxychloroquine in the combat against Covid-19. The approach begins with a contextual analysis of the pandemic caused by the new coronavirus that the world is going through. Then, an analysis is made of the drugs chloroquine and hydroxychloroquine, which, despite having no scientific evidence to support them, were strongly considered, at least during the first months of the pandemic, as a potential treatment against this new disease. Afterwards, the limitations inherent to the realization of the right to health are commented, with emphasis on the finitude of financial, material and human resources. At the end, the possibility and legitimacy of using experimental treatments within the scope of health services are analyzed, including and especially in a pandemic context such as the one resulting from the coronavirus.

Keywords: Right to Health. Pandemic. New Coronavirus. Hydroxychloroquine and Chloroquine. Experimental Treatments.

Introdução

Do ponto de vista jurídico, talvez nenhum outro universo seja tão polêmico como o da saúde e o correlato direito à saúde. São inúmeras as problemáticas jurídicas habitualmente vivenciadas quando do trato deste assunto, muitas das quais, por se relacionarem também a outros campos do conhecimento, como a política, a economia e as ciências médicas, de extraordinária complexidade e de difícil (senão impossível) solução.

Entre essas problemáticas, destaca-se o debate envolvendo os procedimentos e tratamentos médicos de natureza experimental - isto é, aqueles que não possuem eficácia e segurança cientificamente comprovadas - e a possibilidade (e a legitimidade) de estes serem utilizados e até mesmo exigidos pelos pacientes, seja perante o Poder Público, seja perante agentes privados.

Em se tratando de um contexto de recursos econômicos, materiais e humanos finitos, como o é o da saúde, é fato irrefutável ser virtualmente impossível conceder “tudo a todos”, sendo medida indispensável, por decorrência, ainda que se esteja tratando de tratamentos de saúde e do direito à vida de milhares de pessoas, a

utilização e a imposição de limites e restrições, sob pena de se inviabilizar e comprometer o mínimo.

Verdade seja dita, a controvérsia envolvendo tratamentos experimentais sempre esteve presente no âmbito dos serviços de saúde. Recentemente, contudo, em razão da pandemia causada pelo novo coronavírus (Covid-19) e da consequente corrida mundial por tratamentos médicos capazes de combater ou minimizar os catastróficos efeitos dessa doença, o assunto ganhou contornos jurídicos especialmente intrigantes, merecendo, ainda que de maneira sintética, algumas reflexões.

Sem qualquer pretensão de esgotar o assunto ou mesmo de alcançar ou defender verdades absolutas, o presente texto, dentro de suas insuperáveis limitações, abordará este tema sob o ponto de vista jurídico, com enfoque na utilização da cloroquina/hidroxicloroquina - a despeito da absoluta inexistência de respaldo científico e, portanto, na condição de tratamento experimental - como forma de combater a Covid-19.

1 A Pandemia do Novo Coronavírus

No final de 2019, o mundo passou a acompanhar a notícia de que a cidade de Wuhan, na China, combatia uma doença causada por um vírus até então desconhecido, referido como o novo coronavírus (SARS-CoV-2). Apesar das inúmeras dúvidas que envolveram o assunto, algumas certezas confirmaram-se desde logo: tratava-se de um vírus avassalador, causador de infecção respiratória grave, de altíssima transmissibilidade, sem qualquer protocolo de tratamento conhecido e com alta taxa de mortalidade. Desde então, o grande receio do planeta se confirmou: o vírus se disseminou por todo o mundo, atingindo milhões de pessoas e causando milhares de óbitos.

Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS), braço da Organização das Nações Unidas (ONU) dedicado à promoção e ao desenvolvimento da saúde mundial, declarou que o surto da doença causada pelo novo coronavírus - denominada Covid-19 - constituía uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, considerado o mais alto nível de alerta da organização, nos termos do

Regulamento Sanitário Internacional.³ Pouco mais de um mês depois, em 11 de março de 2020, a OMS publicamente reconheceu e formalizou que o mundo estava diante de uma pandemia.

Desde então, desdobrou-se uma realidade apocalíptica, digna de guerra mundial, das quais poucos países escaparam: incontáveis infectados, milhares de mortos, hospitais lotados, profissionais da saúde morrendo, fronteiras fechadas, crises diplomáticas, economias total ou parcialmente paralisadas, milhares de empregos perdidos e populações em isolamento. Praticamente tudo que não era essencial para o funcionamento das nações viu-se obrigado a parar como forma de evitar maior proliferação do vírus.

No Brasil, logo no início de fevereiro de 2020, o Ministério da Saúde (MS) publicou a Portaria nº. 188, declarando “Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV)”. Poucos dias depois, foi publicada a Lei Federal nº. 13.979, dispondo sobre ações para o enfrentamento da emergência de saúde pública e permitindo a adoção, por parte das autoridades, de diversas medidas necessárias ao combate da pandemia, incluindo a determinação de isolamento social e quarentena, como meios de evitar a propagação do vírus.

A partir daí, o que se viu foi uma sucessão de diversas normas das autoridades públicas, todas versando, de uma forma ou de outra, sobre aspectos e medidas voltadas ao combate da pandemia e à desaceleração da transmissão comunitária, como forma de impedir o colapso dos serviços de saúde. Não obstante todas as medidas tomadas, não se conseguiu evitar que a transmissão atingisse todo o território brasileiro, fazendo com que muitos Estados e Municípios impusessem regras sobre isolamento e distanciamento social, suspensão de atividades e fechamento de estabelecimentos comerciais, empresas e órgãos que não fossem considerados como essenciais.

Quase que do dia para a noite, praticamente todo o planeta viu-se forçado a se adaptar. No Brasil, não foi diferente: aulas e atividades acadêmicas, palestras (*webinars*), shows de entretenimentos (*lives*), congressos, consultas médicas e diversas atividades e serviços profissionais passaram a ser realizados virtualmente (*home office*); restaurantes e lanchonetes tiveram que se limitar a serviços de tele-

³ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *International Health Regulations*. 2005. Third Edition. Disponível em: <[https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/246107/9789241580496-](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/246107/9789241580496-.). Acesso em: 10/04/2020.

entrega ou via sistema de *take-away*; centros comerciais e shopping centers foram temporariamente fechados e assim por diante. Todos, em resumo, precisaram se reinventar para sobreviver.⁴

Com intuito de tentar minimizar os efeitos econômicos e sociais da crise, o Congresso Nacional aprovou, logo no início de abril, através da Lei Federal nº. 13.982, um auxílio financeiro emergencial para as pessoas de baixa ou nenhuma renda, assim como editou inúmeras outras medidas econômicas e sociais, dispondo, por exemplo, sobre aspectos trabalhistas (Medida Provisória nº. 927) e tributos federais (Resoluções nº. 152 e nº. 154 do Comitê Gestor do Simples Nacional). Sem contar, também, as resoluções do Conselho Nacional de Justiça envolvendo a paralisação de quase todo o Poder Judiciário.⁵

Ainda quanto ao Brasil, o próprio sistema de saúde viu-se profundamente impactado: no campo da saúde suplementar (planos e seguros de saúde), inúmeras ações foram empreendidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) em razão da pandemia, incluindo a suspensão dos atendimentos administrativos presenciais⁶, a inclusão dos exames de diagnóstico do novo vírus dentre as coberturas assistenciais obrigatórias⁷ e até mesmo a prorrogação (quando não a própria suspensão) dos prazos máximos de atendimento⁸; também no âmbito da saúde, autorizou-se, ainda que em caráter provisório, o exercício da prática médica à distância (telemedicina) e a emissão de atestados e receitas médicas por meio eletrônico⁹. Além disso, o Congresso Nacional autorizou a suspensão provisória do reajuste anual dos medicamentos para o ano de 2020 (Medida Provisória nº. 933). E no âmbito sanitário, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) voltou a sua atenção para, entre outras questões, a regularização e/ou aquisição de equipamentos de proteção individual (EPI) e de ventiladores pulmonares, todos nucleares no combate à doença.¹⁰

⁴ “COVID-19 has turned the world upside down. Everything has been impacted. How we live and interact with each other, how we work and communicate, how we move around and travel. Every aspect of our lives has been affected” (COMMITTEE FOR THE COORDINATION OF STATISTICAL ACTIVITIES. *How COVID-19 is changing the world: a statistical perspective*. 2020. Disponível em: <<https://unstats.un.org/unsd/ccsa/documents/covid19-report-ccsa.pdf>>. Acesso em: 17/06/2020).

⁵ Por meio das Resoluções nº. 313, nº. 314 e nº. 318, diversas medidas foram adotadas, inclusive o *home office* para magistrados e servidores, a suspensão do atendimento presencial de partes e advogados e a suspensão dos prazos processuais.

⁶ Flexibilizando a regra decorrente da Resolução Normativa (RN/ANS) nº. 395/2016.

⁷ RN/ANS nº. 453 e nº. 457.

⁸ Flexibilizado os prazos contidos na RN/ANS nº. 259/2011.

⁹ Conforme a Portaria nº. 467, do MS, e o Ofício nº. 1.756/2020, encaminhado em março de 2020, pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), ao então Ministro da Saúde.

¹⁰ Exemplificadamente, as RDC nº. 349 e nº. 356.

Não há qualquer dúvida, portanto, que o Brasil e o mundo vêm passando por um momento que, pela proporção alcançada, não encontra paralelo na história recente. Os impactos econômicos e sociais decorrentes da pandemia do novo coronavírus, experimentados por praticamente toda a população mundial, implicaram (e continuam a implicar) profundas mudanças, rupturas e quebras de paradigmas até há pouco tempo impensáveis, com impactos em todos os segmentos, hábitos e atividades da vida humana.¹¹

2 A Covid-19, a Cloroquina e a Hidroxicloroquina

Instaurada a pandemia mundial do novo coronavírus e as crises econômicas e sociais dela decorrentes, iniciaram-se duas corridas mundiais: uma, pelo desenvolvimento de vacina capaz de efetivamente proteger as pessoas contra a doença e impedir o contágio; e outra, pela busca de tratamentos clínicos, em especial medicamentosos, capazes de combater a infecção causada pelo vírus.¹² Para fins deste texto, a atenção volta-se para a segunda.

Em linhas gerais, diversos medicamentos em potencial foram e vem sendo considerados mundo afora. E embora nenhum tenha se revelado - pelo menos não até julho de 2020, quando se finalizou este texto - cientificamente eficaz no combate à Covid-19¹³, dois ganharam incomparável destaque: os medicamentos à base de cloroquina e hidroxicloroquina. As discussões acerca da possibilidade de se poder ou não utilizar tais substâncias no tratamento dos infectados pelo novo coronavírus tomaram proporções gigantescas, tendo extrapolado os meios médicos e científicos e

¹¹ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. *Coronavirus Pandemic In The EU - Fundamental Rights Implications*. April. 2020. Disponível em: <<https://fra.europa.eu/en/publication/2020/covid19-rights-impact-april-1>>. Acesso em: 25/05/2020.

¹² Nesse sentido, vide EUROPEAN COMMISSION. *New research projects on Coronavirus*. March. 2020. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/research_and_innovation/research_by_area/documents/ec_rtd_cv-projects.pdf>. Acesso em: 19/05/2020.

¹³ Um estudo publicado em abril de 2020, sobre tratamentos potenciais para a Covid-19, concluiu, após revisar 1153 artigos sobre o tema, que pelo menos até aquela data, não havia indícios da existência de qualquer tratamento que poderia efetivamente ter eficácia no tratamento da doença: “This review clearly demonstrates that the available data are not sufficient to suggest any treatment for eradication of COVID-19 to be used at the clinical level. All human studies lack comparative data so that it remains unclear whether the patient recovered because of the use of particular drug or the general clinical care received” (RABBY, Md Insiat Islam. Current Drugs with Potential for Treatment of COVID-19: A Literature Review: Drugs for the Treatment Process of COVID-19. *Journal of Pharmacy & Pharmaceutical Sciences*, v. 23, n. 1, p. 58/64, April. 4, 2020).

chegando a protagonizar debates político-partidários em grandes países, como nos Estados Unidos e no próprio Brasil.

Com efeito, hidroxicloroquina e cloroquina são medicamentos diferentes, com formulações distintas e com indicações específicas. Assemelham-se, no entanto, pelos seus benefícios clínicos, pela forma de apresentação (comprimidos de uso oral) e por se basearem, ambos, na mesma substância, a cloroquina. De acordo com o bulário eletrônico disponível junto ao sítio virtual da ANVISA, agência reguladora encarregada do controle e do registro de todos os medicamentos aptos à comercialização e utilização no Brasil, a consulta pelos referidos medicamentos conduz, respectivamente, aos seguintes resultados: a) sulfato de hidroxicloroquina¹⁴; e b) difosfato de cloroquina¹⁵.

A hidroxicloroquina (sulfato de hidroxicloroquina), de acordo com a sua bula, é formalmente indicada, entre outros, para tratamentos como reumatismo e problemas de pele, artrite reumatoide (inflamação crônica das articulações), lúpus eritematoso sistêmico, lúpus eritematoso discoide, problemas dermatológicos provocados ou agravados pela luz solar e malária. A cloroquina (difosfato de cloroquina), por seu turno, é indicada, por exemplo, para o tratamento de malária e amebíase hepática, artrite reumatoide, lúpus eritematoso sistêmico e lúpus discoide, doenças de fotossensibilidade e erupções polimórficas graves desencadeadas pela luz.

Ambos os medicamentos possuem, também, cada qual, uma série de efeitos colaterais conhecidos: a hidroxicloroquina pode causar, por exemplo, distúrbios psiquiátricos, do sistema nervoso, gastrointestinais, de pele, musculoesqueléticos e oculares; já a cloroquina pode causar desde dor de cabeça, vômitos, febre e diarreia, até, por exemplo, branqueamento e queda dos cabelos, problemas de pele, problemas oculares, confusão mental, queda de pressão sanguínea, agressividade, alteração de personalidade, depressão, insuficiência hepática, hepatite, insuficiência renal e perda auditiva, apenas para citar alguns. O seguinte alerta constante na bula chama especial atenção: “A cloroquina é um fármaco que apresenta estreita margem de segurança e uma dose única de 30 mg/kg pode ser fatal”.

¹⁴ Sulfato de hidroxicloroquina: comprimidos revestidos 400 mg; Farmacêutico responsável: Telma Elaine Spina; Empresa: EMS S/A (Hortolândia/SP); Expediente: 0943166/18-7; Data de Publicação: 28/09/2018.

¹⁵ Difosfato de cloroquina: comprimidos revestidos 150 mg; Responsável técnico: Rodrigo Fonseca da Silva Ramos; Empresa: Fundação Oswaldo Cruz (Rio de Janeiro/RJ); Expediente: 0492567/19-0; Data de Publicação: 03/06/2019.

Em princípio, portanto, pelo menos considerando o que dispõem as respectivas bulas, é fato incontroverso que nenhum dos medicamentos engloba, entre as suas indicações, o tratamento para a Covid-19 causada pelo novo coronavírus (ou para qualquer infecção respiratória, diga-se de passagem), assim como se desconhece qualquer manifestação dos seus fabricantes e/ou das autoridades sanitárias posicionando-se em prol da inclusão deste tratamento nas mencionadas bulas. Em outras palavras, para efeitos desta nova patologia, ambos os medicamentos são considerados *off-label*.¹⁶

Verdade seja dita, o fato de determinado tratamento não estar contemplado na bula do medicamento não possui, por si só, o condão de rotulá-lo como sendo necessariamente ineficaz ou inseguro, assim como não torna a sua prescrição automaticamente irregular ou antiética.¹⁷ Tanto que, embora muitos sistemas de saúde estejam pré-ajustados para não cobrir tratamentos medicamentosos *off-label*, tal prática, em determinadas circunstâncias, é mundialmente admitida quando, a despeito do caráter *off-label*, existem dados científicos e empíricos suficientes em favor de sua utilização.¹⁸

Apesar desta hipótese, é defensável afirmar que o fato de determinado tratamento não estar contemplado na bula do respectivo medicamento gera presunção, ainda que relativa, de caráter experimental, por presumivelmente não possuir eficácia e segurança comprovada. Este parece ser o caso da hidroxicloroquina e cloroquina, as quais, além de carecerem de qualquer indicativo formal - seja dos

¹⁶ “Off-label refers to the use of an authorised pharmaceutical product outside the terms of its marketing authorisation; therefore, not in accordance with the information in the Summary of Product Characteristics. Off-label occurs when a medicine is used for a therapeutic indication other than that approved by a regulatory authority, or in a different dosage, frequency, method of administration, or used in a group of patients for which it has not been authorised” (HEALTH ACTION INTERNATIONAL. *Regulating off-label use of medicines in europe*. Oct. 2018. Disponível em: <<https://haiweb.org/wp-content/uploads/2018/10/Off-label-Use-of-Medicines-in-Europe.pdf>>. Acesso em 12/04/2020).

¹⁷ Citável nesse sentido o Parecer CFM nº. 02/2016, cuja conclusão foi assim redigida: “Os procedimentos médicos *off label* são aqueles em que se utilizam materiais ou fármacos fora das indicações em bula ou protocolos e correm por conta de cada médico que o prescreve ou executa”.

¹⁸ Para maiores detalhes sobre esse assunto, inclusive com referência ao regramento jurídico aplicável em outros países, ver WEDA, Marjolein; HOEBERT, Joëlle; VERVLOET, Marcia; PUIGMARTI, Carolina Moltó; DAMEN, Nikky; MARCHANGE, Sascha; LANGEDIJK, Joris; LISMAN, John; VAN DIJK, Liset. *Study on off-label use of medicinal products in the European Union*. Report for the European Commission, 2017. Disponível em: <https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/documents/2017_02_28_final_study_report_on_off-label_use_.pdf>. Acesso em: 15/04/2020; HEALTH ACTION INTERNATIONAL. *Regulating off-label use of medicines in europe*. Oct. 2018. Disponível em: <<https://haiweb.org/wp-content/uploads/2018/10/Off-label-Use-of-Medicines-in-Europe.pdf>>. Acesso em 12/04/2020; e NOBRE, Patrícia Fernandes da Silva. Prescrição Off-Label no Brasil e nos EUA: aspectos legais e paradoxos. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro. V. 18. N. 3. 2013. Mar./2013. p. 847/854.

fabricantes ou das autoridades competentes - em favor do tratamento da Covid-19, não possuem, pelo menos até o momento, qualquer dado científico que evidencie eficácia ou segurança para esta finalidade.

E em que pese possam ainda haver pesquisas e estudos em andamento, fato é que, até o momento, as notícias e os dados clínicos e/ou científicos disponíveis mundo afora - inclusive de alguns dos principais organismos nacionais¹⁹⁻²⁰ e internacionais²¹ voltados à pesquisa e à promoção da saúde - sugerem todos, sem exceção, não haver qualquer evidência nesse sentido. Pelo contrário, as pesquisas realizadas apontaram inclusive que os potenciais benefícios destes tratamentos não prevalecem sobre os riscos dos malefícios deles decorrentes.

Emblemáticas nesse sentido as manifestações exaradas pela autoridade de vigilância sanitária norte-americana (Food and Drugs Administration - FDA) e pela própria OMS. A primeira, em 15 de junho de 2020, afirmou que “[...] this drug may not be effective to treat COVID-19 [Coronavirus Disease 2019] and that the drug’s potential benefits for such use do not outweigh its known and potential risks”. Ao final

¹⁹ Nesse sentido, vide, por exemplo, o “Parecer Científico da Sociedade Brasileira de Imunologia sobre a utilização da Cloroquina/Hidroxiclороquina para o tratamento da COVID-19” (<https://sbi.org.br/2020/05/18/parecer-da-sociedade-brasileira-de-imunologia-sobre-a-utilizacao-da-cloroquina-hidroxiclороquina-para-o-tratamento-da-covid-19/>) e as “Diretrizes para o Tratamento Farmacológico da COVID-19”, elaboradas pela Associação de Medicina Intensiva Brasileira, Sociedade Brasileira de Infectologia e Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia (https://drive.google.com/file/d/1Jm07XR_hUpCZZraSuq1hoXdV5-XJazuk/view?fbclid=IwAR3XcgoGcZgEEgZn9vHkiPvQQfuy4Kx1UFMrLVrdnCVRFgxbWhDIYKYhbpw).

²⁰ Além disso, no âmbito do Sistema e-NatJus (plataforma fruto de parceria entre o CNJ e o Ministério da Justiça que busca instrumentalizar os magistrados em demandas sobre direito à saúde), o parecer técnico n.º 123, que trata da utilização da hidroxiclороquina e da cloroquina para o tratamento da Covid-19, elaborado em 20 de março de 2020, concluiu que “Com base nos achados nesta revisão sistemática rápida, a eficácia e a segurança da hidroxiclороquina e da cloroquina em pacientes com COVID-19 é incerta e seu uso de rotina para esta situação não pode ser recomendado [...]” (RIERA, Rachel; PACHECO, Rafael Leite. *Hidroxiclороquina para Infecção por Covid-19*. Revisão sistemática rápida. São Paulo, 20 de março de 2020. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/e-natjus/pesquisaPublica.php>>. Acesso em 20/06/2020).

²¹ A Pan American Health Organization (PAHO), por exemplo, agência internacional especializada em saúde, anunciava já no início de maio de 2020 que “[...] as of the date of this document, there is a lack of quality evidence to demonstrate chloroquine and/or hydroxychloroquine are effective in the treatment of COVID-19. Evidence is recently emerging via small studies with sub-optimal methodologies that are conflicting” (PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION. *COVID-19: Chloroquine and hydroxychloroquine research*. May. 8, 2020. Disponível em: <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52105/PAHOEIHKTCOVID19200002_eng.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em: 10/06/2020); Declaração similar decorreu do National Institutes of Health (NIA), o qual informou que estava interrompendo os estudos que buscavam medir e comprovar a eficácia da hidroxiclороquina, por concluir que a sua utilização não fornecia qualquer benefício aos pacientes (NATIONAL INSTITUTES OF HEALTH. *NIH halts clinical trial of hydroxychloroquine*. June. 20, 2020. Disponível em: <<https://www.nih.gov/news-events/news-releases/nih-halts-clinical-trial-hydroxychloroquine>>. Acesso em: 22/06/2020).

da carta, a mensagem é bastante clara: “As of the date of this letter, the oral formulations of HCQ and CQ are no longer authorized by FDA to treat COVID-19”²². A segunda, também em junho de 2020, anunciou que “[...] hydroxychloroquine does not result in the reduction of mortality of hospitalised COVID-19 patients, when compared with standard of care”²³.

Portanto, é certo que, no mínimo até o final de julho de 2020, não havia qualquer pesquisa ou evidência científica sólida que atestasse a efetividade e/ou a prevalência de benefícios em detrimento de malefícios no que tange à utilização das referidas drogas no combate ao novo coronavírus. Desta forma, tecnicamente falando, a prescrição dos referidos medicamentos no tratamento da Covid-19, em termos de utilidade, eficácia e segurança, apresenta-se como de indubitável natureza experimental.

3 O Direito à Saúde e as suas Limitações

Indiscutível que o direito à saúde, para além de estar previsto como um direito de todos e um dever do Estado (art. 196 da Constituição Federal de 1988), reflete um direito fundamental social da mais alta importância (art. 6º, também da Carta Magna).²⁴ Além de expressamente consagrado pelo texto constitucional vigente, o direito à saúde encontra-se igualmente previsto e reconhecido em outros diplomas normativos nacionais²⁵, bem como em inúmeros diplomas internacionais, como, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948²⁶ e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000²⁷.

²² FOOD AND DRUGS ADMINISTRATION. *Letter revoking EUA for chloroquine phosphate and hydroxychloroquine sulfate*. June. 15, 2020. Disponível em: <<https://www.fda.gov/media/138945/download>>. Acesso em: 21/06/2020.

²³ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Q&A: Hydroxychloroquine and COVID-19*. June. 19, 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/news-room/q-a-detail/q-a-hydroxychloroquine-and-covid-19>>. Acesso em: 20/06/2020.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filetiner. Art. 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 2012/2013.

²⁵ Como a Lei Federal nº. 8.080/90 (Lei Orgânica do SUS), entre outros.

²⁶ Art. 25. (1) “Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control”.

²⁷ Art. 35. “Health care: Everyone has the right of access to preventive health care and the right to benefit from medical treatment under the conditions established by national laws and practices. A high level of

Tal reconhecimento, no entanto, não significa que o direito à saúde, por mais sensível que possa ser, deva ou possa se revestir de um caráter absoluto. Pelo contrário, tal e qual ocorre com os demais direitos fundamentais²⁸, o direito à saúde, sobretudo por estar diretamente relacionado a recursos financeiros, sujeita-se a relativizações e a limites. O estabelecimento de ponderações e limitações revela-se, assim, como sendo um verdadeiro “mal necessário”, sob pena de inviabilizar completamente o seu fornecimento em patamares mínimos.²⁹

Stephen Holmes e Cass Sunstein³⁰, em clássica obra sobre o custo dos direitos, já alertaram que nada que custe dinheiro para ser implementado/protegido, inclusive direitos constitucionais, pode ser absoluto, devendo as consequências e limitações de toda e qualquer escolha e tomada de decisão serem seriamente consideradas, haja vista a finitude dos recursos e a certeza de que os fundos consumidos na efetivação de determinado direito naturalmente implicam o comprometimento de outros direitos que não poderão contar com os recursos já utilizados.

Luciano Benetti Timm ³¹, na mesma trilha, assevera que “A realidade orçamentária não pode ser compreendida como peça de ficção. O desperdício de recursos públicos, em um universo de escassez, gera injustiça com aqueles potenciais

human health protection shall be ensured in the definition and implementation of all Union policies and activities”.

²⁸ Neste ponto, cabe recordar a lição de Robert Alexy no sentido de que não existem princípios (direitos) absolutos, sendo que nem mesmo a noção de inviolabilidade da dignidade humana estaria imune a restrições e relativizações (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 111/112); no mesmo sentido, ensina Ingo Wolfgang Sarlet: “[...] nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais de maneira ilimitada, a ideia de que os direitos fundamentais não são absolutos, no sentido de absolutamente blindados contra qualquer tipo de restrição na sua esfera subjetiva e objetiva, não tem oferecido maiores dificuldades, tendo sido, de resto, amplamente aceita no direito constitucional contemporâneo [...]” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 387/388).

²⁹ Oportuna, nesta senda, a seguinte reflexão de Ingo Wolfgang Sarlet: “[...] será o Estado obrigado a prestar saúde de acordo com padrões mínimos, suficientes, em qualquer caso, para assegurar a eficácia das prestações, ou terão os particulares direito a serviços gratuitos da melhor qualidade (equipamentos de última geração, quarto privativo em hospitais etc.)?” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 577/578).

³⁰ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Coast of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Co., 1999. p. 97.

³¹ TIMM, Luciano Benetti. Direito à Saúde e a Maneira mais Eficiente de Prover Direitos Fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 268.

destinatários a que deveriam atender”. Gustavo Amaral³², nesta seara, refere que “Administrar, em termos de saúde, é gerir recursos limitados para atender necessidades ilimitadas. As necessidades são ilimitadas porque a existência humana é limitada, assim, a luta pela saúde é, em última instância, a luta contra o inexorável”.

Em um cenário de múltiplas e inesgotáveis necessidades, como o é o da saúde, a finitude dos recursos financeiros (orçamentários), fáticos (como hospitais, leitos e equipamentos) e humanos (incluindo médicos e demais profissionais da saúde) necessários à sua implementação é (ou pelo menos deveria ser) uma preocupação imperativa para qualquer gestor público sério, responsável e consciente, especialmente quando se pensa sob o ponto de vista coletivo.³³ Não é difícil reconhecer que a alocação de recursos em favor de um paciente pode, muitas vezes, significar a sentença de morte a outros tantos.

Justamente por isso, a lógica que deve guiar a implantação de políticas públicas relativas à destinação de recursos para custeio da saúde, de forma a obter a maior eficiência possível, deve necessariamente considerar os estudos científicos existentes a respeito das doenças e seus potenciais tratamentos, assim como não deve deixar jamais de sopesar os dados disponíveis quanto a custos, prognósticos, eficácia e segurança dos protocolos a serem adotados.

Verdade seja dita, os dilemas envolvendo a concretização e a satisfação do direito à saúde frente às limitações financeiras são um problema para muitas nações ao redor do globo.³⁴ A situação brasileira, entretanto, por uma série de razões, inclusive no que tange ao orçamento público reservado à saúde³⁵ (vide o “Novo Regime

³² AMARAL, Gustavo. Saúde Direito de Todos, Saúde Direito de cada Um: reflexões da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 92.

³³ Clenio Jair Schulze e João Pedro Gebran Neto, neste contexto, afirmam que “A tese da ausência de limites é superável quando se analisa a saúde a partir da perspectiva coletiva, ou seja, no âmbito global, tendo em mira todos os habitantes do país. Na percepção macro, nada é ilimitado. Neste aspecto, importa anotar que as políticas públicas de saúde não são criadas e executadas com foco em destinatários específicos. É preciso proteger a saúde de todos [...]” (SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. *Direito à Saúde: análise à luz da judicialização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. p. 42).

³⁴ Recente estudo da ONU apontou que, em termos mundiais, os gastos de saúde estão crescendo mais do que o resto da economia global (WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Public Spending on Health: a closer look at global trends*. 2018. Disponível em: <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/276728/WHO-HIS-HGF-HF-WorkingPaper-18.3-eng.pdf?ua=1>>. Acesso em: 10/04/2020).

³⁵ De acordo com dados da Secretaria do Tesouro Nacional, o orçamento destinado à saúde pública gira em torno de 3,8% do PIB (SECRETARIA DO TESOUREO NACIONAL. *Aspectos Fiscais da Saúde no Brasil*. 2018. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/318974/AspectosFiscaisSa%C3%BAde2018/>

Fiscal” instituído pela Emenda Constitucional 95/2016), é especialmente preocupante, ganhando dimensões ainda mais alarmantes no cenário pandêmico que se atravessa.

4 A Problemática Envolvendo os Tratamentos Experimentais

Muito embora a noção de sistema público de saúde pareça incompatível com a ideia de tratamentos experimentais, fato é que estes, a despeito das discussões éticas e jurídicas que tradicionalmente os envolvem, sempre integraram, em maior ou menor medida, a prática médica e a vida humana. Certamente ciente desta realidade, a Lei Federal nº. 8.080/90, ao arrolar os princípios a serem observados quando do desenvolvimento das ações e serviços de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde, incluiu a “utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática” (art. 7º, inc. VII).

Considerando-se ser, a epidemiologia, em síntese, o ramo da medicina que estuda a distribuição das doenças nas populações humanas, incluindo os fatores que influenciam na difusão e propagação das patologias, parece seguro inferir que, na prática, para fins de organização e direcionamento do sistema de saúde público brasileiro, as ações e serviços de saúde devem se pautar pela ótica da coletividade, pela racionalidade e pela otimização dos recursos existentes, noções e valores com os quais os tratamentos experimentais, pelo menos como regra geral, não dialogam.

Em verdade, as recomendações de tratamentos considerados experimentais, no Brasil, em tese, não deveriam ser habituais. Primeiro porque, de acordo com o próprio Conselho Federal de Medicina (CFM), nenhum procedimento diagnóstico ou terapêutico poderia ser utilizado sem aprovação prévia do conselho.³⁶ Logo, em teoria, profissionais médicos sequer poderiam indicar, prescrever ou realizar tratamentos não chancelados, antes, pelo CFM, sob pena de responsabilização civil e criminal, além de sujeição a processo ético-disciplinar.

Além disso, não se pode ignorar que, também segundo o ordenamento jurídico brasileiro, a adoção de tratamentos experimentais equipara-se, na prática, a pesquisa

a7203af9-2830-4ecb-bbb9-4b04c45287b4>. Acesso em: 11/04/2020); Comparativamente, os gastos de outros países que igualmente preveem uma sistema de saúde público universal, como o Canadá (10,4% do PIB) e o Reino Unido (9,9% do PIB), são bastante superiores (SALDIVA, Paulo Hilário Nascimento; VERAS, Mariana. Gastos Públicos com Saúde: breve histórico, situação atual e perspectivas futuras. *Estudos Avançados*. V. 32. N. 92. São Paulo: USP, 2018. p. 47/61).

³⁶ Resolução CFM nº. 1.609/00, Resolução CFM nº. 1.982/12 e Lei Federal nº. 12.842/13.

com seres humanos. Ocorre que, de acordo com o Conselho Nacional de Saúde, para que toda e qualquer pesquisa dessa natureza seja implementada é necessária a observância de diversas diretrizes e condições, que incluem, por exemplo, a supervisão de um Comitê de Ética e a coleta de termo de consentimento específico do paciente/participante.³⁷⁻³⁸

Em outras palavras, pelo menos no Brasil, além de a mera prescrição/indicação, por parte de um profissional médico, de um tratamento não reconhecido cientificamente - ou seja, de natureza experimental - ser por si só questionável, tal prática, se examinada à luz da normatização doméstica, reveste-se de contornos potencialmente antijurídicos. E embora não exista dispositivo legal ou normativo expressamente proibindo a prática em si, fato é que o seu custeio é sim vedado, de forma explícita, no âmbito dos serviços públicos de saúde no Brasil: “São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS: I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA” (art. 19-T, inc. I, da Lei Federal nº. 8.080/90).

A racionalidade adjacente à exclusão de tratamentos experimentais é a mesma que norteia o sistema de saúde como um todo: garantir que os recursos sejam destinados para serviços, tratamentos e procedimentos que comprovadamente tenham eficácia, evitando a oneração do Estado com gastos desprovidos de justificção técnico-científica. Em tese, portanto, o Poder Público não admite, no âmbito do SUS³⁹, a sua responsabilização pelo custeio e/ou fornecimento de tratamentos considerados experimentais.

Tal problemática, relativa ao exame quanto à possibilidade de se utilizar tratamentos médicos experimentais, bem como e especialmente quanto à

³⁷ Resolução CFM nº. 1.982/12 e Resolução CNS nº. 466/12.

³⁸ Da mesma forma, toda pesquisa com seres humanos deveria, em tese, necessariamente obedecer, também, aos princípios esculpidos pelo Código de Nuremberg. Dito códex, plasmado em 1947, após a Segunda Guerra Mundial, consagrou diversos princípios éticos que hão de reger, desde então, as pesquisas desta natureza, tendo influenciado diversos diplomas internacionais (como a Declaração de Helsinque, de 1964, e as Diretrizes Internacionais para Pesquisa Biomédica Envolvendo Seres Humanos, de 1982), além de o próprio Código de Ética Médica brasileiro (Resolução CFM nº. 2.217/18, arts. 99 a 106).

³⁹ Embora não seja o foco deste texto, cabe referir que, também na seara do Sistema de Saúde Suplementar (planos de saúde), a questão é problemática, pois a legislação específica do setor, a Lei Federal nº. 9.656/98, expressamente exclui do âmbito das coberturas assistenciais obrigatórias os tratamentos de natureza experimental (art. 10, inc. I), o que é ratificado pela regulamentação da ANS (RN/ANS nº. 428/2017).

responsabilidade financeira daí decorrente, não é nova na jurisprudência brasileira⁴⁰. Pelo contrário, as ações judiciais que visam a obtenção de fornecimento para medicamentos fora das listas oficiais encontram-se há anos entre as mais comuns.

De forma geral, o Supremo Tribunal Federal (STF), no mínimo desde o julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada n.º. 175/CE, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, ocorrido em março de 2010, parece se inclinar no sentido de que o custeio dos medicamentos *genuinamente experimentais* - isto é, sem qualquer comprovação de eficácia e que, portanto, não se confundiriam com os *medicamentos novos*, estes compreendidos como aqueles que, embora (ainda) não incorporados pelas políticas públicas, já se encontram suficientemente testados e até mesmo liberados para comercialização no seu país de origem e que, por esses motivos, admitiriam solicitação/fornecimento mediante ação judicial - não poderiam, como regra, ser impostos ou exigidos do Poder Público.⁴¹

Desde então, todavia, a jurisprudência brasileira, inclusive a do próprio STF, demonstra que estas premissas são passíveis de relativização, visto serem diversos os exemplos em que medicamentos e tratamentos desta natureza foram (e até hoje são) judicialmente concedidos às custas do Poder Público.⁴² Emblemática, nesse sentido, a decisão proferida pelo Ministro Luis Edson Fachin no julgamento da Petição 5.828, em outubro de 2015, que compeliu a Universidade de São Paulo a fornecer a um paciente o “medicamento” *fosfoetanolamina* - à época referida como a “Pílula do

⁴⁰ Tampouco se trata de questão exclusiva do Direito brasileiro, vide, para ilustrar, o caso BvR 452/17, julgado em 11 de abril de 2017, pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) da Alemanha. Na ocasião, discutiu-se acerca da cobertura financeira para determinado tratamento *off-label*. Ao final, a queixa constitucional da paciente foi negada, sendo mantida a decisão do Superior Tribunal Social/Tribunal Social Federal (*Bundessozialgericht*), o qual havia provido o recurso da seguradora para negar o direito de acesso ao referido tratamento. Entre os fundamentos da decisão, constou que a autora não teria comprovado ser portadora de uma patologia fatal, tampouco que a sua patologia seria tão rara e/ou que tornasse impossível a utilização de um tratamento existente no catálogo de procedimentos previstos pelo seguro estatal, ou que justificasse a violação da legislação aplicável.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 583.

⁴² O fato de o judiciário brasileiro, especialmente o STF, determinar o custeio de serviços de saúde que teoricamente não estariam abrangidos por políticas públicas há muito já é referido na doutrina. Apenas para exemplificar, citável artigo de Daniel Wang, em que o autor comenta a tendência da mais alta corte do judiciário brasileiro de privilegiar questões individuais (*individual-centered approach*) em detrimento das coletivas (*population-centered*) (WANG, Daniel. W. L. Courts and health care rationing: the case of the Brazilian Federal Supreme Court. *Health Economics, Policy and Law* (2013), 8, 75/93 & Cambridge University Press 2012).

Câncer” - não obstante a absoluta inexistência de qualquer evidência científica que amparasse o seu uso para este fim, além de sequer possuir registro junto à ANVISA.⁴³

De qualquer sorte, a máxima segundo a qual tratamentos e medicamentos experimentais não poderiam ser impostos ao Estado foi recentemente fortalecida, quando o STF, em maio de 2019, ao apreciar o RE n.º. 657.718 (tema 500⁴⁴), sacramentou que “O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais”; e que “A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial”.

Nesta mesma esteira, citável ainda o julgamento do RE n.º. 566.471, ocorrido em março de 2020, também no âmbito do Supremo Tribunal Federal, cujo resultado foi igualmente no sentido de que, salvo justificada exceção, o Estado não pode, como regra, ser compelido a custear medicamentos não abrangidos pelas políticas públicas, o que evidentemente abrange, também, os de natureza experimental.

Pode-se afirmar, portanto, haver uma evidente tendência da Suprema Corte brasileira em reconhecer que, como regra geral, é insustentável exigir, do Estado, o fornecimento e/ou o custeio de medicamentos e tratamentos que não estejam contemplados por políticas públicas, incluindo aí, repete-se, os de caráter experimental. Apenas situações excepcionais e justificadas poderiam, em tese, prevalecer sobre tal vedação.⁴⁵ Neste contexto, fica a reflexão quanto à se um cenário pandêmico - a exemplo do que aconteceu com o vírus Ebola, em 2014⁴⁶ - configuraria exceção à regra.

⁴³ O próprio Plenário do STF, em maio de 2016, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º. 5501, proposta pela Associação Médica Brasileira, reconhecendo o caráter experimental desta substância, suspendeu a eficácia da Lei Federal n.º. 13.269/2016, que autorizava o seu uso para pacientes diagnosticados com neoplasia maligna.

⁴⁴ O referido julgamento fixou as seguintes teses: “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 n.º 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”.

⁴⁵ Genival Veloso de França, por exemplo, entende que diante de uma pessoa “à beira da morte, quando todos os recursos convencionais foram esgotados, a utilização de um tratamento experimental não pode ser considerado como simples experiência, mas um meio extremo, na tentativa de salvar uma vida”. O autor comenta que, nessa circunstância, a conduta estaria revestida de licitude (FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 472/473).

⁴⁶ A própria OMS, em 2014, não apenas concordou, mas também recomendou a utilização de tratamento experimental contra o vírus Ebola, considerado, na época, como uma emergência de saúde pública

Em resumo, de qualquer forma, parece seguro reconhecer que, no Brasil, de acordo com a legislação federal e com os principais e mais recentes precedentes do STF - guardião da Constituição Federal - não se admite, como regra, que particulares exijam, do Poder Público, o fornecimento de medicamentos considerados experimentais.

Considerações Finais

É absolutamente incontroverso que as discussões envolvendo os tratamentos e medicamentos experimentais e a realização do direito à saúde são de máxima complexidade. Não bastasse isso, muitas vezes tais tratamentos encontram-se diretamente relacionados com o próprio direito à vida, o que torna os seus debates ainda mais sensíveis e delicados.

A despeito de lidar com os valores mais importantes da existência humana, é inegável que os tratamentos experimentais, assim considerados por não possuírem qualquer base científica em favor da sua utilização, não são, como regra, fornecidos pelos sistemas de saúde, o que se dá por diversos fatores, incluindo a finitude de recursos financeiros, materiais e humanos dos quais as ações e serviços de saúde dependem.

Embora este raciocínio - que sujeita tratamentos de saúde e, por vezes, a própria vida humana a cálculos econômicos e limites financeiros - possa parecer perverso, a sua lógica guia-se pela racionalidade e pela otimização dos meios existentes, com a finalidade de permitir que os serviços médicos e de saúde disponíveis sejam sempre empregados/alocados da melhor maneira possível e de forma a beneficiar o maior número de pessoas, justificando-se, assim, a restrição aos tratamentos cuja eficácia encontre-se comprovadamente demonstrada.

A combinação destes assuntos atinge contornos especialmente dramáticos quando examinada à luz da realidade pandêmica - de proporções dignas de um filme de ficção científica - decorrente do novo coronavírus e da doença por este causada, a Covid-19. E ainda que se compreenda a busca desenfreada por tratamentos capazes de

internacional (WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Statement on the WHO Consultation on potential Ebola therapies and vaccines.* Sep. 2014. Disponível em: <<https://www.who.int/mediacentre/news/statements/2014/ebola-therapies-consultation/en/>>. Acesso em: 05/05/2020).

combater a infecção respiratória causada pelo novo vírus, não se pode perder de vista as regras e normas jurídicas elementares inerentes ao direito à saúde e suas limitações.

A despeito da importância desta lógica, fato é que tratamentos desprovidos de qualquer evidência científica - como, ao que tudo indica, é o caso da cloroquina e da hidroxicloroquina para fins de combate à Covid-19 - foram (e em parte ainda vem sendo) suscitados e defendidos por médicos e autoridades aparentemente sem o necessário cuidado jurídico e científico que a matéria tanto exige.

Não se pode ignorar que o emprego de tratamentos experimentais, além de não ter qualquer garantia de benefício, pode muitas vezes implicar efeitos colaterais mais graves que a própria doença que pretendia combater. Somado a isso, não se pode esquecer que, não obstante as milhões de pessoas afetadas pelo novo vírus, as demais doenças, tão ou mais graves, persistem, assim como os seus incontáveis portadores, que contam e dependem de um sistema de saúde capaz de atendê-los.

Ainda que se trate de uma pandemia, tratamentos experimentais nada mais são do que pesquisas com seres humanos e, como tal, devem se reservar a situações muito extraordinárias, além de obrigatoriamente se sujeitarem às normas, cuidados e regras jurídicas aplicáveis, as quais exigem, entre outros, a supervisão de entidade de incontestável cientificidade e seriedade, a conscientização do prescritor quanto à sua responsabilidade e, acima de tudo, a conscientização (e plena concordância) do paciente quanto às implicações daí decorrentes.

Do contrário, o uso de tratamentos desta natureza - como acontece com a cloroquina e a hidroxicloroquina como meio de combate à Covid-19 - deve ser considerado, pelo menos até que se prove o contrário, além de experimental, como potencialmente antijurídico e conseqüentemente inaceitável.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL, Gustavo. Saúde Direito de Todos, Saúde Direito de cada Um: reflexões da práxis judiciária. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 81/115.

COMMITTEE FOR THE COORDINATION OF STATISTICAL ACTIVITIES. *How COVID-19 is changing the world: a statistical perspective*. 2020. Disponível em: <<https://unstats.un.org/unsd/ccsa/documents/covid19-report-ccsa.pdf>>. Acesso em: 17/06/2020.

EUROPEAN COMMISSION. *New research projects on Coronavirus*. March. 2020. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/research_and_innovation/research_by_area/documents/ec_rtd_cv-projects.pdf>. Acesso em: 19/05/2020.

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS. *Coronavirus Pandemic In The EU - Fundamental Rights Implications*. April. 2020. Disponível em: <<https://fra.europa.eu/en/publication/2020/covid19-rights-impact-april-1>>. Acesso em: 25/05/2020.

FOOD AND DRUGS ADMINISTRATION. *Letter revoking EUA for chloroquine phosphate and hydroxychloroquine sulfate*. June. 15, 2020. Disponível em: <<https://www.fda.gov/media/138945/download>>. Acesso em: 21/06/2020.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 12. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

HEALTH ACTION INTERNATIONAL. *Regulating off-label use of medicines in europe*. Oct. 2018. Disponível em: <<https://haiweb.org/wp-content/uploads/2018/10/Off-label-Use-of-Medicines-in-Europe.pdf>>. Acesso em 12/04/2020.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Coast of Rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Co., 1999.

NATIONAL INSTITUTES OF HEALTH. *NIH halts clinical trial of hydroxychloroquine*. June. 20, 2020. Disponível em: <<https://www.nih.gov/news-events/news-releases/nih-halts-clinical-trial-hydroxychloroquine>>. Acesso em: 22/06/2020.

NOBRE, Patrícia Fernandes da Silva. Prescrição Off-Label no Brasil e nos EUA: aspectos legais e paradoxos. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro. V. 18. N. 3. 2013. Mar./2013. p. 847/854.

PAN AMERICAN HEALTH ORGANIZATION. *COVID-19: Chloroquine and hydroxychloroquine research*. May. 8, 2020. Disponível em: <https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52105/PAHOEIHKTCOVID-19200002_eng.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em: 10/06/2020.

RABBY, Md Insiat Islam. Current Drugs with Potential for Treatment of COVID-19: A Literature Review: Drugs for the Treatment Process of COVID-19. *Journal of Pharmacy & Pharmaceutical Sciences*, v. 23, n. 1, p. 58/64, April. 4, 2020.

RIERA, Rachel; PACHECO, Rafael Leite. *Hidroxicloroquina para Infecção por Covid-19*. Revisão sistemática rápida. São Paulo, 20 de março de 2020. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/e-natjus/pesquisaPublica.php>>. Acesso em 20/06/2020.

SALDIVA, Paulo Hilário Nascimento; VERAS, Mariana. Gastos Públicos com Saúde: breve histórico, situação atual e perspectivas futuras. *Estudos Avançados*. V. 32. N. 92. São Paulo: USP, 2018. p. 47/61.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. Ed. rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Art. 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. *Direito à Saúde: análise à luz da judicialização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

SECRETARIA DO TESOUREIRO NACIONAL. *Aspectos Fiscais da Saúde no Brasil*. 2018. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/318974/AspectosFiscaisSa%C3%BAde2018/a7203af9-2830-4ecb-bbb9-4b04c45287b4>>. Acesso em: 11/04/2020.

TIMM, Luciano Benetti. Direito à Saúde e a Maneira mais Eficiente de Prover Direitos Fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da. (Coords.). *O CNJ e os Desafios da Efetivação do Direito à Saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 255/272.

WANG, Daniel. W. L. Courts and health care rationing: the case of the Brazilian Federal Supreme Court. *Health Economics, Policy and Law* (2013), 8, 75/93 & Cambridge University Press 2012.

WEDA, Marjolein; HOEBERT, Joëlle; VERVLOET, Marcia; PUIGMARTI, Carolina Moltó; DAMEN, Nikky; MARCHANGE, Sascha; LANGEDIJK, Joris; LISMAN, John; VAN DIJK, Liset. *Study on off-label use of medicinal products in the European Union*. Report for the European Commission, 2017. Disponível em: <https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/files/documents/2017_02_28_final_study_report_on_off-label_use_.pdf>. Acesso em: 15/04/2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *International Health Regulations*. 2005. Third Edition. Disponível em: <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/246107/9789241580496-eng.pdf;jsessionid=E219FF29FB692CA397EA94938141312C?sequence=1>>. Acesso em: 10/04/2020.

_____. *Public Spending on Health: a closer look at global trends*. 2018. Disponível em: <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/276728/WHO-HIS-HGF-HF-WorkingPaper-18.3-eng.pdf?ua=1>>. Acesso em: 10/04/2020.

_____. *Q&A: Hydroxychloroquine and COVID-19*. June. 19, 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/news-room/q-a-detail/q-a-hydroxychloroquine-and-covid-19>>. Acesso em: 20/06/2020.

_____. *Statement on the WHO Consultation on potential Ebola therapies and vaccines*. Sep. 2014. Disponível em: <<https://www.who.int/mediacentre/news/statements/2014/ebola-therapies-consultation/en/>>. Acesso em: 05/05/2020.

12. DIREITO À SAÚDE E ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – REFLEXÕES EM FACE DA COVID-19

*RIGHT TO HEALTH AND ETHICS IN PUBLIC ADMINISTRATION –
REFLECTIONS ON THE COVID-19*



<https://doi.org/10.36592/9786587424149-12>

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet¹

Italo Roberto Fuhrmann²

Resumo

A crise instaurada pela Covid-19, em termos globais, trouxe à tona novas diretrizes e concepções para o agir ético da Administração Pública, e para a proteção do direito à saúde. Uma atuação entrelaçada entre os diversos atores públicos e privados, sobremodo a partir de *standards* supranacionais, tornou-se um pré-requisito para o enfrentamento da crise sanitária, cujos reflexos espraiam-se, num verdadeiro ponto de disrupção, formando novos paradigmas sociais, políticos e culturais, alicerçados na transparência e na proteção dos direitos humanos e fundamentais.

Palavras-chave: Direito à Saúde; Covid-19; Ética; Políticas Públicas.

Abstract

The crisis established by Covid-19, in global terms, brought to light new guidelines and concepts for the ethical action of the Public Administration, and for the protection of the right to health. An intertwined action between the various public and private actors, based on supranational standards, became a prerequisite for confronting the health crisis, whose reflexes were spread to a real point of disruption, forming new

¹ Advogada, graduada e mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, doutora em Direito pela Universidade de Augsburg – Alemanha, Pós-doutora em Direito pela Universidade de Hamburg – Alemanha, pós-doutora em Direito pela PUCRS e professora dos cursos de graduação, de mestrado e de doutorado em Direito na PUCRS- Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Ex-bolsista do Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg.

² Advogado. Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Bolsista CAPES. O material em questão foi apresentado para publicação pela mesma instituição, sob orientação e coordenação da Professora Doutora Gabrielle Bezerra Sales Sarlet.

social, political and cultural paradigms, based on transparency and the protection of human and fundamental rights.

Keywords: Right to Health; Covid-19; Ethics; Public Policies.

Aproximações gerais

Em função da crise em curso, os dados informativos da Organização Mundial da Saúde (ONU) são alarmantes e sem precedentes em escala global. Consoante os termos do Relatório nº 170 (Situation Report – Coronavirus Disease), de 08 de julho de 2020, o número total de infectados no mundo ultrapassa a marca de 11 milhões, e o número de mortos confirmados já é superior a 500 mil³.

O Brasil, por sua vez, desponta como um dos países com o maior índice de mortos pelo novo coronavírus⁴. Uma atuação concertada de várias nações, renunciando-se a idiosincrasias autóctones, se tornou premente e inexorável em face de uma situação global que transcende fronteiras e ideologias. O tema alcançou tamanha ressonância, que, nas palavras do presidente da Corte Europeia de Direitos Humanos, Robert Spano, a epidemia não se limita tão-só a uma crise sanitária, mas a uma crise para o desenvolvimento futuro da democracia europeia, para o Estado de Direito e para a proteção dos direitos humanos⁵.

Em virtude desta crise sanitária mundial, que desafia todos os segmentos da sociedade civil, propugna-se a elaboração do presente texto, no âmbito do programa de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, exortando os pesquisadores e profissionais do Direito na busca de soluções para o adequado enfrentamento da pandemia, com o anelo de que tanto o Estado, quanto os indivíduos, em comunhão de esforços, possam contornar os malefícios desencadeados pela cognominada Covid-19.

Nesta senda, será abordado *pari passu* o contexto jurídico-constitucional brasileiro, mormente no que atine à estrutura normativa que embasa o direito fundamental à saúde, e a contextura jurídica internacional dos principais Tratados e Convenções de direitos humanos, que disciplinam a matéria em um âmbito

³ World Health Organization (WHO), Situation Report – 170. Publicado em 08.07.2020.

⁴ Conforme o Relatório nº 170 da Organização Mundial da Saúde, o Brasil registra até o momento o número de 65.487 mortes por Covid-19.

⁵ Cf., https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20200603_Spano_Pandemic_ENG.pdf, acesso em 11.07.2020.

supranacional. O recurso metodológico de análise empregado é o hipotético-dedutivo e o fenomenológico. Por intermédio da problematização contextual, imersa na atual crise sanitária da Covid-19, busca-se a construção de hipóteses e conjecturas que corroborem para o enfrentamento e a superação juridicamente adequada do problema que ora se delimita.

A preocupação com a promoção e com a efetivação do Direito à saúde remonta a décadas de desenvolvimento do Direito Internacional Público e do próprio Constitucionalismo. No que se refere à esfera normativa do Direito Internacional Público, especialmente após o segundo pós-guerra, a saúde pública e individual foram objeto de intensa preocupação política e jurisdicional por parte dos organismos internacionais.

A título de exemplo, a Carta das Nações Unidas (ou Carta de São Francisco), de 26 de junho de 1945, estipulava, emblematicamente, em seu art. 13.1, o comprometimento de todos os Estados signatários com a cooperação internacional no âmbito do direito sanitário. Nesta linha, a famosa Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Resolução nº 217 da Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, positivou, no seu art. 25, a saúde, individual e familiar, como direito humano universal.

Destaca-se ainda que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, no seu art. 21, limita o direito de reunião em prol da preservação da saúde pública, o qual, a rigor, deve ser levado em consideração no atual momento de pandemia. Assim também, como não poderia deixar de ser, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil tão somente após o término da ditadura militar, estipulou esforços na proteção da saúde da criança e do adolescente, e na dimensão progressiva deste direito, prescrevendo que toda a pessoa tem o direito de desfrutar do mais elevado nível de saúde física e mental.

Deve-se, nessa altura, colacionar a Declaração de Alma-Ata, proclamada a partir da Conferência Internacional sobre Saúde Básica, entre 6 e 12 de setembro de 1978, e a Declaração Mundial da Saúde, de 1978, ambas elaboradas no sistema da Organização Mundial da Saúde, enfatizando o direito à saúde como um direito humano. Atualmente, pela sua positivação expressa em inúmeras Constituições, além dos diversos Tratados e Convenções internacionais, muitos sustentam que o direito à

saúde adquiriu *status* de direito universal e que já constitui como um elemento costumeiro do direito internacional⁶.

É precisamente neste cenário jurídico auspicioso que deve transitar a formulação de políticas públicas para o combate eficaz e juridicamente adequado ao novo *coronavírus*, em especial no que toca ao tema ora recortado, entrelaçadas, de modo inextricável, às políticas internacionais, em um sentido cooperativo entre as nações. Malgrado algumas posições dissonantes em termos de jurisprudência e da doutrina acerca da proeminência do Direito Internacional Público face às ordens jurídicas singularizadas, evidencia-se como um truísmo a assertiva de que a superação da atual crise pandêmica apenas logrará êxito em uma ambiência de valorização dos Tratados Internacionais protetivos da saúde enquanto direito humano em consonância com a sua natureza de direito fundamental.

I O Direito à Saúde na Constituição Brasileira e as atuais implicações em face da Covid-19

O Direito fundamental à saúde assume, em particular, uma intrínseca vinculação ao direito à vida⁷, e à manutenção desta em um certo nível condigno de qualidade, correspondendo a padrões normativos afeitos ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao direito a um mínimo existencial, que não apenas congloba a saúde física e psíquica, mas, igualmente garante a inclusão cidadã na esfera social e cultural. Neste cenário, o direito à vida é uma espécie de pressuposto para todos os direitos fundamentais, incluindo a própria dignidade humana⁸.

No âmbito da Constituição de 1988, o direito à saúde foi positivado no Título II concernente aos direitos e garantias constitucionais, constando expressamente no *caput* do art. 6º, como direito de índole social, bem como no art. 196, *caput*, que garantiu o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção, a

⁶ GROSS, Aeyal M. The Right to Health in an Era of Privatisation and Globalisation – National and International Perspectives, in: EREZ, Daphne Barak; GROSS, Aeyal M. (Orgs.). *Exploring Social Rights. Between Theory and Practice*, Oregon: Hart Publishing, 2007. p. 292.

⁷ Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o direito à saúde é por diversas vezes relacionado de modo vinculativo e como consequência indissociável do direito à vida, como dão conta, paradigmaticamente, os arestos RE 271.286 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 12.09.2000; STA 175 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, j. 17.03.2010.

⁸ Cf., MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. *Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2008. p. 106.

proteção e a recuperação da saúde⁹. O direito à saúde assume, ao menos, três dimensões quanto às ações e às prestações que compõem seu conteúdo, a saber, a curativa, preventiva e a promocional¹⁰.

Tais dimensões têm por escopo abranger tanto o aspecto “negativo” do direito à saúde, denominado na dogmática jurídico-constitucional alemã de *relativierbares Abwehrrecht*, lastreado na noção de respeito e de proteção, quanto o lado promocional e positivo relacionado à ideia de qualidade de vida.

Neste iter é que se posicionou a Organização Mundial da Saúde (OMS) em relação ao termo saúde como “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas ausência de doenças”. Malgrado o conceito substantivo de “bem-estar”, bem como “qualidade de vida”¹¹, albergue um componente dificilmente quantificável em termos dogmáticos, eles indicam, em rigor, uma abertura semântica apta a integrar diversas posições jurídicas, que não somente vinculadas por limites à proteção e promoção à saúde física do indivíduo, mas igualmente aos aspectos relacionados à proteção do meio ambiente, ao direito à educação, ao direito à moradia, ao direito ao saneamento básico, direito ao trabalho e à saúde no trabalho, ao direito à seguridade social, ao direito à saúde psíquica, e, inclusive, aos aspectos ligados à morte condigna na seara da bioética.

Enveredando para uma apostasia da caracterização do direito à saúde como uma mera norma programática, de eficácia limitada, deve ser realçado o reconhecimento de um direito originário a prestações, em termos de um direito subjetivo individual e coletivo decorrente diretamente da Constituição em vigor, ou seja, um pressuposto intangível da condição do direito à saúde como direito fundamental¹².

⁹ Acerca do acesso igualitário no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), com repercussão geral reconhecida, cf., RE 581488, rel. min. Dias Toffoli, j. 03.12.2015. Tese: “É constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde, ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes”.

¹⁰ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 81.

¹¹ Para Francisco Carlos Duarte, o direito à saúde integra o conceito de qualidade de vida, na medida que as pessoas em bom estado de saúde não são as que recebem bons cuidados médicos, mas sim aquelas que moram em casas salubres, comem uma comida sadia, em um meio que lhes permitem dar à luz, crescer, trabalhar e morrer. Cf., DUARTE, Francisco Carlos. Qualidade de Vida: a função social do Estado, in: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 4, jun. 1994. p. 173.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 622.

Em face da dicção normativa engendrada pela CF/88, o direito fundamental à saúde pode ser caracterizado como um típico direito-dever fundamental, de tal modo que os deveres e as obrigações relacionados a este direito podem ser tanto originários, como no caso de políticas de implementação do SUS e da aplicação mínima dos recursos orçamentários em saúde, quanto obrigações derivadas, entendidas aquelas que necessitam de legislação infraconstitucional reguladora¹³.

Sumamente perspicaz à questão sobre a eficácia judicial do direito à saúde, é encontrável na tese elaborada pelo constitucionalista colombiano Arango. Consoante esta, atendidas as condições formais e materiais dos direitos fundamentais sociais, o direito à saúde se torna um autêntico direito subjetivo *judicializável prima facie* na medida em que uma pessoa esteja em uma situação de necessidade, e o Estado tem a possibilidade fática de resolver ou mitigar a ameaça ou dano, cuja omissão violaria em especial o direito à vida, a incolumidade corporal ou o livre desenvolvimento da personalidade¹⁴. Tal necessidade é caracterizada pela urgência de uma situação concreta, que serviria como critério para se saber quando uma ação positiva do Estado pode, *a priori*, ser exigida constitucionalmente. No Brasil, não se deve olvidar, o direito à saúde está endereçado a todos, inclusive aos estrangeiros no país.

Casos significativos envolvendo a atual crise da Covid-19 já ingressaram na jurisdição do Supremo Tribunal Federal, designadamente a ADPF 671 e a ADI 6362, que aglutinam a (in)constitucionalidade das requisições compulsórias e indiscriminadas de bens e serviços privados pela Administração Pública como forma de combate idôneo à disseminação do novo *coronavírus*.

No que concerne à primeira ação, requereu-se, pela via jurisdicional, a adoção de medidas sistêmicas pelo Poder Público para gerir eficazmente a crise pandêmica, inibindo violações maciças e generalizadas aos preceitos fundamentais da Carta de 1988, de modo a assegurar a todos os cidadãos o acesso universal e igualitário aos leitos de UTI. Neste sentido, foi propugnada a suspensão *ad interim* da divisão entre os

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algunas Consideraciones sobre el Derecho Fundamental a la Protección y Promoción de la Salud a los 20 Años de la Constitución Federal de Brasil de 1988, in: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Org.). *La Protección Judicial de los Derechos Sociales*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Quito/Equador, 2009. p. 250.

¹⁴ ARANGO, Rodolfo. *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Bogotá: Editora Legis, 2005. p. 167 e ss. O autor, neste contexto, sinaliza para uma importante jurisprudência do Tribunal Constitucional colombiano que reconheceu o direito e o financiamento estatal de uma operação de olhos a um idoso pobre e desamparado frente a ameaça de ficar cego caso não realizasse prontamente a intervenção cirúrgica.

sistemas público (SUS) e particular (saúde suplementar) no Brasil, sendo que o governo passaria a açambarcar o controle da totalidade dos leitos no país, gerindo o contexto contingencial a partir de uma triagem unificada dos pacientes¹⁵.

Na ADIn 6362, sob a relatoria do min. Ricardo Lewandowski, questiona-se a possível inconstitucionalidade do art. 3º, inciso VII, da Lei 13.979/20, que faculta ao Poder Público a requisição de bens e de serviços de pessoas naturais e jurídicas, mediante pagamento *a posteriori* de indenização justa, para o adequado enfrentamento da crise sanitária.

Para a Confederação Nacional de Saúde (CNS), entidade que está promovendo a ação, a requisição indiscriminada de bens e de serviços de Hospitais e de estabelecimentos análogos, sem o esgotamento de medidas prévias menos danosas, violaria a proporcionalidade, a livre iniciativa, e o postulado constitucional de que a concreção do direito à saúde é tarefa do Estado, garantida por meio de políticas públicas sociais e econômicas. O processo está pendente de julgamento, contando com o registro de participação de um número relevante de *amici curiae*.

Ainda no âmbito decisório do STF, impende destacar, mesmo que em caráter genérico, a medida cautelar na ADPF 690, no bojo da qual questionava-se a sequência de atos do Poder Executivo Federal que restringiam a publicidade dos dados relacionados à Covid-19, em clara violação aos preceitos fundamentais da CF/88.

Em decisão monocrática, o ministro Alexandre de Moraes referiu-se expressamente à consagração constitucional de publicidade e de transparência que corresponderia à obrigatoriedade do Estado em fornecer as informações necessárias à Sociedade. Nesta senda, o acesso às informações consubstancia-se em verdadeira garantia instrumental ao pleno exercício do princípio democrático, que abrange “*debater assuntos públicos de forma irrestrita, robusta e aberta*” (Cantwell v.

¹⁵ A ADPF 671 foi ilidida para apreciação do mérito por não preencher o requisito formal da subsidiariedade, própria da ADPF, consoante acórdão relatado pelo min. Ricardo Lewandowski. Malgrado a inadequação da via processual eleita, foi consignado no âmago expositivo que fundamentou a decisão, que não cabe ao Judiciário substituir-se ao gestor local de saúde a fim de estabelecer determinação genérica e indiscriminada de requisição compulsória de todos os bens e serviços da rede privada de saúde, sob pena de invadir campo reservado ao administrador, em afronta ao princípio da divisão funcional de Poder. Na arena administrativa, o Conselho Federal de Medicina também já se posicionou publicamente sobre o tema, confutando, em 17 de junho de 2020, supostos métodos de prevenção e tratamento à Covid-19, sem comprovação em evidências científicas. Para o CFM, os únicos métodos de prevenção à contaminação pelo coronavírus com reconhecimento científico são as medidas de restrição de contato social, uso de máscaras e reforço à higienização, como lavagem frequente das mãos e o uso de álcool gel. Cf., https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view-19-16-48&catid=3. Acesso em 15.07.2020.

Connecticut, 310 U.S. 296, 310 (1940), de maneira a garantir a necessária fiscalização dos órgãos governamentais, que somente se torna efetivamente possível com a garantia de publicidade e de transparência.

Averbou-se ainda que, salvo situações excepcionais, a Administração Pública tem o dever de absoluta transparência na condução dos negócios públicos, sob pena de desrespeito aos artigos 37, *caput*, e 5º, incisos XXXIII e LXXII da CF/88. Uma decisão assaz emblemática, já que obrigou o Ministério da Saúde, órgão integrante de outro poder da República, a fornecer *diariamente* os dados epidemiológicos sobre a Covid-19, permitindo as análises e as projeções comparativas necessárias para auxiliar as autoridades públicas na tomada de decisões e, portanto, permitir à população em geral o pleno conhecimento da situação de pandemia vivenciada em território nacional.

Por derradeiro, impende sublinhar, igualmente no âmbito decisório do STF, designadamente as Suspensões de Tutela Provisória nº 442 e 449 (STP), que, em linhas gerais, obrigaram os municípios de Sete Lagoas (MG) e Cabedelo (PB) a seguir as recomendações e as diretrizes traçadas pelos governos estaduais para fins de combate à pandemia da Covid-19. Consoante a exposição do min. Dias Toffoli, as diretivas dos governos estaduais em relação à pandemia do novo *coronavírus* são cogentes e peremptórias para os gestores municipais, já que, pela gravidade da situação, exige-se a tomada de medidas coordenadas e voltadas ao bem comum, de tal sorte que decretos municipais não poderiam impor normas de flexibilização em clara afronta à norma estadual.

Neste contexto exsurge, como forma irrefragável de elidir descompassos na estrutura federativa, o cognominado *federalismo cooperativo*¹⁶, afastando-se da ideia centralizadora, competitiva e de separação estrita entre os poderes. Defronte o preceito constitucional que alude a uma união indissolúvel entre entes federativos (art. 1º, *caput*, da CF/88), conjugado com o art. 23 da CF/88, que prevê uma atuação concertada, de competência comum, entre a União, Estados e Municípios, em temas relevantes, como a saúde, políticas públicas ensimesmadas, unilaterais, segmentadas

¹⁶ Ver, recentemente, decisão liminar do STF sobre a manutenção de decretos estaduais sobre as políticas de isolamento social contrastadas por medidas de gestores municipais. Reclamação (RCL) nº 41791, min. rel. Alexandre de Moraes, j. 13.07.2020.

e monolíticas devem ser peremptoriamente rechaçadas nesta contextura jurídica de esforços mútuos e conjugados¹⁷.

No plano de controle administrativo, O Tribunal de Contas da União (TCU) prevê um impacto negativo de arrecadação para 2020 de R\$ 166,7 bilhões de reais. Em termos de controle das políticas públicas da União para o combate aos efeitos nefandos provocados pela Covid-19, em especial à previdência social e aos benefícios administrados pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), parte integrante do Plano Especial de Acompanhamento das Ações de Combate à Covid-19 e do programa COOPERA – Programa de Atuação no Enfrentamento da Crise da Covid-19, o TCU, em acórdão¹⁸ cuja relatoria coube ao min. Bruno Dantas, constatou uma ligeira diminuição do tempo para reconhecimento inicial do direito a benefícios previdenciários, comparativamente a média dos últimos 12 meses.

Tal diminuição, importa lembrar, também ocorreu em relação aos requerimentos do Benefício de Prestação Continuada (BPC) para pessoas com deficiência. De outra banda, o risco de exclusão de pessoas que possuem direito aos benefícios aumentou, principalmente em razão da suspensão do atendimento presencial nas agências do INSS, já que muitos segurados têm dificuldade para requerer o benefício pelos canais de atendimento remotos, evidenciando o problema da divisão digital no Brasil.

II Ética na Administração Pública e Combate à Pandemia da Covid-19

Excogitar soluções práticas e factíveis para o enfrentamento da crise exsurgida pela pandemia do novo *coronavírus* é o principal desafio no cenário atual para as gestões administrativas dos entes federativos. Tal desafio só será superado eficazmente com uma atuação concertada entre Estado e sociedade civil, a partir de parâmetros éticos e morais que, em regra, informam todo e qualquer agir estatal nos estritos termos do art. 37, *caput*, da CF/88¹⁹.

¹⁷ Para um estudo original e abrangente sobre cooperação como categoria jurídico-constitucional, não apenas na esfera interna do Estado, mas também nas relações entre Estados e Organismos Internacionais, ver, HÄBERLE, Peter. *Der Kooperative Verfassungsstaat – aus Kultur und als Kultur*. Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre. Berlin: Duncker & Humblot, 2013.

¹⁸ Acórdão 1273/2020 – TCU, Plenário. Processo nº 016.830/2020-2.

¹⁹ Uma das principais e mais significativas decorrências do art. 37, *caput*, da Constituição foi, sem dúvida, a promulgação da súmula vinculante nº 3, que proscreveu, cabalmente, o nepotismo no âmbito da Administração Pública direta e indireta, *in verbis*: “A nomeação de cônjuge, companheiro, ou

Ética e moral são expressões cuja origem remonta ao limiar da civilização ocidental. *Ethos*, em grego, significa costume, hábito, isto é, normas adquiridas pelo uso reiterado de uma prática social. *Mos*, em latim, tem significado similar, reportando-se aos costumes sociais verificados na antiga Roma²⁰.

Etimologicamente, infere-se que os dois termos possuem uma ligação estreita com as práticas sociais da sociedade civil e dos agentes públicos, porém, desde uma perspectiva contemporânea, a Ética se situa em um campo eminentemente teórico-científico, cuja finalidade é a formulação de normas deontológicas para o agir moral, buscando sua fundamentação última e legitimação. Segundo Nalini, “a ética é a ciência dos costumes, por ter um objeto, leis e métodos próprios. Já a moral não é ciência, senão objeto da ciência”²¹.

Sem embargo, o conceito de ética também se relaciona de forma umbilical com o tema dos direitos fundamentais, de índole constitucional. Conforme Hesse “um importante sinal do desenvolvimento mundial contemporâneo é a crescente importância atribuída aos direitos fundamentais”²². Ética e direitos fundamentais são, portanto, conceitos indissociáveis, e devem ser compreendidos em uma mútua interação e interdependência.

Um pressuposto inarredável para o agir ético da Administração Pública para o adequado enfrentamento da crise instaurada pela Covid-19 é a transparência, permitindo que haja o controle dos atos estatais, ou seja, dos representantes, bem como para a própria legitimação do processo democrático. Em uma democracia, sem embargo, a regra é a publicidade ampla e irrestrita de qualquer ato do Poder Público. O postulado da transparência, de fato, embasa e sedimenta valores imponentes da nossa ordem constitucional, como a impessoalidade e a moralidade administrativa, acordando com a eficiência.

parente, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a CF”.

²⁰ Cf. NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 12^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 40.

²¹ *Ibidem*, p. 41.

²² HESSE, Konrad. Bedeutung der Grundrechte, in: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Orgs.). *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2^a ed. Berlin-New York: de Gruyter, 1994. p. 127.

Avulta tal premissa em se tratando de ano eleitoral, cujas informações e os dados acerca da crise sanitária podem influenciar a tomada de decisão pelo eleitor. Ademais, a transparência no fornecimento de dados fidedignos, lídimos, completos, e compreensíveis para o público em geral, sobre os impactos da Covid-19 traduz-se em condição necessária para uma atuação conjunta e cooperativa entre os agentes públicos e privados, inclusive para uma gestão concertada com órgãos internacionais, como, e.g., a Organização Mundial da Saúde (WHO/ONU).

A translucidez e diafaneidade dos atos de gestão pública igualmente contribui para o abandono de soluções monolíticas e unilaterais, impróprias na contextura de uma democracia plural e coparticipativa, pavimentando o caminho para soluções calcadas em visões plurais, escrutinadas socialmente, e aptas a dar respostas transversais para um problema cuja complexidade exorbita visões compartimentadas e idiossincráticas²³.

Sem descuidar de outras efusões decorrentes de postulados éticos e morais para a atuação da Administração Pública, uma dimensão que merece grifo é a proteção da dignidade e das liberdades fundamentais das pessoas infectadas, expressamente prevista no art. 3º, § 2º, inciso III, da Lei 13.979/20, que disciplina as medidas para o enfrentamento da emergência na saúde pública derivada do novo *coronavírus*.

Logo, a Administração Pública, malgrado possa restringir alguns direitos e garantias fundamentais das pessoas infectadas para conter e evitar a disseminação e a propagação do vírus, não está autorizada a tratar as pessoas como mero instrumento para a contenção da pandemia, devendo respeitar o núcleo essencial em dignidade e no que toca às garantias e às liberdades fundamentais, mesmo neste período de crise, de modo que, em certa medida, direitos fundamentais vinculados à autonomia, à livre manifestação, à locomoção e à livre escolha não podem ser simplesmente obliterados de forma discricionária e arbitrária.

²³ Conforme a dicção do art. 6º, *caput*, da Lei 13.979/20, *ipsis litteris*: “É obrigatório o compartilhamento entre órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo *coronavírus*, com a finalidade exclusiva de evitar a sua propagação”.

Notas Conclusivas

Em termos conclusivos, entende-se que o tema suscita uma miríade de questionamentos e de reflexões que desbordam os limites deste manuscrito científico, vez que a ubiquidade da Covid-19 no discurso político e jurídico do mundo impõe uma solução concertada globalmente, evitando-se, ao máximo, facciosismos político-ideológicos.

Convêm assinalar que Decisões importantes já foram proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, que reforçaram a garantia do acesso à informação, a ética na Administração Pública e a atuação conjunta e coordenada dos agentes públicos para o adequado enfrentamento da pandemia do novo *coronavírus*. A atual crise na esfera da saúde pública abriu um vasto campo de incertezas econômicas, políticas e sociais, devendo ser tratada como um ponto de inflexão na História, sobretudo em razão da falta de um plano coordenado de ação do Poder Público e, especialmente, em razão do grande número de pessoas afetadas em seus direitos humanos e fundamentais.

No âmbito do Direito, por sua vez, as incertezas não são menores, e o que se pode, neste momento, antecipar é que uma nova ambiência está sendo estruturada a partir dos impactos causados pela Covid-19, moldando uma nova cultura para as relações sociais, em geral, e para a atuação do Estado na qual se torna cada vez mais significativo o papel da plêiade de direitos e de garantias para a proteção integral do ser humano. De qualquer sorte, o que se depreende é a urgência em se tornar os parâmetros constitucionalmente erigidos desde 1988 cada vez mais evidentes e, destarte, fortalecidos.

Não resta dúvida que a saúde foi um dos campos mais atingidos nos últimos anos pelas alterações provocadas no texto constitucional, sendo urgente um esforço contínuo para preservar a estrutura normativa que a erigiu como um dos mais proeminentes direitos no catálogo da CF/88, em especial quando se volta o olhar para as pessoas hipossuficientes que, em suma, forma a grande maioria do povo brasileiro.

Referências Bibliográficas

ARANGO, Rodolfo. *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Bogotá: Editora Legis, 2005.

DUARTE, Francisco Carlos. **Qualidade de Vida: a função social do Estado**, in: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 4, jun. 1994.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GROSS, Aeyal M. **The Right to Health in an Era of Privatisation and Globalisation – National and International Perspectives**, in: EREZ, Daphne Barak; GROSS, Aeyal M. (Orgs.). *Exploring Social Rights. Between Theory and Practice*, Oregon: Hart Publishing, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Der Kooperative Verfassungsstaat – aus Kultur und als Kultur. Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre**. Berlin: Duncker & Humblot, 2013.

HESSE, Konrad. **Bedeutung der Grundrechte**, in: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen (Orgs.). *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 2ª ed. Berlin-New York: de Gruyter, 1994.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin. **Grundrechte. Baden-Baden: Nomos Verlag**, 2008.

NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algunas Consideraciones sobre el Derecho Fundamental a la Protección y Promoción de la Salud a los 20 Años de la Constitución Federal de Brasil de 1988**, in: COURTIS, Christian; SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Org.). **La Protección Judicial de los Derechos Sociales**. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Quito/Equador, 2009.

World Health Organization (WHO), Situation Report – 170, 08.07.2020.

13. FEDERALISMO COOPERATIVO EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: BREVES LINEAMENTOS A PARTIR DO REGIME CONSTITUCIONAL DA REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

*COOPERATIVE FEDERALISM IN PUBLIC HEALTH MATTERS IN BRAZIL:
BRIEF LINEAENCES FROM THE CONSTITUTIONAL REGIME OF THE
COMPETENCE ALLOCATION*



<https://doi.org/10.36592/9786587424149-13>

Willian Lovison¹

Resumo

O regime de repartição de competências administrativas comuns se encontra fundado na ideia de que todos os entes federativos devem atuar na seara de determinadas matérias, entre as quais a saúde pública. Em que pese a decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal na medida cautelar da ADI n. 6.341/DF tenha tratado acerca da temática, exsurgiram antinomias jurídicas que podem ser solucionadas a partir da hermenêutica constitucional. A interpretação tópicosistemática dos conflitos entre quais medidas tomadas pelos entes federativos devem prevalecer nos leva à resposta de que, independentemente da esfera de governo — União, Estados, Distrito Federal, ou Municípios — que tenha adotado determinada medida, desde que dentro do regime constitucional de repartição de competências (artigo 23 da CRFB), a medida que deverá prevalecer será aquela que se mostrar mais restritiva de direitos no tocante à capacidade de, em maior grau, proteger e promover a saúde pública. Ademais, frente ao atual cenário pandêmico, é imprescindível — como sempre o é — socorreremo-nos de uma nova interpretação constitucional, alicerçada na proposta de que a Administração Pública deve respaldar as medidas por ela adotadas no combate à Covid-19 também nos princípios constitucionais da prevenção e da precaução, de modo a agir de forma célere quanto às necessidades da sociedade, sob pena de irreversibilidade dos efeitos de medidas menos restritivas no enfrentamento à atual crise sanitária. A

¹ Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Graduado em Direito pela mesma instituição de ensino. Bolsista CAPES. Orientador: Professor Doutor Juarez Freitas. *E-mail*: willianlovison@hotmail.com

hermenêutica constitucional, por meio da interpretação tópico-sistemática, é capaz de conferir uma maior cooperação entre os entes federativos no enfrentamento ao coronavírus, rumo a um federalismo cooperativo mais efetivo na seara da saúde pública.

Palavras-Chave: Saúde pública. Federalismo cooperativo. Antinomias jurídicas. Covid-19.

Abstract

The regime for the sharing of common administrative powers is based on the idea that all federal entities must act in the field of certain matters, including public health. Despite the decision of the Supreme Federal Court in the precautionary measure of ADI n. 6.341/DF has dealt with the theme, there arose legal antinomies that can be solved based on constitutional hermeneutics. The topic-systematic interpretation of the conflicts between which measures taken by the federal entities must prevail leads us to the answer that, regardless of the sphere of government — Union, States, Federal District, or Municipalities — that has adopted a certain measure, provided that within the regime constitutional division of powers (article 23 of the CRFB), the measure that should prevail should be the one that is more restrictive of rights with respect to the ability to protect and promote public health. Furthermore, in the face of the current pandemic scenario, it is essential to resort to a new constitutional interpretation, based on the proposal that the Public Administration must support the measures adopted by it in the fight against Covid-19 also in the constitutional principles prevention and precaution, in order to act quickly in relation to the needs of society, under penalty of irreversibility of the effects of less restrictive measures to face the current health crisis. Constitutional hermeneutics is capable of conferring greater cooperation between federative entities in the fight against the coronavirus through topic-systematic interpretation, towards a more effective cooperative federalism in the field of public health.

Keywords: Public health. Cooperative Federalism. Legal antinomies. Covid-19.

Introdução

A crise pandêmica ocasionada pelo coronavírus (SARS-CoV-2) deixou o planeta sob alerta. Medidas de caráter excepcional são tomadas levando-se em

consideração a velocidade do contágio com o agente infeccioso, a duração do tratamento e as altas taxas de mortalidade.

Diante desse cenário, exsurge a imprescindibilidade da apreciação do regime da repartição das competências administrativas comuns entre os entes federativos conferido pela Constituição da República Federativa do Brasil no cuidado para com a saúde pública, a partir, inclusive, da análise do julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.341/DF pelo plenário do Supremo Tribunal Federal

— que versou acerca da matéria.

Ademais, o aludido julgamento deixou lacunas propulsoras de antinomias jurídicas entre as medidas editadas pelos entes federativos no combate à Covid-19, que necessitam ser elucidadas por meio da hermenêutica constitucional, a fim de verifica-se, também, o estado da arte do federalismo cooperativo na seara da saúde pública.

O presente estudo principia do exame do regime da repartição de competências no federalismo brasileiro, para a posterior apreciação da interpretação tópico-sistemática e suas implicações na construção de um federalismo cooperativo na seara da saúde pública, empregando-se, predominantemente, o método de abordagem dedutivo, com procedimento estruturalista e interpretação sistemática, em pesquisa teórica, explicativa e documental bibliográfica.

Cogita-se, a partir do regime constitucional da repartição de competências e da hermenêutica constitucional, ser possível traçar um breve lineamento acerca do federalismo brasileiro, em prol de uma maior cooperação entre os entes federativos no enfrentamento ao coronavírus, rumo a um federalismo cooperativo mais efetivo na seara da saúde pública.

1 Regime da repartição de competências no federalismo brasileiro

No regime constitucional instaurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (doravante, CRFB/1988), adotou-se a forma federativa de Estado, integrada por esferas de poder. Consoante preceituam os artigos 1.º e 18 da CRFB, tais esferas correspondem à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos

Municípios² — os assim denominados entes federativos³ —, todas autônomas e entrelaçadas por um elo constitucional indissolúvel, como revela o artigo 60, § 4.º, inciso I, estabelecendo a forma federativa de Estado como cláusula pétrea.

Dentre os elementos fundamentais e caracterizadores do federalismo se encontra a repartição de competências entre os entes federativos. De modo a permitir que os referidos entes possam efetuar as funções que lhes foram constitucionalmente outorgadas, incumbe à Constituição estruturar um sistema de divisão de competências administrativas e legislativas⁴.

Assim, a CRFB de 1988 esculpiu um sistema de repartição de competências que conjuga competências exclusivas e privativas com competências comuns e concorrentes, com o fito de reconstruir o modelo federativo consoante critérios de equilíbrio estabelecidos pela experiência histórica⁵. Dessa forma, no que se refere ao sistema de repartição de competências, depreende-se que a CRFB contemplou um sistema híbrido e complexo. Sistema complexo em que coexistem competências privativas, repartidas horizontalmente, com competências concorrentes, repartidas verticalmente, criando-se espaço também para a participação das ordens parciais no âmbito de competências próprias da ordem central, por meio de delegação.⁶

A partir do estabelecimento de competências administrativas comuns — artigo 23 da CRFB — e de competências legislativas concorrentes — artigo 24 da CRFB —, vislumbra-se que o regime de repartição de competências instituído pelo constituinte de 1988 está fundado na ideia de que todos os entes federativos devem atuar de forma administrativa e legislativa na seara de uma série de matérias.

Na esfera de uma repartição de competências do tipo horizontal, na qual os entes federativos gozam de searas específicas de competências administrativas e

² Em que pese a relevância reconhecida aos Municípios no constitucionalismo republicano anterior, a CRFB de 1988 inovou ao elevar o Município à condição de unidade federativa.

³ SANTOS, Lenir. Regionalizando a descentralização: região de saúde como imposição constitucional ou como ato de vontade dos entes federativos? *Instituto de Direito Sanitário Aplicado (IDISA)*. Disponível em:

<<http://idisa.org.br/img/File/Regionalizando%20a%20descentralizacao%20junho%202012.pdf>>.

Acesso em: 21 mai. 2020, p. 4.

⁴ Vide, em sentido convergente, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Organização do Estado. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 798-799.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 479.

⁶ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 58.

legislativas, circunscrevendo, desse modo, os limites típicos do Estado Federal⁷, a CRFB instituiu a estrutura de repartição de competências que ora se elucida⁸:

I. A União ficou incumbida de diversas competências enumeradas e privativas; as competências administrativas foram disciplinadas no artigo 21 e as competências legislativas no artigo 22 da CRFB. Frisa-se que as competências legislativas privativas da União podem ser delegadas por meio de Lei Complementar, de acordo com a dicção do parágrafo único do artigo 22 da CRFB.

II. Aos Estados-membros lhe foram reservadas competências remanescentes ou residuais — artigo 25, § 1.º, da CRFB.

III. O Distrito Federal, diante de sua natureza híbrida, goza de competências estaduais e municipais — artigo 32, § 1.º, da CRFB.

— Aos Municípios lhe foram atribuídas competências enumeradas e privativas - artigo 30 da CRFB.

No que concerne a uma repartição de competências do tipo vertical, moldura-se a estrutura que ora se apresenta⁹:

I. Todos os entes federados — União, Estados, Distrito Federal e Municípios — detêm as competências administrativas comuns esculpidas no artigo 23 da CRFB.

II. A União, os Estados e o Distrito Federal estão incumbidos das competências legislativas concorrentes, no teor do artigo 24 da CRFB. Compete à União legislar somente com a finalidade de estabelecer normas gerais — artigo 24, § 1.º, da CRFB —, ressalvando-se a competência suplementar para os Estados e para o Distrito Federal — artigo 24, § 2.º, da CRFB.

Frente ao desafio no aprimoramento de instrumentos de cooperação típicos e imprescindíveis à construção de uma efetiva federação, a partir da implantação, pelo constituinte, de uma série de competências administrativas comuns no artigo 23 da CRFB — o assim denominado federalismo cooperativo¹⁰ —, parte-se, no próximo subtítulo, à apreciação da aludida temática, ao lado, inclusive, do exame

⁷ HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 321.

⁸ Dentre outros, NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Gen-Método, 2013, p. 712.

⁹ Vide, nesse sentido, NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 604.

¹⁰ Vide, para maior aprofundamento, BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 56.

crítico do julgamento, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, da medida cautelar em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.341/DF.

2 Interpretação tópico-sistemática e a construção de um federalismo cooperativo na seara da saúde pública

Em 15 de abril de 2020, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou a medida cautelar formulada em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade (doravante, ADI) n. 6.341/DF¹¹. Trata-se de julgamento histórico, porquanto foi a primeira decisão do plenário realizada no formato de videoconferência¹². Além do mais, registra-se que a aludida decisão também foi pioneira no que se refere à temática da Covid-19.

A referida ADI, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), visa a declaração de inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 926¹³, editada pelo Presidente da República em 20 de março de 2020, por entender que a aludida Medida Provisória afronta o preceito constitucional da autonomia de política sanitária dos entes federativos, interferindo no regime da repartição de competências administrativas comuns, esculpido no artigo 23 da CRFB e, portanto, no regime de cooperação federativo entre tais entes.

Em que pese o referido julgamento da medida cautelar na ADI n. 6.341/DF tenha resultado unânime — referendando-se a decisão monocrática do Ministro Relator do caso, Marco Aurélio¹⁴, não restando observada, pelo menos em sede de cognição sumária, a inconstitucionalidade da Medida Provisória n. 926¹⁵ —,

¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF reconhece competência concorrente de Estados, DF, Municípios e União no combate à Covid-19*. Elaborado em: 15 abr. 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447&ori=1>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

¹² Consoante previsão na Resolução n. 672/2020 do Supremo Tribunal Federal.

¹³ A Medida Provisória n. 926 alterou a Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe acerca das medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão de Medida Cautelar Monocrática em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6341*. Relator Min. Marco Aurélio Mello. Data do julgamento: 24 mar. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2020.

¹⁵ O Plenário ratificou a decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, **adicionando à decisão interpretação conforme à Constituição do artigo 3.º, § 9.º, da Lei n.º 13.979/2020**, alterada pela Medida Provisória n. 926. A maioria dos Ministros entendeu necessário assinalar que o Presidente da República detém competência para dispor, mediante decreto, acerca das atividades e dos serviços públicos essenciais, **resguardada, contudo, a atribuição de cada esfera de governo**, a teor, também, do artigo 198, inciso I, da CRFB.

objetiva-se, nesse ponto da abordagem, apreciar-se trechos determinantes dos votos de alguns dos Ministros, conjuntamente com a análise da hermenêutica constitucional e suas implicações no assim denominado federalismo cooperativo.

Consoante a aludida decisão, é competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde pública, na dicção do artigo 23 da CRFB. Segundo o Ministro Marco Aurélio, Relator do caso, a distribuição de atribuições efetuadas pela Medida Provisória¹⁶ não elide a “competência concorrente dos entes federativos, nem a tomada de providências administrativas e normativas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios”¹⁷. Na sequência, o Ministro Alexandre de Moraes enfatizou que as regras de repartição de competências no Brasil prezam pela autonomia dos entes locais, e que necessitam ser interpretadas a partir da matéria principal, qual seja, a saúde pública, no combate à Covid-19. Assinalou, ainda, acompanhado do voto de outros Ministros, que há peculiaridades locais que necessitam ser verificadas no âmbito dos Municípios¹⁸.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, no que concerne à detenção de competência comum por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para enfrentamento da emergência em saúde pública, como revela o artigo 23 da CRFB, restou elucidativa¹⁹. Ocorre que, na esteira do sugerido pelo Ministro Gilmar Mendes no aludido julgamento, e frente à importância da temática em tempos de crise sanitária, depreende-se que o colegiado deveria ter conferido

¹⁶ BRASIL. *Medida Provisória n. 926, de 20 de março de 2020*. Dispõe sobre alteração da Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Publicada no Diário Oficial da União de 20 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm>. Acesso em: 29 mai. 2020.

¹⁷ Visto que a transcrição do julgamento ora analisado ainda não foi disponibilizada, para acesso à íntegra dos votos, *vide* dispositivo de áudio e vídeo do julgamento por videoconferência em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão de Medida Cautelar, pelo Plenário, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6341*. Relator Min. Marco Aurélio Mello. Data do julgamento: 15 abr. 2020. Disponível em:

<<https://www.youtube.com/watch?v=QLcKK-LiHDw>>. Acesso em: 26 mai. 2020.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão de Medida Cautelar, pelo Plenário, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6341*. Relator Min. Marco Aurélio Mello. Data do julgamento: 15 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=QLcKK-LiHDw>>. Acesso em: 26 mai. 2020.

¹⁹ À União caberia a adoção de medidas de interesse geral e nacional, aos Estados medidas de interesse regional, e ao Município de interesse local. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão de Medida Cautelar, pelo Plenário, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6341*. Relator Min. Marco Aurélio Mello. Data do julgamento: 15 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=QLcKK-LiHDw>>. Acesso em: 26 mai. 2020).

maior detalhamento ao tema, traçando um modelo institucional de participação federativa entre os entes no combate à Covid-19, sob pena de uma multiplicação de antinomias jurídicas.

Em que pese a hermenêutica constitucional nos conduza à eficaz resolução das antinomias advindas dessa temática e que aqui serão explanadas (algumas), parece-nos que em uma federação composta por 5.570 Municípios, 26 Estados-membros e um Distrito Federal, uma resposta mais detalhada do Supremo Tribunal Federal, ainda que em *obiter dictum*, poderia conferir mais segurança jurídica tanto aos jurisdicionados quanto à Administração Pública²⁰.

A primeira antinomia jurídica²¹ que vem à tona diz respeito ao conflito entre medidas impostas pelos entes federativos²². Frente a um conflito entre medidas restritivas de direitos (no sentido de proteção e de promoção da saúde pública²³) e medidas específicas (no sentido de contemplar mais especificamente a situação de saúde em determinada região, no caso dos Estados quando em conflito com normas editadas pela União, ou em determinada localidade, no caso dos Municípios quando em conflito com normas editadas pelo Estado) ainda mais restritivas de direitos (no sentido de conferir maior atenção à saúde em comparação com as outras medidas), qual delas deverá prevalecer, as medidas restritivas, ou as medidas específicas e, concomitantemente, mais restritivas de direitos?

²⁰ Além do mais, assume relevância também um maior detalhamento do Supremo Tribunal Federal na aludida decisão visto que o referido julgado caracteriza-se como diretriz a ser seguida pelos diversos juízes e tribunais atuantes na federação, aos quais serão submetidas as mais variadas antinomias jurídicas acerca da aludida temática atrelada às competências dos entes federativos. Acerca da proposta de que todos os juízes se constituem como juízes constitucionais, *vide*, FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à constituição: preceitos de exegese constitucional. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, ano 2, n. 8, p. 13-35, 2001, p. 35

²¹ Consoante Juarez Freitas, “[...] conceituam-se as antinomias jurídicas como incompatibilidades possíveis ou instauradas entre regras, valores ou princípios jurídicos, pertencentes validamente ao mesmo sistema jurídico, tendo de ser vencidas para a preservação da unidade e da coerência do sistema positivo e para que se alcance a máxima efetividade da pluralista teleologia constitucional.” (FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 94 e 104).

²² A previsão de competências administrativas comuns não acarreta, de forma imediata, a competência legislativa; entretanto, isso não significa que haja vedação aos entes federativos para legislar acerca dos referidos temas, desde que observada a repartição constitucional de competências legislativas. *Vide*, nesse sentido, NOVELINO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Gen-Método, 2013, p. 714; BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário n. 308.399/MG*. Relator Min. Carlos Velloso. Data do julgamento: 29 mar. 2005. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1940375>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

²³ As medidas restritivas de direitos, tais como o direito de ir e vir, e a liberdade de comércio, são e foram tomadas diante das evidências científicas que demonstraram que a adoção de determinadas providências por parte do Poder Público e que, por vezes, acarretam restrição a direitos, são capazes de atuar como formas de proteção e de promoção da saúde pública no que concerne à contaminação pelo coronavírus.

Em que pese a antinomia jurídica aqui explanada verse acerca de qual medida deve prevalecer dentro do âmbito de cada ente federativo, a questão central circunda em torno de como se dará a distribuição de competências entre tais entes no combate à Covid-19 (artigo 23 da CRFB) frente a um inevitável conflito de comandos que contemplem como temática fulcral a saúde pública.

A partir da interpretação tópico-sistemática²⁴ do referido conflito, vislumbra-se que o direito à saúde, direito fundamental de cunho social e intrínseco à manutenção da vida²⁵, ostenta carga axiológica hierarquicamente superior²⁶ às regras de repartição de competências entre os entes federativos, capaz de atingir a teleologia constitucional²⁷ — a concretização dos direitos fundamentais²⁸ — e de promover a própria diretriz coordenadora das competências comuns (artigo 23 da CRFB) entre tais entes no cuidado para com o próprio direito à saúde²⁹; de modo a

²⁴ Consoante a lição de Juarez Freitas, “[...] a interpretação sistemática deve ser entendida como uma operação que consiste em atribuir, **topicamente, a melhor significação**, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas escritas (ou regras) e aos valores jurídicos, **hierarquizáveis num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias em sentido amplo, tendo em vista bem solucionar os casos sob apreciação**”. (grifou-se) (FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 82-85).

²⁵ Vide, nesse sentido, LOUREIRO, João. Direito à (proteção da) saúde. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 660 e seguintes.

²⁶ “Na linha tópico-sistemática proposta, portanto, para vencer as antinomias (sempre, de algum modo, solúveis juridicamente) que ocorrem ou podem ocorrer entre normas do mesmo escalão formal e coevas, **o critério hierárquico axiológico**, nos termos dos preliminares conceitos de sistema jurídico e de interpretação sistemática, **apresenta-se tipicamente capaz de oferecer, em todos os casos, uma solução minimamente adequada**, desde que, no bojo do sistema, haja uma básica razoabilidade. [...] **o melhor caminho, em tais e em todas as situações, está no metacritério da hierarquização tópico-sistemática**

— mais axiológica do que formal — das normas ou disposições antinômicas, ainda quando se esteja diante de conflitos entre os próprios critérios encarregados de desfazê-los. Dito de outro modo, **o critério da hierarquização é o que supera, na prática, as antinomias, ainda quando se tenha a ilusão de que outro critério o tenha feito**. Logo, a propósito dos conflitos ou antinomias de segundo grau, é de fixar que existe um critério constante e jurídico para a resolução das mais complexas incompatibilidades. [...] Aqui se verifica quão valioso é desfrutar de uma **noção mais larga de sistema**, configurando-o como totalidade de **princípios, valores e regras, hierarquizáveis entre si**, sem cuja prevalência tópica inviabiliza-se a resolução da problemática envolvendo a colisão de normas do mesmo patamar formal.” (grifou-se) (FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 101-102).

²⁷ Sustenta Juarez Freitas que as antinomias devem ser “vencidas para a preservação da unidade e da coerência do sistema positivo e para que se alcance a máxima efetividade da pluralista **teleologia constitucional**.” (grifou-se) (FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 94 e 104).

²⁸ Vide, nesse sentido, CONSELVAN, Jussara Seixas. O papel da hermenêutica constitucional na concretização dos direitos fundamentais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 5, p. 1-18, 2009, p. 16; GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica Constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 315.

²⁹ Dito de outra forma, a partir da interpretação tópico-sistemática e frente ao caso concreto sob apreciação, a carga axiológica que o direito fundamental à saúde ostenta não macula as normas constitucionais que dispõe acerca da repartição de competências entre os entes federativos, ao

prevalecer, assim, e em princípio, a medida mais restritiva de direitos (que mais protege e promove a saúde pública) e, concomitantemente, a mais específica (focada na proteção e na promoção da saúde de acordo com as características e com as peculiaridades que a região — no caso dos Estados — ou a localidade — no caso dos Municípios — apresenta), desde que dentro da competência conferida constitucionalmente ao ente que adotou a aludida medida relativa à saúde pública.

A segunda antinomia que aqui será abordada, no que se refere ao conflito entre medidas impostas pelos entes federativos, principia da seguinte indagação, a partir de um exemplo da práxis: frente uma medida mais específica municipal (no sentido de contemplar mais especificamente a situação da saúde na circunscrição municipal) em divergência com uma medida estadual que se mostra mais restritiva de direitos do que a municipal (no sentido de conferir maior atenção à proteção e à promoção da saúde pública), qual delas, a partir da interpretação tópico-sistemática — e, portanto, constitucional³⁰ — deverá prevalecer, a medida municipal ou a medida estadual?

Formalmente, a resolução desta antinomia jurídica se mostra igual à solução da antinomia anterior, ou seja, o direito fundamental à saúde ostenta carga axiológica hierarquicamente superior às regras de repartição de competências entre os entes federados; de forma a preponderar, assim, e em princípio, a medida mais restritiva de direitos (que mais protege e promove a saúde pública, ainda que menos específica), em detrimento da medida mais específica (no sentido de contemplar mais especificamente a situação da saúde na circunscrição municipal). Depreende-se, diante de tal antinomia, que, embora a medida mais específica possa melhor retratar o contexto fático em matéria de saúde pública nos limites da circunscrição de determinado Município ou Estado — na esteira do entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da medida cautelar em sede da ADI n. 6.341/DF —, ainda assim, medidas descoordenadas menos restritivas no âmbito

contrário, a partir da atribuição de um hierarquização axiológica, consoante leciona Juarez Freitas, a aludida hierarquização cumpre papel unificador e sistematizante, proporcionando uma exegese capaz de elidir a autocontradição do sistema e resguardando a unidade sintética dos múltiplos comandos postos em conflito antinômico. (FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 132).

³⁰ Porquanto parte-se da premissa de que “[...] toda interpretação sistemática é interpretação constitucional”; *vide*, para aprofundamento acerca da temática, FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 185-226.

municipal ou estadual poderão pôr em risco o combate sistêmico da pandemia na esfera de determinado Estado-membro ou, até mesmo, na esfera nacional.

Dito de outro modo, independentemente do ente federativo que tenha adotado determinada medida, desde que dentro do regime constitucional de repartição de competências (artigo 23 da CRFB, no caso sob apreciação e objeto da ADI n. 6.341/DF), a medida que deverá prevalecer será aquela que se mostrar mais restritiva no tocante à capacidade de, em maior grau, proteger e promover a saúde pública.

Veja-se que, conforme afirmado anteriormente, a decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, no âmbito da medida cautelar na ADI n. 6.341/DF, não delimitou de forma eficaz como se daria a competência comum das esferas de governo no enfrentamento à crise sanitária. Todavia, a aludida decisão merece o devido louvor no que concerne à reafirmação da autonomia de política sanitária de todos os entes federativos, a partir do que preconiza o regime da repartição de competências administrativas comuns, esculpido no artigo 23 da CRFB.

Além do mais, diante do atual cenário pandêmico, é imprescindível — como sempre o é — socorrer-nos de uma nova interpretação constitucional, alicerçada na proposta de que a Administração Pública deve respaldar as medidas por ela adotadas no combate à Covid-19 também nos princípios constitucionais da prevenção e da precaução, de modo a agir de forma célere quanto às necessidades da sociedade³¹, sob pena de irreversibilidade dos efeitos de medidas menos restritivas no enfrentamento à atual crise sanitária.

Em que pese a aludida decisão do Supremo Tribunal Federal não tenha detalhado a temática de modo a conferir maior segurança jurídica tanto aos jurisdicionados quanto à Administração Pública, apreciando-se os votos dos Ministros no aludido julgamento, dentre eles o voto do Ministro Ricardo Lewandowski e do Ministro Alexandre de Moraes, desponta um indício de que o Supremo Tribunal Federal passará a interpretar as competências comuns dos entes

³¹ *Vide*, para maior compreensão e aprofundamento acerca da temática, FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 315 e seguintes.

federativos de forma mais deferente à atuação conjunta de tais entes³², com o fito de promover um federalismo cooperativo³³ em matéria de saúde pública.³⁴

Nas razões de decidir do Relator do caso, Ministro Marco Aurélio, a Medida Provisória n. 926 foi editada com o objetivo de minimizar problema de repercussão mundial, não encontrando guarida, segundo o Ministro, que para a cooperação entre os entes na seara da saúde pública, haja imprescindibilidade da edição de lei complementar, a teor do parágrafo único do artigo 23 da CRFB. O Ministro também frisou, para sustentar a cooperação entre as esferas de governo, que o contexto da Covid-19 é de importância internacional, sendo as medidas em prol da saúde recomendadas, inclusive, pelas agências de vigilância sanitária.³⁵

Não se pode desconsiderar que a edição da referida lei complementar em matéria de saúde pública poderia estabelecer de modo mais explícito a coordenação

³² Infere-se como um indício o fato do Supremo Tribunal Federal conferir maior autonomia aos Estados e aos Municípios no que diz respeito às competências comuns, porquanto a centralização da federação brasileira diante do texto constitucional, tem sido, em diversas oportunidades, o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal; *vide*, nesse sentido, ANTUNES, Paulo Bessa. *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 170.

³³ “[...] A **concepção de federalismo cooperativo**, tal como valorizado e instituído pela Carta Magna de 1988, define um conjunto de competências compartilhadas entre a União, os estados federados e os municípios. **Esse desenho buscou estimular a cooperação e a coordenação entre os entes federados, que desse modo nem sempre desempenham funções exclusivas, como é o caso da saúde**. Para universalizar o acesso à saúde, por exemplo, o desenho do SUS promoveu a articulação e a divisão de responsabilidades e recursos entre os três entes da Federação, que devem estar coordenados para prover serviços e equipamentos de saúde de graus de complexidade distintos – atenção básica, equipamentos e serviços para atendimento de média e de alta complexidade [...]” (**grifou-se**) (RODRIGUES, Juliana Nunes; AZEVEDO, Daniel Abreu de. *Pandemia do coronavírus e (des)coordenação federativa: evidências de um conflito político-territorial*. *Espaço e Economia. Revista brasileira de geografia econômica*, vol. 18, n. 18, p. 1-11, 2020, p. 5.)

³⁴ Segundo o Ministro Alexandre de Moraes, “[...] **A própria norma impugnada preza pela cooperação**, a articulação prévia entre os órgãos de poder. **Não significa que um possa avançar na competência do outro, mas que haja coordenação**. É lamentável que na condução dessa crise sem precedentes recentes no Brasil e no mundo, mesmo em assuntos essencialmente técnicos de tratamento uniforme internacionalmente, haja discrepâncias políticas **entre unidades da federação e falte cooperação** [...]” (**grifou-se**). Conforme o Ministro Ricardo Lewandowski, “[...] No caso da doença que pretendemos combater, existe dispositivo constitucional que me parece muito pedagógico no sentido de apontar qual seria o papel da União neste enfrentamento: cabe planejar e promover a defesa permanente em caso de calamidade pública. Isso **significa coordenar** e oferecer apoio material. **Os entes federados não podem ser alijados dessa batalha, porque eles têm o poder-dever de enfrentar a doença** [...]” (**grifou-se**) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão de Medida Cautelar, pelo Plenário, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6341*. Relator Min. Marco Aurélio Mello. Data do julgamento: 15 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=QLcKK-LiHDw>>. Acesso em: 26 mai. 2020).

³⁵ Ressalta-se, aqui, a extrema relevância da Administração Pública pautar suas medidas de enfrentamento à Covid-19 com fundamento em evidências científicas; *vide*, sobre a importância das evidências científicas em tempos de pandemia e acerca da medicina baseada em evidências, BURNS, Patricia B.; ROHRICH, Rod J.; CHUNG, Kevin C. The levels of evidence and their role in evidence-based medicine. *Plastic and reconstructive surgery*, v. 128, n. 1, p. 305, 2011; MOTA, Daniel Marques; DE SOUZA KUCHENBECKER, Ricardo. Considerações sobre o uso de evidências científicas em tempos de pandemia: o caso da Covid-19. *Vigilância Sanitária em Debate: Sociedade, Ciência & Tecnologia*, vol. 8, n. 2, p. 2-9, 2020.

da cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios no enfrentamento à Covid-19, na medida em que a existência de competências comuns entre os entes federativos não acarreta a desnecessidade do cumprimento do dever de coordenação para uma efetiva cooperação entre as esferas de poder, na promoção de uma salutar distribuição de competências nessa seara.

Entretanto, ainda que não elaborada a lei complementar a que se refere o parágrafo único do artigo 23 da CRFB — circunstância esta apontada como um óbice à efetivação de uma maior cooperação entre as esferas da Administração Pública no âmbito federal, estadual e municipal, por parte da doutrina³⁶ —, até que ela sobrevenha³⁷, a hermenêutica constitucional, por meio da interpretação tópico-sistemática, consoante sustentado neste estudo, é capaz de conferir uma maior cooperação entre os entes federativos no enfrentamento ao coronavírus, rumo a um federalismo cooperativo mais efetivo na seara da saúde pública.

Considerações Finais

Diante da atual crise sanitária que o Brasil, e ainda grande parte dos países experimentam, assume extrema importância as medidas, com base em evidências científicas, tomadas pelos entes federativos no enfrentamento à Covid-19.

A partir do estabelecimento de competências administrativas comuns — artigo 23 da CRFB —, depreende-se que o regime de repartição de competências instituído pelo constituinte de 1988 está fundado na ideia de que todos os entes federativos devem atuar na seara de diversas matérias, entre as quais a saúde pública, como disciplina o inciso II do referido dispositivo constitucional.

³⁶ Vide, nesse sentido, BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 56.

³⁷ Como se deu no caso da edição da Lei Complementar n. 140, de 08 de dezembro de 2011, na seara do direito ambiental, que regulamentou no plano infraconstitucional a competência material do artigo 24, incisos VI, VII e VIII, da CRFB, dispondo, em seu artigo 3.º, como objetivos fundamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: “[...] I - proteger, defender e conservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, **promovendo gestão descentralizada, democrática e eficiente**; II - garantir o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico com a proteção do meio ambiente, observando a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais; III - harmonizar as políticas e ações administrativas para **evitar a sobreposição de atuação entre os entes federativos, de forma a evitar conflitos de atribuições e garantir uma atuação administrativa eficiente**; IV - garantir a uniformidade da política ambiental para todo o País, **respeitadas as peculiaridades regionais e locais.**” (grifou-se)

Em que pese a decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal na medida cautelar da ADI n. 6.341/DF tenha tratado acerca da temática, exsurgiram antinomias jurídicas que podem ser solucionadas a partir da hermenêutica constitucional.

A interpretação tópico-sistemática dos conflitos entre quais medidas tomadas pelos entes federativos devem prevalecer nos leva à resposta de que, independentemente da esfera de governo — União, Estados, Distrito Federal, ou Municípios — que tenha adotado determinada medida, desde que dentro do regime constitucional de repartição de competências (artigo 23 da CRFB), a medida que deverá prevalecer será aquela que se mostrar mais restritiva de direitos no tocante à capacidade de, em maior grau, proteger e promover a saúde pública, porquanto a própria interpretação tópico-sistemática do direito fundamental à saúde implica em uma restrição mais intensa de outros direitos, a fim de alcançar uma maior proteção do direito à saúde frente ao cenário pandêmico ocasionado pelo coronavírus.

Ademais, frente ao atual panorama, é imprescindível — como sempre o é — socorrer-nos de uma nova interpretação constitucional, alicerçada na proposta de que a Administração Pública deve respaldar as medidas por ela adotadas no combate à Covid-19 também nos princípios constitucionais da prevenção e da precaução, de modo a agir de forma célere quanto às necessidades da sociedade, sob pena de irreversibilidade dos efeitos de medidas menos restritivas no enfrentamento à atual crise sanitária.

Nas razões de decidir de alguns dos Ministros, restou elucidada a necessidade de cooperação entre os entes federativos na seara da saúde pública, ainda que não editada a lei complementar a que se refere o parágrafo único do artigo 23 da CRFB.

Não se pode desconsiderar que a edição da referida lei complementar em matéria de saúde pública poderia estabelecer de modo mais explícito a coordenação da cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios no enfrentamento à Covid-19, na medida em que a existência de competências comuns entre os entes federativos não acarreta a desnecessidade do cumprimento do dever de coordenação para uma efetiva cooperação entre as esferas de poder, na promoção de uma salutar distribuição de competências nessa seara.

Todavia, embora não elaborada a aludida legislação — circunstância esta apontada como um óbice à efetivação de uma maior cooperação entre as esferas da

Administração Pública no âmbito federal, estadual e municipal, por parte da doutrina —, até que ela sobrevenha, a hermenêutica constitucional, por meio da interpretação tópico-sistemática, consoante sustentado neste estudo, é capaz de conferir uma maior cooperação entre os entes federativos no enfrentamento ao coronavírus, rumo a um federalismo cooperativo mais efetivo na seara da saúde pública.

Referências

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ANTUNES, Paulo Bessa. *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. *Medida Provisória n. 926, de 20 de março de 2020*. Dispõe sobre alteração da Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Publicada no Diário Oficial da União de 20 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm>. Acesso em: 29 mai. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Decisão de Medida Cautelar Monocrática em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6341*. Relator Min. Marco Aurélio Mello. Data do julgamento: 24 mar. 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2020.

_____. *Decisão de Medida Cautelar, pelo Plenário, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6341*. Relator Min. Marco Aurélio Mello. Data do julgamento: 15 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=QLcKK-LiHDw>>. Acesso em: 26 mai. 2020.

_____. *Recurso Extraordinário n. 308.399/MG*. Relator Min. Carlos Velloso. Data do julgamento: 29 mar. 2005. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1940375>>. Acesso em: 25 mai. 2020.

BURNS, Patricia B.; ROHRICH, Rod J.; CHUNG, Kevin C. The levels of evidence and their role in evidence-based medicine. *Plastic and reconstructive surgery*, v. 128, n. 1, p. 305, 2011.

CONSELVAN, Jussara Seixas. O papel da hermenêutica constitucional na concretização dos direitos fundamentais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 5, p. 1-18, 2009.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. O intérprete e o poder de dar vida à constituição: preceitos de exegese constitucional. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, ano 2, n. 8, p. 13-35, 2001.

_____. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica Constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Juruá, 2008.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LOUREIRO, João. Direito à (proteção da) saúde. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOTA, Daniel Marques; DE SOUZA KUCHENBECKER, Ricardo. Considerações sobre o uso de evidências científicas em tempos de pandemia: o caso da Covid-19. *Vigilância Sanitária em Debate: Sociedade, Ciência & Tecnologia*, vol. 8, n. 2, p. 2-9, 2020.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Gen-Método, 2013.

RODRIGUES, Juliana Nunes; AZEVEDO, Daniel Abreu de. Pandemia do coronavírus e (des)coordenação federativa: evidências de um conflito político-territorial. *Espaço e Economia. Revista brasileira de geografia econômica*, vol. 18, n. 18, p. 1-11, 2020.

SANTOS, Lenir. Regionalizando a descentralização: região de saúde como imposição constitucional ou como ato de vontade dos entes federativos? *Instituto de Direito Sanitário Aplicado (IDISA)*. Disponível em: <<http://idisa.org.br/img/File/Regionalizando%20a%20descentralizacao%20junho%202012.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF reconhece competência concorrente de Estados, DF, Municípios e União no combate à Covid-19*. 15 abr. 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

PARTE III

DIREITO EMPRESARIAL E DIREITO CIVIL E DIREITO TRIBUTÁRIO

14. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS À SAÚDE, NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19

STATE LIABILITY IN TORT FOR HEALTH DAMAGE, IN THE CONTEXT OF THE COVID-19 PANDEMIC



<https://doi.org/10.36592/9786587424149-14>

Eugênio Facchini Neto¹

Resumo

A pandemia da COVID-19 disseminou-se de forma extraordinariamente rápida pelo mundo, infectando milhões de pessoas. Um percentual pequeno dos infectados desenvolverá sintomas muito graves e necessitará de atendimento hospitalar intensivo, com o uso de aparelhos respiratórios. Em determinados momentos e locais, pode haver uma grande demanda por tratamento hospitalar, sem que haja condições de a todos atender de forma satisfatória. Danos à saúde e óbitos são esperados que ocorram em tal circunstância. Esse artigo defende a possibilidade de se responsabilizar civilmente os entes responsáveis pelo sistema público de saúde por tais danos, com fundamento no caráter objetivo da responsabilidade estatal, em uma visão solidarista, admitindo-se uma responsabilidade proporcional e adequada ao extraordinário contexto vivenciado. Utilizou-se o método dialético, com pesquisa bibliográfica. Palavras chaves: Covid-19 – Responsabilidade civil do Estado – Danos à saúde

Abstract

The COVID-19 pandemic has spread extraordinarily rapidly around the world, infecting millions of people. A small percentage of those infected will develop very severe symptoms and will require intensive hospital care with the use of respiratory devices. At certain times and places, there may be a high demand for hospital treatment, without being able to meet all of them satisfactorily. Damage to health and death are expected to occur in such a circumstance. This article defends the existence of State liability in tort over the entities responsible for the public health system for

¹ Doutor em Direito Comparado pela Università Degli Studi di Firenze/Itália; Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Professor Titular dos Cursos de graduação, mestrado e doutorado da Escola de Direito da PUC/RS. Professor e ex-Diretor da Escola Superior da Magistratura/Ajuris. Desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

such damages, based on the strict character of state liability, in a solidaristic interpretation, in a proportional way. The dialectical method was used, with bibliographic research.

Keywords: Covid-19 - State civil liability in tort - Health damage

Introdução

A COVID-19 é uma dolorosa experiência nova para a humanidade. Nossa geração jamais vivenciou algo com tais características. Pandemias representam tragédias que ceifam a vida de milhares ou milhões de pessoas. Enquanto não se dispõe de uma vacina, nem de remédios de eficácia comprovada, incumbe aos governos adotarem todas as medidas necessárias para reduzir o ritmo de sua difusão e amainar o impacto da doença nas pessoas infectadas. Como uma das estratégias para a redução da disseminação da doença consiste em medidas de isolamento social, isso acarreta impactos profundos na economia. O difícil equilíbrio entre a proteção da saúde e a minimização de efeitos econômicos é algo que todos os governos estão buscando, com graus variados de sucesso.

Considerando uma das peculiaridades dessa pandemia, consistente na sua rápida propagação, todos os esforços de governos sensatos foram inicialmente voltados para uma tentativa de “achatamento da curva” da disseminação da doença. O objetivo era evitar que um grande número de pessoas adoecesse ao mesmo tempo, o que acarretaria o colapso do sistema – de qualquer sistema – de saúde. Essa estratégia mostrou-se necessária pelo fato de que quase todos os pacientes graves necessitam de respiradores artificiais por até duas semanas, e nenhum sistema de saúde dispõe de um número elevado de tais equipamentos, pela singela razão de que não se trata de aparelhos de uso rotineiro nos hospitais. Como a doença se espalhou em escala mundial num ritmo impressionante, boa parte dos sistemas de saúde se viram simultaneamente afetados pela mesma carência de equipamentos e materiais – respiradores, medicamentos de sedação específica para seu uso (já que os pacientes a serem intubados devem ser colocados em coma induzido), equipamentos de proteção individual adequados, etc. A procura global simultânea por tais produtos acarretou sua escassez no mercado.

Apesar de todos os esforços, em muitos casos não se logrou evitar “picos” de contaminação simultânea e de superlotação de alguns hospitais. E isso acarretou

“dramas” e “tragédias” que foram acompanhados por uma população atônita e assustada nos momentos iniciais. Em grande número de casos, parentes não foram autorizados a permanecer com ou visitar familiares afetados. Internavam seus queridos e recebiam de volta corpos sem vida, lacrados, sem permissão de lhes prestar as últimas homenagens de maneira apropriada. Tomou-se conhecimento, também, de casos em que o acúmulo de pacientes simultaneamente necessitados acarretava filas à espera de ventiladores, obrigando os médicos a fazerem escolhas verdadeiramente trágicas para definir quem seria internado ou quem receberia o respirador. Como tomar tal decisão? Que critérios utilizar? O mais antigo na fila, o paciente mais grave, aquele com melhores possibilidades de salvação? Quem toma essa decisão? Famílias de pacientes que não puderam ser tratados serão indenizadas? Em caso positivo, por quem? A força maior ou o caso fortuito, com seu ordinário efeito de romper o nexo de causalidade e afastar qualquer indenização, poderá ser invocado?

Ao lado dessas tragédias que afetam os pacientes, mas impactando também os profissionais da saúde, tomou-se conhecimento de muitos casos, especialmente na fase inicial, de médicos, enfermeiros e outros profissionais da saúde, que estavam atuando no “front”, em contato direto com pessoas contaminadas, sem disporem de material de proteção individual adequado e suficiente. Mesmo quando tais equipamentos foram disponibilizados, a enorme carga viral do ambiente em que trabalhavam inevitavelmente acarretou a contaminação de expressivo número de profissionais da saúde, com várias mortes. Essas doenças que os acometeram e as mortes que causaram, serão consideradas riscos inerentes a essa atividade profissional? Ou poderão ser atribuídas à responsabilidade dos gestores, públicos ou privados, desses estabelecimentos?

Essas são algumas das indagações que se procurará responder nesse artigo, que terá como foco exclusivo a apuração de eventual responsabilidade dos entes públicos pelos danos à saúde de pessoas afetadas pela COVID-19.

Após um breve histórico da responsabilidade civil do Estado, o artigo analisará a responsabilidade estatal por danos à saúde, passando pela análise do sistema público de saúde brasileiro. Depois desse momento mais descritivo, problematizar-se-ão algumas situações mais recorrentes, buscando indicar-se possíveis respostas jurídicas, à luz da doutrina e jurisprudência pátria.

1 Breve histórico da evolução da responsabilidade civil do Estado, no Brasil, quanto ao seu fundamento

Há consenso no sentido de que o Brasil não experimentou a fase da irresponsabilidade do Estado (simbolizadas pelas expressões: *The King can do no wrong*; *Le roi ne peut mal faire*; *L'État c'est moi*), com a posterior distinção entre atos de império (que não geravam responsabilidade) e atos de gestão (em que o Estado, por agir nas mesmas condições de um particular, poderia ser responsabilizado pelos seus atos). É de se ponderar, porém, que as Constituições de 1824 e de 1891 não consagraram expressamente a responsabilidade do Estado², mas sim apenas a de seus “empregados públicos” (art. 179, XXIX, da Constituição imperial) ou seus “funcionários públicos” (art. 82 da Constituição de 1891), embora se entendesse que o ente público respondia solidariamente com seus funcionários. A fase da responsabilidade subjetiva foi acolhida pelo Código Civil de 1916 (art. 15), caracterizada pela adoção da solução privatista: o Estado responderia pelos danos que seus servidores, agindo com culpa, tivessem causado, tal como o empregador responde pelas culpas de seus empregados. A Constituição de 1934 e a carta outorgada de 1937 mantiveram a responsabilidade subjetiva e solidária do Estado e seus funcionários.

Por influência da doutrina francesa (Paul Duez), acolheu-se no Brasil a chamada teoria da culpa anônima ou falha do serviço (*faute de service*), segundo a qual o Estado responde quando houver mal funcionamento do serviço público, ainda que não se pudesse indicar a culpa específica de um funcionário determinado. Isso ocorreria em três situações: quando o serviço não funciona, funciona mal ou funciona a destempo.

Finalmente, a partir da Constituição de 1946 (seguida por todas as posteriores), acolheu-se a teoria da responsabilidade objetiva³, prescindindo-se da análise da culpa de qualquer agente público. Costuma-se dizer que seu fundamento repousaria no

² Aliás, são muito poucos os Estados que estabeleceram normas na Constituição a respeito da responsabilidade civil do Estado. Além do Brasil, citam-se Rússia, Polônia e Alemanha (BELRHALI: 2016, p. 544). França, Itália, Argentina e a maioria dos outros países não tratam do tema em suas constituições. Algumas sequer tratam do tema na legislação infraconstitucional – nos países de Common Law, por exemplo, são os mesmos princípios que regem a responsabilidade civil na esfera privada que se aplicam à esfera pública.

³ Não se trata de orientação muito difusa no direito comparado. Na Itália, segundo Alpa (2017, p. 382), na ausência de norma específica, tanto a Corte di Cassazione quanto o Consiglio di Stato exigem a prova da culpa de um agente público, não bastando a simples violação da lei.

princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais⁴ (princípio da isonomia), ou seja, divide-se entre todos os cidadãos os prejuízos causados a alguns, pela atividade estatal executada no interesse de todos. Concordamos, porém, com a corrente doutrinária (Celso Antonio Bandeira de Mello, Yussef S. Cahali e outros) que entende possível e adequado distinguir entre danos decorrentes de atos ilícitos (regidos pelo princípio da legalidade) e danos decorrentes de atos lícitos (regidos pelo princípio da isonomia).

A CF/88, em relação às anteriores, apresentou duas inovações importantes: a) equiparou à responsabilidade do Estado a das pessoas jurídica de direito privado, prestadoras de serviço público; b) substituiu a expressão “funcionário” por “agente público”, que é bem mais ampla, abrangendo qualquer pessoa incumbida da realização de algum serviço público, em caráter permanente ou transitório, qualquer que seja a forma de sua escolha ou investidura. Naquilo que interessa a este ensaio, médicos que atuam em hospitais particulares, mas atendendo pelo SUS, são considerados agentes públicos para fins de responsabilização do Estado.

Embora objetiva, é assente que a responsabilidade do Estado não é por risco integral, mas sim por risco administrativo⁵ (PEREIRA: 2012, p. 180), ou seja, dispensa-se a presença da culpa, mas o Estado exclui sua responsabilidade demonstrando ausência de nexo de causalidade, em razão de fato exclusivo da vítima, fato exclusivo de terceiro, caso fortuito ou de força maior (TEPEDINO, TERRA e GUEDES: 2020, p. 181). Excepcionalmente, porém se adota também a teoria do risco integral no caso de acidentes nucleares, acidentes de trabalho (que não é propriamente caso de responsabilidade do Estado), no caso de danos ambientais, bem como na Lei 10.744/2003, que dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidade civil, perante terceiros, no caso de atentados terroristas envolvendo aeronaves brasileiras (leis semelhantes foram adotadas pela maioria dos países, após os atentados de onze de setembro). De certa forma, também é o caso do pensionamento a vítimas da talidomida, regida pela Lei 7.070/82, alterada pela Lei 12.190/2010.

Em razão de sua pertinência no contexto que será examinado, examina-se brevemente a responsabilidade por omissão, sobre a qual durante muito tempo pendeu controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Considerando que o texto constitucional fala em danos que os agentes “causem a terceiros”, parte da doutrina

⁴ Fundamento que teve origem na França (*égalité devant les charges publiques*), mas não é aceito, por exemplo, na Inglaterra – Van Dam (2007, p. 517).

⁵ STF, AgR no AI 577.908/GO; AgR no AI 636.814/DF.

interpretou o verbo ‘causar’ no sentido de só abranger os atos comissivos, com exclusão dos omissivos. Com base em tal distinção, Celso A. Bandeira de Mello (2003, p. 872) difundiu a tese, oriunda de seu pai, Oswaldo Aranha B. Mello, segundo a qual, em caso de omissão, a responsabilidade estatal seria subjetiva, não objetiva. Tal tese foi amplamente acolhida na doutrina⁶ e pelos tribunais pátrios, especialmente junto ao STJ⁷. Já junto ao STF (e parte da doutrina civilista, como Yussef S. Cahali; Odete Medauar (2002, p. 444), Carmen Lúcia Rocha (2004); Carlos R. Gonçalves (2012, p. 179/180); Farias/Braga/Rosenvald (2017, p. 1044) prevaleceu a tese de que mesmo em caso de omissão, a responsabilidade estatal é objetiva, já que a C.F. não faz distinção entre condutas omissivas e comissivas. Em 2016, o STF (RE 841526, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. em 30/03/2016), em sede de repercussão geral, assentou, em princípio, a tese da responsabilidade objetiva, pelo risco administrativo, tanto para os danos causados por condutas comissivas quanto omissivas.

Como é óbvio que o Estado não pode responder por todo e qualquer dano relacionado a alguma sua omissão, há que se buscar critérios para que se possa responsabilizá-lo. Afastada a ideia de culpa, invoca-se o critério da distinção entre omissões genéricas e omissões específicas (CAVALIERI FILHO: 2014, p. 298/299 e C. MULHOLLAND: 2010, p. 119/120), ou o critério da razoabilidade (Yussef S. Cahali, Celso R. Bastos, Odete Medauar e outros).

Já para quem invoca o princípio da razoabilidade, o raciocínio seria o seguinte: considerando determinado contexto fático, era razoável se exigir que o ente público tivesse agido e feito algo para evitar que o dano ocorresse, considerando todas as circunstâncias, como o custo da adoção das medidas preventivas, a probabilidade estatística da ocorrência dos danos, etc? Se a resposta for afirmativa, há responsabilidade; se a resposta for negativa, não se indeniza.

Uma outra abordagem possível é aquela que foi aventada por Almiro Couto e Silva (2003: p. 149s), pela qual se desloca a questão da culpa para o nexos causal, indagando-se se havia um dever preexistente do ente público de agir, diante das circunstâncias, cujo descumprimento possa, então, ser caracterizado como verdadeira causa do dano.

⁶ Por todos, Di Pietro (2007, p. 603) e Carvalho Filho (2010, p. 613).

⁷ STJ, 2 T, AgRg no AREsp 501.507/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, j. em 27.05.2014, exemplificativamente.

À luz dessas orientações teóricas, passa-se a analisar a responsabilidade estatal por danos à saúde dos cidadãos, decorrentes de condutas comissivas ou omissivas dos entes públicos no contexto da pandemia.

2 Responsabilidade do Estado por danos à saúde

Houve um tempo em que a humanidade enfrentava momentos como esse “por meio de charlatanismos como orações, sacrifícios, sangrias, ventosas, metais tóxicos, homeopatia, esmagamento de uma galinha contra uma parte do corpo infeccionada” (PINKER: 2018, p.88). Nos últimos dois séculos, com a invenção da vacina e com a descoberta que são germes, bactérias, vírus que causam as doenças, a “sorte” começou a mudar. O conhecimento científico e o notável avanço da medicina permitiram não apenas reduzir a mortalidade infantil e elevar substancialmente a expectativa média de vida, mas também a tratar eficazmente doenças que tempos atrás eram mortíferas.

Essa inflexão do ponto de vista científico encontrou-se, mais recentemente, com a ideia político-jurídica de que o Estado não está apenas jungido a não violar os direitos fundamentais de seus cidadãos – vida e integridade física em primeiro lugar – mas deve concorrer ativamente para a sua proteção⁸. Esses direitos, inclusive, foram ampliados, passando a abranger também o direito à saúde. Assim, os espaços de omissão lícita do Estado passaram a ficar cada vez mais reduzidos. Em momentos como esse, de grave risco à saúde de pessoas em todo o mundo, não se pensa mais que se trata apenas de um problema individual – cada um que cuide de si, como foi a solução adotada nos séculos precedentes. Trata-se de um problema que afeta diretamente os gestores públicos: cabe ao Estado, em sentido amplo, cuidar da saúde dos seus cidadãos, protegendo-a, na medida do possível, inclusive de inimigos invisíveis e insidiosos como vírus.

O Estado-providência cumpre sua obrigação de cuidar da saúde de seus cidadãos através de uma série de prestações – desde campanhas de vacinação e

⁸ No espaço jurídico europeu, veja-se, por exemplo, a jurisprudência consolidada da Corte Europeia dos Direitos do Homem – CEDH -, no sentido de considerar que as autoridades públicas devem adotar as medidas “adaptées au niveau de risque afin de protéger les droits fondamentaux, tels que le droit à la vie”, sob pena de responsabilidade – casos *R.Ş. c. Lettonie*, de 8.03.18, § 80; *Sinim c. Turquie*, de 6.6.17, § 58; *Cevrioğlu c. Turquie*, 4.10.16, § 51; *Cavit Tinarlioğlu c. Turquie*, 2.2.16; *Prilutskiy c. Ukraine*, 26.2.15, § 31; *Oruk c. Turquie*, 4.2.14, § 52; *Vilnes et autres c. Norvège*, 5.12.13, § 220; *Mosendz c. Ukraine*, 17.1.13, § 90; *Kolyadenko et autres c. Russie*, 28.2.12, § 158; *Boudaïeva c. Russie*, 20.3.08, § 132.

atendimentos ambulatoriais em todos os rincões do país, até a disponibilização de hospitais de referência e profissionais da saúde altamente qualificados.

Em todas essas frentes podem surgir danos indenizáveis – desde a vacina que acarretou danos à saúde de alguém (risco marginal, mas ocorrente), passando por um diagnóstico mal feito em nível ambulatorial, até uma cirurgia malsucedida em hospital de grande porte. Algumas falhas são “anônimas”, verdadeiras falhas do serviço, relacionadas muitas vezes às inevitáveis carências do sistema. Outras vezes decorre da culpa de algum médico ou enfermeiro perfeitamente identificado.

Relativamente à responsabilidade pessoal dos médicos no contexto dessa pandemia, um olhar à situação norte-americana revela um tipo de abordagem possível, não formalmente adotada no Brasil (embora os resultados possam ser os mesmos, em razão de orientação jurisprudencial que venha a prevalecer). Segundo McMichael, Lowry, Frist e Van Honr (2020), praticamente todos os Estados norte-americanos dispõem de uma “*Good Samaritan Law*”, que impede a responsabilização civil de um profissional da saúde que gratuitamente presta atendimento a alguém em meio a uma emergência, salvo dolo ou erro grosseiro⁹. Tal norma pode também se aplicar aos médicos e enfermeiros voluntários que atuam em uma pandemia, mas normalmente não protegem os agentes sanitários que atuam profissionalmente. Alguns Estados, como Virginia, Indiana, Maryland e Louisiana, dispõem de legislação permanente, pela qual, sempre que for declarada uma emergência sanitária, a responsabilidade dos médicos automaticamente será regida pelos termos da norma especial. A de Louisiana, por exemplo, dispõe que “[d]uring a state of public health emergency, any health care providers shall not be civilly liable for causing the death of, or, injury to, any person or damage to any property except in the event of gross negligence or willful misconduct.” Já outros Estados, como New York, New Jersey e Illinois aprovaram leis semelhantes após ter sido declarado o estado de emergência.

Nesse trabalho, porém, não focaremos a responsabilidade pessoal dos médicos, mesmo aqueles que atuam em hospitais públicos ou atendam pelo SUS. Nosso enfoque limita-se à responsabilidade dos entes públicos por falhas no tratamento sanitário ou por eventuais erros dos médicos que atuem como seus prepostos, embora algo será

⁹ Segundo outra fonte, *Good Samaritan Laws* imunizam de responsabilização civil médicos agindo com boa fé ao providenciar atendimento médico na cena de um acidente. Em alguns Estados, tal legislação tem um escopo mais amplo, estendendo essa proteção a médicos e enfermeiros voluntários atuando numa emergência nacional. É o caso da *Uniform Emergency Volunteer Health Practitioners Act* (“*UEVHPA*”), promulgada em 17 Estados (THOMPSON, GERTLER: 2020).

dito a respeito da responsabilidade pessoal do médico, ao tratarmos do direito regressivo do ente público frente ao médico.

Existem alguns hospitais públicos que são federais, outros estaduais e outros, ainda, municipais. Comumente adotam a forma jurídica de fundações ou de autarquias. Em qualquer dessas hipóteses, eventuais danos causados a pacientes atendidos nessas unidades poderão comprometer a responsabilidade civil do ente mantenedor.

Todavia, não só nessas hipóteses surgirá a responsabilidade dos entes públicos, pois mesmo em casos atendidos em hospitais privados poderá haver a responsabilidade de um ente público, especialmente quando se tratar de paciente atendido pelo SUS, o que representa boa parte das pessoas atingidas pelo COVID-19.

Convém, assim, começar pela análise do sistema público de saúde brasileiro.

3 O sistema público de saúde brasileiro – SUS

Segundo os dados colhidos na aprofundada reportagem de Bertoni, Falcão, Lopes e Bevilacqua (2020), que aproveitaremos nesse item, o Brasil é a única nação com mais de 100 milhões de habitantes a dispor de um sistema público e universal de saúde. Suas bases foram fixadas na Constituição de 1988, que consagrou a saúde como um direito a ser garantido pelo Estado: “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Apesar de seu marco inicial ser a Constituição de 1988, o SUS só foi instituído e formalizado em 1990, por meio de duas leis, a de n. 8.080, de 19/09/90 e a 8.142, de 28/12/90. A primeira e mais importante detalha os objetivos e atribuições do SUS, seus princípios e diretrizes e fixa as competências dos entes federativos. Na esfera federal, os recursos são administrados pelo Ministério da Saúde, por meio do Fundo Nacional de Saúde. Parte dos valores são transferidos a estados e municípios. Uma Comissão Tripartite de Intergestores do SUS, formada pelo Ministério da Saúde e pelas secretarias estaduais (Conass) e municipais (Conasems) da saúde, procura implementar uma gestão colegiada do SUS.

Pode-se dizer que, sob certo aspecto, o SUS foi um sucesso. Além de ser responsável pelo notável aumento da expectativa de vida ao nascer e de ter reduzido

substancialmente a mortalidade infantil, o SUS mantém o maior programa de vacinação do mundo, conduz e financia o maior programa de transplantes de órgãos do planeta. É reconhecido mundialmente pela excelência no cuidado de pessoas com HIV, distribuindo gratuitamente 400 milhões de retrovirais por ano.

O Brasil dispõe, em 2020, de 6.658 hospitais em funcionamento, sendo que 36% deles são públicos, segundo dados do Ministério da Saúde. Dos hospitais privados, 57,4% possuem vínculos com o SUS.

O SUS está estruturado em torno de três grandes e importantes princípios: o da *universalização*, pois os serviços de saúde é garantido a todas as pessoas, independentemente de qualquer característica social ou pessoal; da *equidade*, no sentido de que o Estado deve tratar investir mais onde a carência é maior, buscando diminuir crônicas desigualdades; e o da *integralidade*, no sentido de que todas as necessidades devem ser atendidas na área da saúde, incluindo a prevenção, tratamento e reabilitação.

Apesar de tudo, não há dúvida de que o sistema ostenta muitas falhas, especialmente diante de sua magnitude. Integra o noticiário quase que cotidiano as cenas da população convivendo com filas, carência de leitos, sucateamento de unidades de saúde e falta de profissionais. Se a manutenção de um nível satisfatório de atendimento à saúde em situações normais é difícil, em um país continental e populoso como o nosso, é previsível que em contextos extraordinários como o que vivemos em função da pandemia haja uma enorme dificuldade – por vezes, verdadeira impossibilidade - de fazer frente ao desafio que a COVID-19 representa para qualquer sistema público de saúde.

Isso não significa, automaticamente, que o Estado deva indenizar todos os danos daí decorrentes. Seria possível invocar-se a conhecida ideia da reserva do possível (SARLET, TIMM: 2013; AMARAL: 2001), que Miragem (2015, p. 424) refere resultar do “reconhecimento do fato da impossibilidade de o Estado dar conta de todas as prestações que lhe são atribuídas, de modo que sua exigibilidade seja limitada apenas àquelas em que haja a possibilidade concreta de realização”.

Mas também é possível se sustentar a responsabilidade do Estado, mesmo diante da situação extraordinária pela qual se está passando. Para tanto, porém, alguns critérios e fundamentos jurídicos devem ser trazidos à discussão. Deles se fala a seguir.

4 Carências estruturais e inevitáveis – as escolhas trágicas

Em famoso livro escrito há mais de 40 anos (*Tragic Choices*), Calabresi e Bobbitt (1986) enfrentam o grande dilema, ético, moral e jurídico, de ter de decidir sobre a alocação de recursos escassos, mas crucialmente importantes para os envolvidos, aventando algumas possíveis formas de solução. Um dos exemplos fornecidos (p. 187) consistia nas máquinas de hemodiálise e rins artificiais, quando existissem mais necessitados do que máquinas disponíveis, problemas que atualmente talvez não sejam mais tão relevantes quanto eram em 1978, data da edição original de seu livro. Fossem eles reescrever seu livro em 2020, certamente teriam usado o drama dos respiradores escassos, que em vários momentos e em muitos países, assumiram um triste protagonismo no cotidiano dos hospitais.

Pelo que se acompanhou no noticiário, a Itália foi o primeiro país onde escolhas trágicas tiveram que ser feitas, especialmente na região norte (Bergamo), onde a crise foi mais aguda. Não havia condições de atendimento a todos os pacientes, pois faltavam respiradores e outros equipamentos necessários para o tratamento dos pacientes mais graves. Os médicos, assim, se viram na contingência de escolher a quem salvar, e tristemente definir quem iria morrer. Assim, tentando aliviar esse pesadíssimo fardo, e procurando indicar critérios mais impessoais e objetivos de escolha, a Sociedade italiana de anestesia, analgesia, reanimação e terapia intensiva em 06/03 apresentou algumas recomendações (“*Raccomandazioni di etica clinica per l’ammissione a trattamenti intensivi e per la loro sospensione in condizioni eccezionali di equilibrio tra necessità e risorse disponibili*”), sugerindo como critério de escolha a “*maggiore speranza di vita*”. Em termos práticos, os mais jovens seriam tratados, preterindo-se os mais idosos. Reagindo a esse critério (que aparentemente buscou apenas retirar dos médicos a carga emocional de decidir quem morre), o *Comitato nazionale di bioetica*, invocando os princípios extraídos dos artigos 2, 3 e 32 da Constituição italiana, estabeleceu o *critério clínico* como o mais adequado, reputando eticamente inaceitáveis parâmetros de seleção baseados em idade, sexo, raça, condição e papel social, etnia, deficiências orgânicas de qualquer natureza. A triagem deveria ser baseada na “*preparedness, appropriatezza clinica e attualità (valutazione individuale del paziente fisicamente presente nel pronto soccorso)*” do paciente

(“COVID-19: La decisione clinica in condizioni di carenza di risorse e il criterio del “triage in emergenza pandemica”).¹⁰

No Brasil, LEITE (2020) referiu que algumas autoridades públicas e entidades médicas estariam igualmente tentando estabelecer critérios para orientar a escolha de quem deveria receber o tratamento e quem deveria ser preterido. Referiu que a Secretaria de Estado e Saúde do Rio de Janeiro estaria preparando um protocolo que analisaria a situação dos pacientes e lhes daria notas. Dentre os pontos a serem avaliados, estariam: 1. funcionamento de órgãos (como pulmões, rins e coração); 2. doenças preexistentes (diabetes, hipertensão e obesidade); 3. idade (os mais novos teriam prioridade); 4. ordem de solicitação da vaga. De acordo com a proposta de protocolo, o paciente que totalizasse maior número de pontos em seu prontuário iria para o final da fila, caso sobrevivesse até lá. Já as pessoas com menor score de pontos, sem doenças preexistentes, teriam maior chance de receber o tratamento. LEITE criticou tal proposta, sugerindo o acolhimento dos critérios elaborados pela Sociedade Espanhola De Terapia Intensiva – SEMICYUC –, para a tomada de decisão sobre quem vai ter acesso aos cuidados intensivos em caso de escassez de leitos no âmbito da COVID-19. Referidos protocolos seguem o princípio de dar oportunidade àquele que mais se beneficiará, dentro do contexto que se denomina Medicina de Catástrofe.

Enfim, foi essa visão mais holística a que acabou predominando no mundo inteiro, inclusive no Brasil, levando-se em conta uma série de fatores – e não somente a idade – para decidir a quem alocar os recursos escassos.

Fato é, porém, que alguns pacientes irão morrer exatamente por não terem tido a oportunidade do tratamento, diante da referida escassez. E a dúvida que surgirá é se haverá responsabilidade civil do Estado nessa situação, tema do próximo item.

5 Responsabilidade pública por falhas no atendimento hospitalar

Inicialmente, assente-se que pouco importa como o paciente chegou ao hospital: se foi baixado por seu médico particular; se ele pessoalmente compareceu ao hospital alertando estar com sintomas da COVID-19; ou se foi levado por ambulância, inconsciente e desacompanhado por qualquer responsável. O fato de ter lá chegado já estabelece uma relação jurídica, oriunda do que se costuma chamar de contato social,

¹⁰ Sobre a situação italiana, v. Giova (2020, p. 506/507).

que faz surgir deveres de proteção por parte do hospital ou do médico atendente (ROSSI: 2017, p. 2907).

Discorrendo sobre eventual responsabilidade estatal por danos à saúde no contexto da pandemia, salienta Miragem (2020) que “em termos gerais, a pandemia é causa extraordinária (caso fortuito ou de força maior), que afasta a responsabilidade do Estado pelo dano, segundo os esforços que lhe são exigíveis, em vista da impossibilidade concreta de evitar seu resultado.” Mas em seguida pondera que “quando demonstrada omissão específica em relação à providência que era possível ter sido adotada para evitar o dano (p.ex. a situação em que o serviço poderia ter sido prestado adequadamente, mas não o foi por desídia ou erro no atendimento ao paciente)”, então sim, seria possível se cogitar da responsabilidade estatal.

Acredita-se, porém, que as soluções deverão ser mais articuladas, pois não só no caso de desídia ou erro se pode pensar em responsabilização do Estado, no contexto da pandemia.

OLIVEIRA (2020) formula o exemplo de alguém que tenha sido internado por um problema qualquer, mas que não pode ser atendido adequadamente (vindo a sofrer danos) em razão de eventual superlotação momentânea que estivesse exigindo atenção imediata e intensa dos médicos e enfermeiros aos graves pacientes com COVID-19. Nessa hipótese, diz ele, esse paciente – ou seus familiares, no caso de óbito – poderiam vir a responsabilizar o Estado, que não teria direito de regresso contra o médico. Essa solução, acreditamos, deve ser adotada também para o caso de paciente de COVID-19 que tenha sido preterido em seu atendimento, pelas mesmas razões de superlotação ou de falta de aparelhos e equipamentos suficientes ou necessários.

O fundamento de tal responsabilização seria, a nosso sentir, uma leitura solidarista da responsabilidade do Estado. Essa possibilidade hermenêutica não passou despercebida ao grande tratadista da responsabilidade civil brasileiro, que já em meados do século passado dizia que “a responsabilidade do Estado progride para um ponto de satisfação plena aos princípios solidaristas” (AGUIAR DIAS: 1954, 641). Mais modernamente, Bodin de Moraes (2001, p. 167/206) referiu que “o fundamento ético-jurídico da responsabilidade objetiva deve ser buscado na concepção solidarista, fundada pela Constituição de 1988, de proteção dos direitos de qualquer pessoa injustamente lesada”. Na esfera administrativa, o clássico Hely Lopes Meireles (2000, p. 585), ao abordar o fundamento da responsabilidade do estado como sendo a igualdade de todos perante ônus e encargos sociais, afirmou que “o risco e a

solidariedade social são, pois, os suportes dessa doutrina que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz à mais perfeita justiça distributiva”.¹¹

Na jurisprudência pátria, o próprio Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma), ao julgar o RE 262.651/SP, em 16/11/2005, Relatoria do Min. Carlos Velloso, afirmou que “o dever de indenizar a vítima advém (...) de um princípio que poderíamos chamar de solidariedade social, solidariedade essa engendrada pelo fato de que toda ação administrativa do Estado é levada a efeito em prol do interesse coletivo”.

Também na Itália PONZANELLI (2020) entende que aquelas pessoas que não puderam ser atendidas pelo serviço de saúde, em razão da superlotação dos hospitais com casos de COVID-19, vindo a sofrer danos à saúde ou até morrer, deveriam ser indenizados por uma questão de solidariedade social.

Braga Netto (2020, p. 239) sinaliza duas tendências recentes da responsabilidade civil do Estado: “a) a progressiva ampliação dos danos indenizáveis pelo Estado; b) a progressiva redução dos espaços de omissão estatal legítima”. Relativamente ao item b), pondera que a compreensão dos novos papéis do Estado leva à constatação de que “hoje não se permitem omissões que no passado talvez se permitissem. Em outras palavras: exige-se cada vez mais do Estado que aja. Não qualquer agir, mas um agir cauteloso, eficaz, proporcional”.

Aliás, nessa mesma linha, Juarez FREITAS (2006, p. 196/197) refere o dever do Estado moderno de atender os “interesses existenciais legítimos dos cidadãos”, salvaguardando eficazmente os “direitos fundamentais, evitados ou reparados prontamente os danos juridicamente injustos”. Em outro artigo, o mesmo jurista havia já referido que “o Estado brasileiro precisa ser responsável pela eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, já em suas obrigações negativas, já em suas dimensões prestacionais. (...) A responsabilidade é proporcional, seja por ações, seja por omissões danosas por agentes das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras dos serviços de titularidade do Poder Público” (FREITAS: 2006-A, p. 381).

¹¹ Aliás, não só na responsabilidade estatal, mas na própria responsabilidade civil comum, invoca-se a influência dos valores constitucionais. É o caso, por exemplo, de Paulo Luiz Netto Lôbo (2011, p. 23), quando afirma que “dos preceitos constitucionais denota-se a preferência pela responsabilidade objetiva, em razão do risco criado ou do risco da atividade, ainda que lícita. As hipóteses tratadas pela Constituição são voltadas essencialmente à afirmação de três valores, que marcam a transformação contemporânea da responsabilidade civil: a primazia do interesse da vítima, a máxima reparação do dano e a solidariedade social”.

Essa ideia de proporcionalidade é valiosa, repercutindo especialmente na avaliação dos danos. Como a causa originária dos males ligados ao COVID-19 é o próprio vírus, elemento externo, imprevisto e inevitável, não é possível se imputar ao Estado toda a responsabilidade por eventuais danos sofridos por seus cidadãos. Assim, em tal contexto, deve-se precisar que a responsabilidade do Estado é objetiva e proporcional, devendo o Estado assumir *a parte que lhe toca nesse latifúndio*, informado pelo princípio da solidariedade social. Na formulação de Braga Netto (2020, p. 242), “o Estado poderá ser civilmente responsável se não tiver atuado, com proporcionalidade e eficiência, para garantir os direitos fundamentais do cidadão em determinado caso concreto”.

A ideia de uma responsabilidade proporcional vem ganhando espaço internacionalmente. Bergkamp (2020) defendeu a responsabilização civil do governo holandês, por entender que não agiu de forma célere, no início da crise, para reduzir sua disseminação e impacto. E invoca, em sustento de sua tese, decisão recente (20.12.19) da *Hoge Raad*, a Suprema Corte daquele país, no caso conhecido como *Urgenda*¹², que decidiu tema pertinente aos riscos associados às mudanças climáticas. Naquela ocasião, a corte flexibilizou a análise do pressuposto do nexo de causalidade, ao introduzir o conceito de responsabilidade parcial, relacionando-a à causalidade proporcional. Se tal responsabilização é possível em relação a riscos ao meio ambiente, aduz o autor, com muito mais razão o mesmo critério seria aplicável quando se está diante de riscos mais concretos e iminentes à vida e à saúde.¹³

Também se pode invocar, a sustento desta tese, a doutrina da responsabilidade proporcional proposta por Marco Capecchi (2012). Este autor genovês, tratando do nexo causal, prega o abandono da lógica do tudo ou nada, *all or nothing*, normalmente usada nas causas envolvendo a responsabilidade civil, em favor da lógica da proporcionalidade. Ou seja, enquanto aquela constringe o juiz a oscilar de uma posição extrema (reconhecer a subsistência do nexo causal e, portanto, conceder uma indenização integral) a outra (negar o nexo causal e, portanto, a reparação), a segunda favorece uma concepção proporcional, na qual o lesante responde em medida proporcional ao aumento do risco de ocorrência do evento que constitui a lesão sofrida pela vítima. Capecchi (2012, p. 267 e 304) defende uma responsabilidade proporcional

¹² A decisão é acessível em <https://www.rechtspraak.nl/Bekende-rechtszaken/klimaatzaak-urgenda>.

¹³ Para uma visão contrária à responsabilização do governo holandês, por entender que ele agiu de forma adequada (embora o início criticável), v. Cavalcanti, Terstegge (2020).

“na qual o lesante tenha que assumir o custo do dano na medida proporcional ao aporte causal da conduta que lhe pode ser imputada”¹⁴. Concordamos com tal posição e entendemos que a doutrina é aplicável ao caso, embora não tenha sido pensada para situações como essa. Mas a lógica é a mesma: a morte de pacientes por COVID-19, por não terem podido receber atendimento adequado, em razão de excesso de procura dos mesmos serviços ao mesmo tempo, não teve como causa principal a omissão do Estado, mas sim a contração da doença. Todavia, a impossibilidade de atender a todos os pacientes, contribuiu causalmente para o desenlace, ao menos em parte. A conhecida teoria da perda de uma chance, de aplicação rotineira no Brasil, também parece que possa ser invocada a essas situações.

Por outro lado, não se têm dúvidas de que o Estado responderá integralmente pelos danos à saúde, ou pela perda de vidas, dos profissionais da saúde que atuaram em hospitais públicos sem que lhes fossem fornecidos todos os equipamentos de proteção individual adequados e necessários para enfrentar, com segurança, a pandemia¹⁵. Aqueles que contraíram a doença (ou seus familiares, em caso de morte), certamente terão direito a uma indenização a ser paga pelo ente público responsável pelo nosocômio, por isso estar dentro da sua esfera de risco (BRAGA NETTO, 2020, p. 246). Impossível, aqui, invocar-se a excludente da força maior ou do caso fortuito, por essas circunstâncias não poderem ser “consideradas estranhas ao risco” (FRAZÃO: 2016, p. 23).

Uma vez afirmada a responsabilidade do Estado, teria ele direito regressivo frente ao direto causador do dano – médico, enfermeiro ou qualquer outro agente público?

¹⁴ Sobre a responsabilidade proporcional na Espanha, veja-se MARTÍN-CASALS (2016, p. 43 s).

¹⁵ Aliás, legalmente poderiam os profissionais que estivessem nessa situação até mesmo se recusar a trabalhar, pois o Código de Médica Ética (Resolução CFM n. 2.217/2018) prevê (capítulo II, inc. IV) ser direito do médico “recusar-se a exercer sua profissão em instituição pública ou privada onde as condições de trabalho não sejam dignas ou possam prejudicar a própria saúde ou a do paciente, bem como a dos demais profissionais”. No caso dos enfermeiros, o Código de Ética da Enfermagem (Resolução COFEN n. 564/2017) prevê, em seu art. 13, ser direito deles “suspender as atividades, individuais ou coletivas, quando o local de trabalho não oferecer condições seguras para o exercício profissional”. Assim, médicos e enfermeiros que não atendem o paciente “simplesmente pelo medo da contaminação, tendo a sua disposição todo o equipamento para a sua própria segurança no atendimento, comete infração ética e crime de omissão de socorro. O mesmo já não ocorre se as condições objetivas de proteção e segurança não estiverem presentes, sujeitando o médico a fundado risco de infecção e contágio” (DANTAS, CLEMENTE, NOGAROLI: 2020, p. 277).

6 Direito regressivo do Estado frente ao agente causador do dano

Em 13 de maio passado, o Executivo federal editou a Medida Provisória n. 966/2020, procurando relativizar a responsabilidade do gestor público durante a pandemia de coronavírus, estabelecendo que os gestores só poderão ser responsabilizados se agirem ou se omitirem “com dolo ou erro grosseiro”¹⁶.¹⁷ Os Partidos PDT, Cidadania e Rede Sustentabilidade arguíram a inconstitucionalidade dos vagos critérios previstos na medida provisória, tendo o STF, em 21.05.20, pela relatoria do Min. Barroso, limitado o seu alcance, referindo que atos sem respaldo científico assinados durante a pandemia poderão ser enquadrados como erro grosseiro e, portanto, acarretar a responsabilização dos seus autores.¹⁸ Segundo o Relator, é preciso considerar 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 técnicos¹⁹.

¹⁶ Reproduz-se seu art. 1º: “Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de: I - enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19; e II - combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19”.

¹⁷ A preocupação, no Brasil, é no sentido de que tal legislação possa vir a ser invocada por gestores inconsequentes, incompetentes ou até mesmo corruptos, para tentar justificar gestões desastradas ou flagrantemente inadequadas. Em certas áreas, porém, é razoável tal tentativa de imunização, como ocorre com médicos e outros agentes sanitários, atuando sob regime de estresse, sem protocolos científicos consensuais e sem as condições adequadas de trabalho. Foi visto que nos Estados Unidos, por exemplo, quase todos os Estados editaram normas para proteção dos médicos frente a possíveis ações de responsabilidade civil em razão de sua atuação durante a pandemia. Uma fórmula sugerida para tal legislação é a seguinte: “During a state of public health emergency, any physician (may include other health care professionals or facilities) shall not be civilly liable for causing the death of, or, injury to, any person or damage to any property except in the event of gross negligence or willful misconduct.” (Fonte: *COVID-19: Recommendations for Pursuing Liability Protections Through State Action*, publicado no site da *American Medical Association – AMA*. Disponível em <https://www.ama-assn.org/system/files/2020-04/state-guidance-medical-liability-protections.pdf>, acesso em 15/07/2020. A mesma lógica das *good Samaritan laws* foi adotada em nível federal, com a promulgação da *Coronavirus Aid, Relief and Economic Security Act (CARES Act)*, em 25.03.2020 (disponível em <https://www.congress.gov/116/bills/hr748/BILLS-116hr748enr.pdf>. Acesso em 15.07.2020.

¹⁸ Comentando criticamente a MP 966, refere Nelson Rosenthal que ela “tomou por empréstimo para a esfera da responsabilidade civil o conceito jurídico indeterminado “erro grosseiro”, já utilizado pelo art. 28 da LINDB (redação da Lei n. 13.665/18), que por sua vez tomou a expressão de decisões esparsas do STF, STJ e TCU.” Para além disso, referida medida provisória “se valeu da exata definição que o § 1º, do artigo 12 do Decreto 9830/19 deferiu ao conceito de “erro grosseiro”, para estipular no art. 2º que: “Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia” – Rosenthal (2020).

¹⁹ Vale a pena lembrar Dawkins: “Ciência não é religião e, em essência, não se resume na fé. Embora ela tenha muitas das virtudes da religião, não tem nenhum dos seus vícios. A ciência baseia-se em evidências comprováveis. A fé religiosa não só carece de evidências, como essa independência de evidências é fonte de orgulho, anunciada com alarde” – Dawkins (2018, p. 322).

Tal MP, porém, não afeta a responsabilidade do ente público no contexto examinado nesse artigo, pois ela procurou resguardar o próprio agente público, conferindo-lhe uma relativa imunização a eventuais demandas. O critério previsto na MP não pode ser aplicado extensivamente aos entes públicos, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, ante o que dispõe o art. 37, §6º, da CF. Diante do princípio da dupla garantia, adotada pelo STF (RE 1.027.633, j. em agosto de 2019, em sede de Repercussão Geral, tema 940), atualmente não se pode ajuizar uma ação reparatória diretamente contra o agente público. Esse só poderá vir a ser responsabilizado em ação regressiva, movida pelo ente público que vier a indenizar danos causados por seu agente.

Todavia, no contexto da pandemia, o direito regressivo contra o profissional da saúde que diretamente tiver causado um dano só terá alguma viabilidade diante de uma culpa grave e manifesta do médico ou enfermeiro, que constitua verdadeiro erro grosseiro. Isso porque ao agirem sob enorme estresse, muitas vezes sem equipamentos adequados de proteção, em regimes dobrados de trabalho, sem protocolos clínicos consensuais a seguir, falhas são inevitáveis. E, nesse contexto, essas falhas não poderão ser equiparadas à culpa a que se refere a norma constitucional. Trata-se de uma previsão normativa gerada para ser aplicada em contextos normais, não neste extraordinário pelo qual estamos passando. Tais falhas devem recair sobre o ente público prestador do serviço, e não sobre o agente público atuando sob tais circunstâncias

É hora de concluir.

Considerações finais

Ao contrário de inúmeros setores do direito – brasileiro e estrangeiro – que necessitaram da edição de normas especiais para lidar com os efeitos da pandemia, talvez a velha responsabilidade civil aquiliana, interpretada e aplicada à luz das peculiaridades do extraordinário momento pelo qual passamos, consiga dar respostas adequadas e satisfatórias aos problemas que surgirão nesta área.²⁰ Considera-se, para tanto, que por força de dispositivo constitucional, a responsabilidade do Estado é objetiva, dispensando-se a prova de alguma culpa ou falha na gestão pública. Por outro

²⁰ Nesse sentido também se posicionou, à luz do direito italiano, OLIVERI (2020, p. 535).

lado, o princípio constitucional da solidariedade impõe que o ente público que não conseguiu fornecer meios adequados para o tratamento dos doentes, deve responder pelos danos sofridos pelos cidadãos. Tal responsabilização, porém, na maioria dos casos, não será integral, mas sim proporcionalmente à contribuição causal da omissão estatal para o desenlace. Para tanto, invocável quer a doutrina da responsabilidade proporcional, conhecida e aplicada no direito comparado, como a teoria da perda de uma chance, de rotineira aplicação no Brasil.

Mendes (2020), em artigo doutrinário, citando doutrina e jurisprudência europeia, invoca os conceitos de “Jurisprudência de Crise”, de “Pensamento do Possível” e de “Teoria Constitucional da Tolerância” como noções que podem ser úteis para solução de casos que fatalmente surgirão. Prognostica-se que após a pandemia que estamos atravessando, virá talvez uma enxurrada de demandas judiciais, especialmente reparatorias. Certamente o Estado não é um segurador universal. Mas igualmente certo é que não poderá fugir às suas responsabilidades. Espera-se que o bom senso identifique o equilíbrio adequado entre esses dois polos.

Referências

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

ALPA, Guido. *La Responsabilità Civile. Principi*. 2. ed. Vicenza: UTET Giuridica, 2017.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BELRHALI, Hafida. *La responsabilité de la puissance publique em droit compare* – Conclusion. In: ANTOINE, Aurélien; OLSON, Terry (dir.) *La responsabilité de la puissance publique en droit compare*. Paris: Société de Législation Comparée, 2016.

BERGKAMP, Lucas. *State Liability for Failure to Control the COVID-19 Epidemic: International and Dutch Law*. *European Journal of Risk Regulation*, 11 (2020), pp. 343–349, em 2.4.2020. Publicação da Cambridge University Press. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7156574/>, acesso em 15/07/2020.

BERTONI, Estêvão; FALCÃO, Guilherme; LOPES, Caroline; BEVILACQUA, Ibrahim Cesar. **O que é, de onde veio e para onde vai o SUS**. In: Nexo Jornal, publicado em 28/04/2020, disponível em <https://fpabramo.org.br/coronavirus/2020/05/01/nexo-jornal-o-que-e-de-onde-veio-e-para-onde-vai-o-sus/>, acesso em 16/07/2020.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **O princípio da solidariedade**. In: PEIXINHO, Manoel Messias;

GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (coord.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 167/206.

BRAGA NETTO, Felipe. **Coronavírus e deveres estatais: o perfil dos novos tempos**. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. **Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais**. Indaiatuba: Ed. Foco, 2020, p. 235/248.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Scelte Tragiche**. Trad. de Cosimo M. Mazzone e Vincenzo Varano. Milano: Giuffrè, 1986.
CAPECCHI, Marco. **Il nesso di causalità** – Dalla condicio sine qua non alla resonsabilità proporzionale. 3. ed. Padova: CEDAM, 2012.

CARVALHO FILHO, José Carlos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAVALCANTI, Maria Francesca; TERSTEGGE, Matthijs Jan Terstegge. **The Covid-19 emergency in the Netherlands: a constitutional law perspective**. Saggi –DPCE online, 2020/2. Disponível em <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/977/951>, acesso em 15/07/2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COUTO E SILVA, Almiro. **A responsabilidade extracontratual do Estado**. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*. Cadernos de Direito Público. Porto Alegre: PGE, 2003.

COVID-19: Recommendations for Pursuing Liability Protections Through State Action, publicado no site da *American Medical Association* – AMA. Disponível em <https://www.ama-assn.org/system/files/2020-04/state-guidance-medical-liability-protections.pdf>, acesso em 15/07/2020.

DANTAS, Eduardo; CLEMENTE, Graziella; NOGAROLI, Rafaella. **Ausência ou inadequação de equipamentos de proteção (EPIS) em tempos de pandemia: responsabilidade do Estado e reflexos jurídicos ela recusa no atendimento a pacientes**. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta. **Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais**. Indaiatuba: Ed. Foco, 2020, p. 271/282.

DAWKINS, Richard. **Ciência na alma: escritos de um racionalista fervoroso**. Organização Gillian Somerscales; trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FRAZÃO, Ana. **Risco da empresa e caso fortuito externo**. *Civilística.com*, ano 5, n. 1, 2016.

FREITAS, Juarez. **Responsabilidade Civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância**". In: FREITAS, Juarez (org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 170-197.

FREITAS, Juarez. **A Constituição a responsabilidade do Estado e a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Constituição e crise política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006-A, pp. 381-401.

GIOVA, Stefania. **Infezione da COVID-19 e responsabilità dela struttura sanitaria**. *Actualidad Jurídica Iberoamericana* Nº 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 502-511.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITE, Gisele. **Questionamento sobre o direito à vida na pandemia de coronavírus no Brasil - Ou aspectos jurídicos da escolha de Sofia dos médicos em face da pandemia de Covid-19**. Publicado no Jornal JURID, em 13/05/2020, disponível em <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/questionamento-sobre-o-direito-a-vida-na-pandemia-de-coronavirus-no-brasil>, acesso em 18/06/2020.

MARTÍN-CASALS, Miquel. Proportional liability in Spain: a bridge too far? In: MARTÍN-CASALS, Miquel; PAPAYANNIS, Diego M. (eds.) **Uncertain Causation in Tort Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

McMICHAEL, Benjamin J.; LOWRY, John R.; FRIST, William H.; VAN HORN, R. Lawrence. **COVID-19 And State Medical Liability Immunity**. *RAMA on Healthcare*, publicado em May 14, 2020. Disponível em <https://ramaonhealthcare.com/covid-19-and-state-medical-liability-immunity/>, acesso em 12/07/2020.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar. ***Jurisprudência de Crise e Pensamento do Possível: caminhos constitucionais.*** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-cri-se-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>. Acesso em 20.06.2020.

MIRAGEM, Bruno. ***Direito Civil – Responsabilidade Civil.*** São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRAGEM, Bruno. **Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil.** *Jusbrasil*, março de 2020. Disponível em <https://direitocivilbrasileiro.jusbrasil.com.br/artigos/826575161/nota-relativa-a-pandemia-de-coronavirus-e-suas-repercussoes-sobre-os-contratos-e-a-responsabilidade-civil>, acesso em 10/07/2020.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. ***A responsabilidade civil por presunção de causalidade.*** Rio de Janeiro: GZ ed., 2010.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. ***Direito Civil. Obrigações.*** São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de. ***Responsabilidade Civil do Estado e responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos fora ou dentro do contexto da pandemia do covid-19 à luz da Medida Provisória nº 966/2020.*** Disponibilizado em 14/04/2020 em <https://civilemobiliario.com.br/responsabilidade-civil-do-estado-e-responsabilidade-civil-e-administrativa-dos-agentes-publicos-fora-ou-dentro-do-contexto-da-pandemia-do-covid-19-a-luz-da-medida-provisoria-n-966-2020/>. Acesso em 14/07/2020.

OLIVERI, Luca. **Responsabilità medida e COVID-19: prime impressioni.** *Actualidad Jurídica Iberoamericana* Nº 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 524-535.

PINKER, Steven. ***O novo iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo.*** São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

PONZANELLI, Giulio. ***La sanitaría responsabilita e i possibili contenziosi da COVID. Danno e responsabilita,*** 19.05.2020. Disponível em <http://giustiziacivile.com/danno-e-responsabilita/articoli/la-responsabilita-sanitaria-e-i-possibili-contenziosi-da-covid>, acesso em 14/07/2020.

ROCHA, Carmen Lúcia A. ***Princípios constitucionais da administração pública.*** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ROSENVOLD, Nelson. ***A responsabilidade civil no âmbito da MP 966.*** Texto publicado em *Migalhas de Responsabilidade Civil* no dia 15/05/2020. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/326884/a-responsabilidade-civil-no-ambito-da-mp-966>, acesso em 15/06/2020.

ROSSI, Stefano. **Oneri probatori e prova liberatória nella responsabilità civile medica**. In: CENDON, Paolo (dir.) *Responsabilità Civile*. Vol. II. Vicenza: UTET Giuridica, 2017, p. 2904/2935.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.) **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. Ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2013.

THOMPSON, Theresa E.; GERTLER, Melissa R. **COVID-19: Medical Liability for Expanded Scope of Services**. *The National Law Review*. Vol. X, n. 201. Publicado em 9/05/2020. Disponível em <https://www.natlawreview.com/article/covid-19-medical-liability-expanded-scope-services>, acesso em 11/07/2020.

VAN DAM, Cees. **European Tort Law**. New York: Oxford University Press, 2007.

15. DA REVISÃO CONTRATUAL NO ÂMBITO DO DIREITO DO CONSUMIDOR: DESAFIOS EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19

*THE CONTRACTUAL REVIEW IN THE SCOPE OF CONSUMER LAW:
CHALLENGES IN TIMES OF COVID-19 PANDEMIC*



<https://doi.org/10.36592/9786587424149-15>

Carolina Litvin Scaletsky¹

Resumo

Com a chegada do novo coronavírus no Brasil, instaurou-se um cenário de crise no país - devido à paralisação das atividades comerciais, em prol da saúde pública -, de modo a gerar reflexos nas relações contratuais, sobretudo nas relações de consumo - objeto de análise do presente estudo. Como consequência da pandemia, houve um aumento abusivo dos preços dos produtos e serviços, especialmente naqueles que guardam relação com questões de higiene, essenciais ao combate e à prevenção da doença. Outra repercussão decorrente desse cenário é o desequilíbrio da relação contratual, tendo em vista a onerosidade excessiva das prestações ou simplesmente a ocorrência de fato superveniente - no caso, a situação de pandemia -, caso em que o dever de cooperação deve se fazer presente, a fim de que se prime pela revisão contratual ao invés da sua resolução.

Palavras-chave: Revisão contratual. Relações de consumo. Dever de cooperação. Pandemia COVID-19.

Abstract

With the arrival of the new coronavirus in Brazil, a crisis scenario was established in the country - due to the shutdown of business activities, in favor of public health -, which ended up generating reflexes in contractual relations, especially in consumer relations - object of analysis of the present study. As a result of the COVID-19 pandemic, there was an abusive increase in the prices of products and services, especially those related to hygiene issues, which are essential to combat and prevent

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. E-mail: carolina.scaletsky@acad.pucrs.br.

the disease. Another repercussion resulting from this scenario is the imbalance of the contractual relationship, in view of the excessive burden of contractual installments or simply the occurrence of a supervenient fact - in this case, the pandemic situation -, in which case the duty of cooperation must be present, in order to opt for the contractual review instead of its termination.

Keywords: Contractual review. Consumer relations. Duty to cooperate. COVID-19 pandemic.

Introdução

Em março de 2020, o país se deparou com a chegada do novo coronavírus em território nacional, sem estar preparado para lidar com esse cenário. Algumas medidas foram tomadas de pronto: a paralisação de atividades comerciais não essenciais, o que, conseqüentemente, acarretou na dispensa coletiva de trabalhadores, no fechamento temporário ou definitivo de estabelecimentos, e também na redução de horários e da capacidade de lotação das empresas que continuaram em funcionamento. Assim, apesar de diversos ramos do direito terem sido afetados - como o empresarial e o trabalhista -, a presente pesquisa tem o intuito de analisar os impactos gerados pela pandemia no âmbito do direito do consumidor.

Na elaboração deste estudo, será utilizado o método de abordagem dedutivo - partindo da premissa geral para a aplicação da teoria ao caso concreto. A técnica de pesquisa adotada será a revisão bibliográfica - para que se possa apresentar os entendimentos doutrinários existentes.

Sendo assim, na primeira parte do presente trabalho, será contextualizado o cenário de imprevisibilidade causado pela pandemia no direito do consumidor, que ocasionou a impossibilidade do cumprimento de algumas obrigações. Na sequência, será abordado o dever de cooperação - em observância ao princípio da boa-fé objetiva -, essencial à proteção do consumidor.

Na segunda parte desta pesquisa, discorrer-se-á acerca do aumento abusivo dos preços dos produtos e serviços, especialmente daqueles que guardam relação com a área da saúde. Por fim, será abordada a questão da revisão contratual no âmbito das relações de consumo.

1 Das Considerações Iniciais Acerca Da Imprevisibilidade Causada Pela Pandemia No Direito Do Consumidor

No presente estudo, para o enfrentamento da teoria da revisão contratual e da onerosidade excessiva no âmbito do direito do consumidor, torna-se necessária uma contextualização do cenário atual de crise, que assolou o país com a chegada de uma pandemia, ocasionada pela disseminação do novo coronavírus.

Como consequência disso, surgem diversos reflexos nas relações jurídicas, sobretudo nas relações de consumo, tendo em vista a vulnerabilidade dos consumidores, que se tornam expostos diariamente a uma série de questões relacionadas aos negócios jurídicos que firmam quando da contratação de um produto ou serviço. Um desses reflexos, objeto deste artigo, é o desequilíbrio contratual gerado por um fato superveniente ao momento da contratação, que, no caso ora em análise, consiste nesse cenário de imprevisibilidade resultante dessa situação de pandemia - a ser abordado no próximo tópico.

1.1. Do cenário de imprevisibilidade nas relações de consumo

Embora o novo coronavírus já estivesse em circulação em outros países - o que, em um primeiro momento, possa levar algumas pessoas a entender que já era esperado que o Brasil também passasse por essa situação -, os efeitos jurídicos a serem causados pela pandemia eram imprevisíveis, uma vez que, no início, não se sabia - e ainda não se sabe ao certo - como lidar com esse cenário.

Da mesma forma, não se poderia prever que a pandemia teria a dimensão que está tendo, com a conseqüente paralisação de atividades consideradas não essenciais pelas autoridades competentes, o que resultou na dispensa coletiva de trabalhadores, no fechamento temporário - e, em alguns casos, até mesmo definitivo - de estabelecimentos, e também na redução de horários e da capacidade de lotação das empresas que continuaram em funcionamento. Sendo assim, vários foram os impactos

causados na atividade empresarial, que, por sua vez, repercutiram em outros ramos do direito, como o trabalhista e o do consumidor.

No que tange às relações de consumo, nota-se uma dificuldade em tratar dos contratos já celebrados e que estabelecem obrigações futuras - de trato sucessivo ou diferido no tempo -, tendo em vista as adversidades presentes quando do seu cumprimento, geradas pela onerosidade excessiva.² O principal exemplo a ser abordado diz respeito ao pagamento de mensalidades referentes a faculdades, escolas e cursos.

Desse modo, surge uma impossibilidade de cumprimento das obrigações anteriormente assumidas, que pode ser enquadrada como caso fortuito ou força maior - excludentes de responsabilidade previstas no artigo 393, do Código Civil³ -, tendo em vista a imprevisibilidade resultante das inevitáveis medidas adotadas pelo Poder Público, com o objetivo de assegurar a saúde da população. Assim, torna-se possível a resolução do contrato cujo cumprimento seja impossível, conforme disposição dos artigos 234⁴, 248⁵ e 250⁶, todos do mesmo diploma legal já referido.⁷

Ocorre que, em tempos de pandemia, a simples resolução dos contratos pode ocasionar prejuízo a ambas as partes, de modo que a revisão contratual - com concessões mútuas - mostra-se mais adequada, estando em consonância com o princípio elencado no inciso III, do artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de

² MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1015, p. 353-363, mai. 2020.

³ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

⁴ Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos.

⁵ Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.

⁶ Art. 250. Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar.

⁷ MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1015, p. 353-363, mai. 2020.

desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Sendo assim, o dever de cooperação entre as partes - revelado pelo princípio da boa-fé objetiva - torna-se essencial nas relações contratuais ao primar pelo seu adimplemento, razão pela qual será objeto de abordagem no próximo tópico.

1.2. Do dever de cooperação entre os contratantes

Ao tratar de relações contratuais, torna-se imprescindível a menção à boa-fé objetiva, enquanto princípio norteador do direito civil brasileiro. Segundo Cláudia Lima Marques, o Código de Defesa do Consumidor, no inciso IV, do artigo 51, consagra a boa-fé objetiva como uma cláusula geral, permitindo que o julgador determine uma maior concretude a esse conceito aparentemente indeterminado, de modo a preenchê-lo de acordo com um juízo de valoração.⁸

Em suma, a boa-fé objetiva consiste em um dever de colaboração entre as partes, baseado em um padrão de conduta que se espera que os contratantes assumam, de modo a promover um desenvolvimento equilibrado da relação contratual. Paulo de Tarso Sanseverino leciona:

Na relação obrigacional a boa-fé exerce múltiplas funções, desde a fase anterior à formação do vínculo, passando pela sua execução, até a fase posterior ao adimplemento da obrigação: interpretação das regras pactuadas (função interpretativa), criação de novas normas de conduta (função integrativa) e limitação dos direitos subjetivos (função de controle contra o abuso de direito).⁹

Nesse sentido, cabe destacar três funções desempenhadas pela boa-fé: a) função interpretativa; b) função limitativa ou de controle; e c) função integrativa.

A função interpretativa - positivada no artigo 113¹⁰, do Código Civil - consiste em um exercício hermenêutico que se torna necessário quando, porventura, o negócio

⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 43, p. 215-257, jul./set. 2002.

⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 59.

¹⁰ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

jurídico apresentar alguma omissão ou ambiguidade. Assim, o contrato será interpretado de acordo com a boa-fé objetiva para o preenchimento de eventuais lacunas nele existentes.¹¹

A função limitativa ou de controle - prevista no artigo 187¹², do mesmo diploma legal - atua como um balizador para a identificação dos casos em que há abuso de direito, de modo que o titular de um direito só poderá exercê-lo se não extrapolar os limites da boa-fé.

Por fim, a função integrativa - que merece destaque neste artigo - encontra respaldo no artigo 422, da lei mencionada: "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". Com isso, denota-se que a boa-fé objetiva apresenta uma função criadora de deveres anexos. Estes, por sua vez, devem ser observados pelas partes e pelo julgador, mesmo que não estejam expressamente previstos no contrato. Cita-se alguns exemplos de deveres anexos, que não impedem o reconhecimento da existência de outros:

- (i) dever de cooperação e colaboração; (ii) dever de informação plena, de esclarecimento e de transparência; (iii) dever de agir conforme a confiança depositada; (iv) dever de proteção e cuidado; (v) dever de lealdade e fidelidade; (vi) dever de conservação e guarda; (vii) dever de respeito; (viii) dever de agir conforme a razoabilidade; e (ix) dever de probidade e honestidade.¹³

Assim, destaca-se o dever de cooperação, que consiste na colaboração mútua entre os contratantes para que haja a formação, a manutenção e a execução do negócio jurídico de modo justo e equilibrado, sob pena de ocorrer o inadimplemento contratual por força do desequilíbrio negocial, ou, alternativamente, a revisão do contrato em questão.¹⁴

Importante ressaltar que, no caso de não observância dos deveres anexos - como o dever de cooperação -, há a violação positiva do contrato, que permite a resolução deste em momento anterior à consumação do inadimplemento, em duas situações: a)

¹¹ BORGES, Gustavo Silveira; PASQUAL, Cristina Stringari. O dever de cooperação nas relações contratuais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 971, p. 145-164, set. 2016.

¹² Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹³ MORAIS, Ezequiel. Os deveres de consideração e a pandemia. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1016, p. 377-387, jun. 2020.

¹⁴ BORGES, Gustavo Silveira; PASQUAL, Cristina Stringari. O dever de cooperação nas relações contratuais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 971, p. 145-164, set. 2016.

quando o devedor revelar uma indisposição quanto ao cumprimento futuro da obrigação; ou b) quando as circunstâncias fáticas demonstrarem a impossibilidade de adimplemento desta.¹⁵

Dessa forma, antes de adentrar no próximo tópico, reproduz-se o inciso IV, do artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor, já mencionado anteriormente:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou *sejam incompatíveis com a boa-fé* ou a equidade; (Grifou-se)

Com isso, aponta-se, mais uma vez, a boa-fé objetiva como princípio-guia das relações contratuais, sobretudo as de consumo, que, em sua essência, já demonstram um certo desequilíbrio entre os seus protagonistas, tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor. Sendo assim, a cláusula que for incompatível com os ditames da boa-fé será considerada nula de pleno direito, em razão da sua abusividade.

2 Dos impactos da pandemia nos contratos de consumo

Uma vez que já foram introduzidas essas questões iniciais acerca do cenário de imprevisibilidade ocasionado pela pandemia e a necessidade de observância do dever de cooperação entre os contratantes, passa-se a enfrentar os desafios causados pelo novo coronavírus, no que tange às relações de consumo, sobretudo no que diz respeito ao aumento abusivo dos preços dos produtos e serviços, capaz de gerar uma onerosidade excessiva para o consumidor. Assim, nos próximos tópicos, cuidar-se-á da temática da revisão contratual.

2.1. DO AUMENTO ABUSIVO DOS PREÇOS DOS PRODUTOS E SERVIÇOS

Em tempos de crise, gerada pela pandemia, constata-se um aumento no preço dos produtos e serviços, principalmente nos produtos que são essenciais ao combate e à prevenção da doença, como máscaras e álcool em gel. Apesar de que, geralmente, o

¹⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. A boa-fé nas obrigações civis. In: **O ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 120-121.

preço seja reflexo da maior ou menor procura por um produto ou serviço, nem sempre o aumento se dá em razão de uma disputa mercadológica, de modo que alguns fornecedores tentam se aproveitar da sua posição dominante na relação contratual - quando comparado ao consumidor - para poder obter vantagem indevida, aumentando sua margem de lucro de maneira desmedida.

Cita-se como exemplo o caso ocorrido um dia após o anúncio da primeira morte por coronavírus nos Estados Unidos, em que uma pessoa estocou cerca de 17 mil unidades de álcool em gel, com o intuito de vendê-las a preços exorbitantes em plataformas digitais, como *Amazon* e *Ebay*. Contudo, como forma de repudiar tal prática, as plataformas eletrônicas suspenderam a venda desses produtos, tendo em vista o aumento abusivo dos preços.¹⁶

Apesar do mercado se autorregular, tendo a menor intervenção possível por parte do Estado, é necessário que se estabeleçam limites, que guardem relação com a boa-fé, para a elevação dos preços. Para Guilherme Mucelin e Lúcia Souza d'Aquino:

Em suma, será abusiva a elevação de preços sem causa justa aquela que se aproveite de conjecturas anormais (que inclusive aumentam e fundamentam uma vulnerabilidade especial dos consumidores por situação de medo) como a atual e que não guarde compasso com o aumento dos custos da atividade, de maneira que os preços são reajustados de forma dissimulada, em claro aproveitamento da frágil posição do outro sujeito da relação, desarmonizando (e desumanizando!) o mercado de consumo, afrontando novamente o art. 4º do CDC.¹⁷

Dessa forma, embora a livre iniciativa seja um dos fundamentos da ordem econômica, esta também deve observar a defesa do consumidor como um princípio, conforme previsão do inciso V, do artigo 170, da Constituição Federal:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor;

¹⁶ NICAS, Jack. He has 17,700 bottles of hand sanitizer and nowhere to sell them. **The New York Times**, 2020. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2020/03/14/technology/coronavirus-purell-wipes-amazon-sellers.html>> Acesso em: 13 de jul. de 2020.

¹⁷ MUCELIN, Guilherme; D'AQUINO, Lúcia Souza. O papel do direito do consumidor para o bem-estar da população brasileira e o enfrentamento à pandemia de COVID-19. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 129, p. 17-46, mai./jun. 2020.

Assim, a exigência de vantagem manifestamente excessiva e a elevação sem justa causa dos preços dos produtos e serviços estão elencadas nos incisos V e X, do artigo 39, do Código de Defesa do Consumidor, como práticas abusivas, sendo vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, por colocar o consumidor em posição de desvantagem exagerada. Tais situações podem configurar abuso de direito, quando o titular do direito de empreender “exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”, conforme preceitua o artigo 187, do Código Civil.

Uma solução possível para esse cenário é a limitação da quantidade de vendas de produtos por consumidor. Em princípio, isso seria vedado pelo inciso II, do artigo 39, do estatuto protetivo ao consumidor. Contudo, tal prática se torna possível em prol da proteção ao vulnerável, na medida em que estaria permitindo um maior acesso do consumidor a esses produtos essenciais - necessários à proteção da saúde - e, ao mesmo tempo, impedindo a revenda a preços mais altos por aqueles fornecedores intermediários que estocam os produtos em quantidade.

Cabe mencionar que o parágrafo 1º, do artigo 51, do mesmo diploma legal, conceitua a expressão “vantagem exagerada”:

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

- I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
- II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;
- III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Nesse sentido, a prestação excessivamente onerosa é aquela em que se perde, no decorrer da execução do contrato, o sinalagma estabelecido no início da relação contratual. Isto é, perde-se o equilíbrio até então existente entre as partes, de modo que um contratante passa a se beneficiar em detrimento do outro.¹⁸ Sendo assim, a onerosidade excessiva constitui uma das hipóteses possíveis de resolução ou revisão contratual, objeto de estudo do próximo tópico.

¹⁸ SILVA, Luis Renato Ferreira da. Resolução por onerosidade excessiva: pressupostos e disponibilidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 19, p. 61-86, abr./jun. 2019.

2.2. Da revisão dos contratos de consumo

A revisão contratual objetiva a manutenção e o cumprimento da obrigação previamente estipulada, de modo a introduzir ou reestabelecer o equilíbrio no negócio, em observância ao dever de cooperação.¹⁹ Diferentemente do Código Civil - que contém requisitos mais rigorosos para a revisão contratual²⁰ -, o Código de Defesa do Consumidor - que considera a revisão como um direito básico do consumidor - não exige o fator de imprevisibilidade para a renegociação, conforme previsão do inciso V, do artigo 6º:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

Assim, no âmbito do direito do consumidor, para que haja a revisão contratual, exige-se a ocorrência de um fato superveniente, ou seja, de uma mudança do cenário em que se deu início a contratação, de modo a torná-la de difícil cumprimento ou até mesmo impossível.

Outra situação em que a revisão contratual torna-se possível é a decorrente de uma causa concomitante à formação do negócio jurídico, ou seja, quando o próprio contrato já traz algum vício em seu conteúdo quando da sua elaboração, como ocorre, por exemplo, com as cláusulas abusivas e com as prestações desproporcionais.²¹ Assim, caberá ao juiz reequilibrar a relação, retirando tais cláusulas do contrato, tendo em vista que estas são nulas de pleno direito, conforme preceitua o artigo 51, da lei protetiva ao consumidor.

¹⁹ BORGES, Gustavo Silveira; PASQUAL, Cristina Stringari. O dever de cooperação nas relações contratuais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 971, p. 145-164, set. 2016.

²⁰ Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato.

²¹ ALMEIDA, João Batista de. A revisão dos contratos no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 33, p. 143-150, jan./mar. 2000.

Nesse sentido, denota-se que a teoria adotada pelo Código de Defesa do Consumidor não foi a da imprevisão - instituto clássico do direito civil, que exige a ocorrência de um evento extraordinário e imprevisível -, e sim a da quebra da base objetiva do negócio - que admite uma vasta gama de situações em que o contrato apresenta algum desequilíbrio econômico-financeiro entre as partes envolvidas, de modo a romper com a essência do que foi previamente convencionado.²² Apesar dessa diferenciação, em ambos os casos o princípio do *pacta sunt servanda* só terá aplicação quando combinado com a cláusula *rebus sic stantibus*.

Isto é, os pactos firmados só manterão a sua obrigatoriedade de cumprimento quando estiver presente uma equivalência entre as prestações.

Em se tratando de contratos de execução diferida no tempo, o exemplo a ser discutido envolve o pagamento de mensalidades referentes a faculdades, escolas e cursos, cujas atividades presenciais restaram suspensas em razão da pandemia. Assim, constata-se que a impossibilidade atual de pagamento das mensalidades - principalmente em razão do corte de despesas de diversas empresas, que dispensaram coletivamente os seus trabalhadores - trará repercussões nesses contratos, com a possibilidade de revisão destes.

Nesse sentido, Claudia Lima Marques, Káren Rick Danilevicz Bertoncello e Clarissa Costa de Lima apontam algumas soluções:

Neste momento, duas são as possibilidades: 1) dilatar voluntariamente os prazos de pagamento e congelar ou retirar as sanções, usando a boa-fé – e a exceção da ruína, pois não pode estar de boa-fé quem sabe das dificuldades do outro e não atua para minimizar suas perdas e para tentar minimizar as perdas do outro, dilatando seus prazos – como se tem visto na legislação estadual de tantos estados, como a do Rio Grande do Sul, que congelou por 90 dias as contas de água e luz, impedindo cortes dos inadimplentes, no caso em contratos entre consumidores e fornecedores do setor privado, renegociando as dívidas para se adaptar às novas circunstâncias, sem quebra ou rescisão do contrato; e 2) pedir a adaptação pelo magistrado ou a rescisão da relação de consumo, caso não seja possível a “correção” do contrato.²³

²² SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. A teoria da quebra da base objetiva à luz do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 39, p. 108-136, jul./set. 2009.

²³ MARQUES, Claudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da pandemia de COVID-19: pela urgente aprovação do PL 3.515/2015 de atualização do CDC e por uma moratória aos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 129, p. 47-71, mai./jun. 2020.

No caso de suspensão total das aulas, inclusive em modalidade à distância, sugere-se a suspensão do pagamento das mensalidades - tendo em vista a ausência de contraprestação - ou então uma compensação futura aos consumidores que desejarem adiantar o pagamento destas. Contudo, se as aulas - embora suspensas presencialmente - forem mantidas em ambiente virtual, sugere-se a previsão de algum mecanismo de prorrogação do prazo de vencimento das obrigações, retirando as sanções, como a cobrança de multa. Em qualquer caso, eventual carga-horária que não seja cumprida por parte das instituições de ensino deverá ser posteriormente compensada, ou, alternativamente, poderá ocorrer o abatimento proporcional do preço pelas atividades que forem suprimidas.

Sendo assim, ao primar pela conservação dos contratos, a sua revisão demonstra-se como melhor alternativa quando comparada à sua resolução, principalmente quando inserida nesse contexto de crise - ocasionada pelo novo coronavírus -, em que se espera uma maior observância do dever de cooperação entre as partes, para que a cadeia econômica se mantenha ativa, evitando, assim, maiores prejuízos nos ramos do direito empresarial e trabalhista. Cumpre ressaltar que a revisão contratual consiste em uma tentativa de preservar o contrato, ou seja, de manter a relação jurídica, envolvendo concessões mútuas de ambas as partes, o que não significa liberar o consumidor de toda e qualquer consequência.

Conclusão

De acordo com o que foi exposto, a sociedade deparou-se com uma situação imprevisível: o surgimento de uma pandemia em dimensão mundial que trouxe reflexos em diversas áreas do direito, sendo o ramo do consumidor um dos afetados por esse cenário. Assim, passa-se a tecer alguns comentários conclusivos.

Como foi visto, a boa-fé objetiva - além de consistir em um princípio orientador do direito civil - deve se fazer presente nas relações de consumo, de modo que uma das suas principais funções - a criadora de deveres anexos - seja observada não só durante a contratação, mas também em momento anterior - quando da formação do negócio jurídico - e quando da sua execução. O dever de cooperação foi citado como um dos

mais importantes nesse tipo de relação, tendo em vista que o consumidor é considerado como vulnerável por definição.

Apesar da livre iniciativa ser um dos fundamentos da ordem econômica - de modo que o mercado possa se autorregular com a menor intervenção possível do Estado -, a defesa do consumidor deve ser promovida. Assim, no caso de aumento abusivo dos preços dos produtos e serviços por parte do fornecedor, com o objetivo de obter manifesta vantagem - lucrando de forma desmedida -, o direito do consumidor intervirá, de maneira a vedar tais práticas.

No que tange à revisão contratual no âmbito do direito do consumidor, não se exige a ocorrência de fato imprevisível como requisito necessário, sendo suficiente a presença de alguma cláusula abusiva ou qualquer fato superveniente que ocasione a quebra da base objetiva do negócio, ou seja, que passe a desequilibrar a relação, prejudicando manifestamente uma das partes.

Em tempos de pandemia, uma questão que vem ocorrendo diz respeito ao pagamento de mensalidades referentes a faculdades, escolas e cursos, cujas aulas presenciais foram suspensas com o intuito de evitar aglomerações, em prol da saúde pública. Diante da impossibilidade de manutenção da carga-horária prometida, o mais adequado é a posterior compensação dessas aulas, ou então o abatimento proporcional do preço pelas atividades suprimidas. Contudo, se as aulas forem mantidas na modalidade à distância, sugere-se, em cumprimento ao dever de cooperação, a dilatação do prazo de vencimento das obrigações, facilitando, assim, a preservação dos contratos e a manutenção da cadeia econômica. Cumpre ressaltar que esta pesquisa não tem o intuito de exaurir as questões abordadas, e sim contribuir para o debate do tema estudado, propiciando, assim, uma reflexão acerca dos impactos causados pela pandemia nas relações de consumo.

Referências

ALMEIDA, João Batista de. A revisão dos contratos no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 33, p. 143-150, jan./mar. 2000.

BORGES, Gustavo Silveira; PASQUAL, Cristina Stringari. O dever de cooperação nas relações contratuais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 971, p. 145-164, set. 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação? **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 43, p. 215-257, jul./set. 2002.

MARQUES, Cláudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da pandemia de COVID-19: pela urgente aprovação do PL 3.515/2015 de atualização do CDC e por uma moratória aos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 129, p. 47-71, mai./jun. 2020.

MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1015, p. 353-363, mai. 2020.

MORAIS, Ezequiel. Os deveres de consideração e a pandemia. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1016, p. 377-387, jun. 2020.

MUCELIN, Guilherme; D'AQUINO, Lúcia Souza. O papel do direito do consumidor para o bem-estar da população brasileira e o enfrentamento à pandemia de COVID-19. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 129, p. 17-46, mai./jun. 2020.

NICAS, Jack. He has 17,700 bottles of hand sanitizer and nowhere to sell them. **The New York Times**, 2020. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2020/03/14/technology/coronavirus-purell-wipes-amazon-sellers.html>> Acesso em: 13 de jul. de 2020.

PASQUALOTTO, Adalberto. A boa-fé nas obrigações civis. In: **O ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida. A teoria da quebra da base objetiva à luz do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 39, p. 108-136, jul./set. 2009.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. Resolução por onerosidade excessiva: pressupostos e disponibilidade. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 19, p. 61-86, abr./ jun. 2019.

16. ENTRE COROAS: OS IMPACTOS DO CORONAVÍRUS NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA

*BETWEEN CROWNS: THE IMPACTS OF CORONAVIRUSES ON REAL ESTATE
AGREEMENTS*



<https://doi.org/10.36592/9786587424149-16>

Guilherme Augusto Pinto da Silva¹

Resumo

O presente ensaio compromete-se analisar em perspectiva ampla e geral os principais impactos que a pandemia mundial, provocada pelo “Sars-cov-2”, o novo Coronavírus, trouxe aos contratos de locação, sobretudo no contexto da recente promulgação da Lei 13.874/2019, a assim denominada Lei da Liberdade Econômica e da Lei 14.010/2020, a Lei do Regime Jurídico Emergencial e Transitório da relações jurídicas de Direito Privado (RJET). Posteriormente, faz-se a análise dos principais mecanismos de revisão ou resolução dos contratos, bem como das ferramentas de manutenção dos termos da avença, na perspectiva dos principais impasses provocados pela pandemia. Palavras-chave: Coronavírus. Pandemia. Locação. Contratos. Revisão. Resolução.

Abstract

This paper undertakes to analyze in a broad and general perspective the main impacts that the global pandemic, caused by the “Sars-cov-2”, the new Coronaviruses has brought to rental contracts, especially in the context of the recent promulgation of Law number 13.874 of 2019, the so-called Economic Freedom Act and Law number 14.010 of 2020, the Emergency and Transitional Legal Regime for Private Law legal relations. Subsequently, an analysis is made of the main mechanisms for reviewing or resolving contracts, as well as tools for maintaining the terms of the agreement, in the perspective of the main impasses caused by the pandemic.

¹ Graduado, Mestre e Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Professor e Coordenador do curso de Graduação em Direito da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre-RS. Professor e Coordenador da pós-graduação (*lato sensu*) em Direito Civil e Processual Civil da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre-RS. Advogado inscrito na OAB/RS. E-mail: guilherme@fbps.adv.br; O material em questão foi apresentado para Eugênio Facchini Neto.

Keywords: Coronavirus. Pandemic. Location. Contracts. Review. Resolution.

1 Introdução

A coroação de um monarca é sempre uma atração entre os britânicos. Quando Eduardo VII sucedeu sua mãe, a Rainha Vitória, após sessenta e quatro anos de reinado, inúmeros contratos de locação de varandas (*balcony*) foram celebrados entre os proprietários de imóveis situados na rua onde se daria a procissão e as pessoas que queriam uma visão privilegiada do cortejo. Era hábito o pagamento antecipado da locação. A cerimônia com desfile do Rei Eduardo VII e da Rainha Alexandra, que estava prevista para acontecer no dia 26 de junho de 1902, precisou ser adiada dois dias antes de sua realização, por motivos de saúde do Monarca, diagnosticado com apendicite. Surgiu, então, um problema jurídico: os locatários deveriam ser reembolsados do preço pago pela locação das varandas?

Veja-se que do ponto de vista dos locadores não haveria perda do objeto do contrato, tampouco impossibilidade de sua execução: as varandas continuavam à disposição de seus locatários. Para os locatários, todavia, a locação tinha um único e exclusivo objetivo: o de acompanhar o cortejo da família real com uma visão privilegiada. Apesar de possível o uso da varanda, a transferência do desfile por motivo de saúde do monarca, inclusive com mudança da rua onde passaria o cortejo por motivos de segurança, tornou inútil o uso do espaço pelos locatários. O episódio, que ficou conhecido como *Coronation Case's*, chegou aos Tribunais Ingleses².

A repentina doença do monarca e a transferência da cerimônia de coroação de data e local, levou os Tribunais Ingleses entenderem, na ocasião, que os locatários estariam desobrigados ao pagamento dos aluguéis pactuados, a despeito das varandas permanecerem à disposição. A doença do monarca, com a consequente transferência do desfile, se tornou fato superveniente e imprevisível, que modificou as condições de fato da obrigação assumida de boa-fé.

Passados mais de cem anos do insólito e fatídico episódio, estamos novamente frente à coroa. O SARS-CoV-2, vírus identificado como agente etiológico da doença denominada Covid-19, recebeu o nome de Coronavírus, por possuir em sua estrutura

² Krell v Henry [1903] 2 K.B. 740 [1], Chandler v Webster [1904] 1 KB 493, Herne Bay Steamboat Co v Hutton [1903] 2 K.B. 683 [2], Hobson v Pattenden & Co (1903) 19 TLR 186, Clark v Lindsay (1903) 19 TLR 202, Griffith v Brymer (1903) 19 TLR 434.

o formato de Coroa. A doença de fácil contágio logo se transformou em uma pandemia mundial, provocando inúmeros reflexos jurídicos, políticos, sociais e econômicos, decorrentes das mais variadas ordens emanadas do Poder Público. As medidas provisórias, decretos estaduais e municipais trouxeram consequências severas em nome da preservação da vida e da saúde da população, tais como o fechamento de estabelecimentos comerciais considerados não essenciais e a proibição de inúmeras atividades. O *Coronation Case's* voltou mais atual do que nunca.

No insólito episódio da cerimônia de coroação do Rei Eduardo VII, os contratos de locação de varandas foram anulados pelos Tribunais Ingleses em virtude da frustração de seus respectivos propósitos (*frustration of purpose*). O debate segue atual, já que os propósitos empresariais dos locatários que viram seus estabelecimentos fechados por imposição dos decretos municipais e estaduais, igualmente estão frustrados. Pode-se dizer que a superveniência da pandemia constitui fato imprevisível que altera o suporte fático da obrigação?

A questão pode ser equacionada das mais variadas formas. Há quem defenda a aplicação da antiga e assim denominada cláusula *rebus sic stantibus*. No Direito Alemão, existe quem se socorra da Teoria da Pressuposição (Windscheid). Outros inclinam-se pela teoria da base do negócio jurídico (Oertmann e Larenz). Entre nós, não se desconhece o debate acerca da aplicação do artigo 317 do Código Civil, que trata da teoria da imprevisão, às locações. Por fim, há quem defenda o enquadramento da pandemia como caso fortuito ou força maior. Nos limites estreitos do presente ensaio, pretende-se acudir preocupação com a temática contribuindo para o debate já existente, logicamente sem a pretensão de exaurir o tema tampouco lançar soluções definitivas.

2 Brevíssimo resgate sobre o estado-da-arte das questões afeitas à imprevisibilidade e o contrato de locação imobiliária

Conforme lembra Pontes de Miranda, os sistemas jurídicos procuraram disciplinar as obrigações quanto à impossibilidade originária e impossibilidade superveniente. A rigor, não há regra jurídica aplicável para as situações em que não se inseriu cláusula no negócio jurídico, mas em que a permanência, ou pelo menos a não-mudança profunda das circunstâncias, é essencial ao negócio jurídico. A solução para

essa lacuna logo despontou por intermédio da assim denominada *cláusula rebus sic stantibus*³.

A *cláusula rebus sic stantibus* possui uma origem controvertida⁴. Há quem afirme e quem negue sua acolhida pelos romanos⁵. Há quem defenda sua implantação ao direito comum pelos esforços de Johahnn Henrich Eberhard, em um de seus três tratados para explicar os direitos alemães, de 1775⁶. A expressão, todavia, já aparecia anos antes na obra de Manuel Alvares Pegas, em 1665⁷. A *cláusula rebus sic stantibus*, abreviação da fórmula latina *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*, também é comumente atribuída a Bartolo de Sassoferrato, jurista pós-glosador do século XIV. Afóra a problemática envolvendo sua origem, o seu desenvolvimento tem como característica marcante a sua intermitência no que se refere à aceitação doutrinária. No final do século XVIII e no século XIX, a teoria da *cláusula rebus sic stantibus* perdeu força, em virtude das imprecisões herdadas dos glosadores e jusnaturalistas⁸. O pandectista Bernhard Windscheid desenvolveu a teoria da pressuposição e, referindo-se à teoria da *cláusula rebus sic stantibus*, cunhou a clássica expressão: “quando foi expulsa pela porta, ela voltou pela janela”⁹.

A teoria da pressuposição de Bernard Windscheid tinha como fundamento o fato de as partes contratantes fazerem depender a avença, ainda que de modo tácito, da existência de certas e determinadas situações não totalmente desenvolvidas, “*talvez uma conditio subintelecta*”¹⁰. O conceito de pressuposição, deste modo, abrangia além do erro a respeito dos motivos, as expectativas não realizadas e ainda certas modificações posteriores das circunstâncias do contrato. A teoria não ficou imune a

³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. vol. 25. Editor Borsoi. Rio de Janeiro. 1959. p. 215-216.

⁴ CANDELA, Tereza Giménez. La modificación de las condiciones del contrato – La cláusula “rebus sic stantibus”. **Revista Juris da Faculdade de Direito**. Fundação Armando Alvares Penteado. Volume 1. Jan-jun/2009. São Paulo: FAAP, 2009. p. 48. (ISSN 2175-2230)

⁵ FILHO, Carlos Alberto Bittar. Teoria da imprevisão: sentido atual. **Revista dos Tribunais**. vol. 679. 1992. p. 18-29.

⁶ EBERHARD, Johahnn Henrich. **Drei Abhandlungen zu Erläuterung de deutschen Rechte, I. Ab-handlung von der clausula rebus si stantibus**. Frankfurt/Leipzig. 1775. Passim.

⁷ PEGAS, Manuel Alvares. **Tractatus ie obligationibus et actionibus, tomus primus seu resolutions forenses**. 1692. p. 660.

⁸ Cf. CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Almedina. 2001. p. 938-966.

⁹ Windscheid, B. “Die Voraussetzung.” **Archiv Für Die Civilistische Praxis**, vol. 78, no. 2, 1892, p. 197. Disponível em: JSTOR <http://www.jstor.org/stable/40998480>. Acesso em 29 de junho de 2020.

¹⁰ SILVA, Clovis do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. Vol. 655. 1990. p.7-11.

críticas. Otto Lenel criticou duramente a teoria da pressuposição por admitir a existência de uma condição tácita ou implícita pressuposta por apenas uma das partes. Para Lenel, a unilateralidade de querer ou de pressuposição era incompatível com a ideia de negócios jurídicos bilaterais¹¹.

Como alternativa à teoria da pressuposição, Paul Oerteman desenvolveu a teoria da base subjetiva do negócio jurídico, que retoma a problemática e a solução proposta por Windscheid, aproximando as modificações das circunstâncias do contrato da noção de erro. A crítica feita a Oerteman consistia na impossibilidade de admitir uma nova hipótese de anulabilidade do negócio jurídico com base no erro dos motivos¹². Além da lacuna contratual, havia lacuna jurídica, já que os sistemas jurídicos não previam qualquer espécie de norma legal regulamentadora da situação.

Na evolução do debate, Karl Larenz¹³, em tentativa de diferenciar a base subjetiva da base objetiva do negócio jurídico, propôs considerar a modificação das circunstâncias contratuais como espécie de impossibilidade, sustentando que o conceito objetivo da base do negócio jurídico se vincula com a finalidade real do contrato e visa perquirir se a intenção geral dos contratantes pode ainda efetivar-se, em face das modificações econômicas circunstanciais. Noutras palavras, a base objetiva pode ser vista a um só tempo, como um conjunto de circunstâncias necessárias para que a finalidade de determinado negócio jurídico possa ser atingida. Essa finalidade seria ditada pela conduta das partes¹⁴. Menezes Cordeiro considera que a alteração das circunstâncias tem uma solução a nível das normas que, em termos materiais, estejam orientadas para a repartição de riscos, admitindo a intervenção de regras relativas à impossibilidade total ou parcial das prestações¹⁵. Veja-se que relativamente ao célebre *Coronation's Case*, pode-se enquadrar a questão sob o prisma da base do negócio jurídico ou da cláusula *rebus sic stantibus*, mas também há quem defenda a resolução do problema sob a perspectiva da impossibilidade superveniente

¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. vol. 25. Editor Borsoi. Rio de Janeiro. 1959. p. 222.

¹² SILVA, Clovis do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. Vol. 655. 1990. p.7-11

¹³ LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Trad. de Carlos Fernández Rodríguez. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956. passim.

¹⁴ FREGNI, Gabriella. A base objetiva do negócio jurídico e as consequências da sua quebra. **Revista de Direito Privado**. vol. 39. 2009. p. 3.

¹⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Almedina. 2001. p. 1.092.

da prestação ou, ainda, da vedação ao enriquecimento sem causa¹⁶.

As questões afeitas à imprevisibilidade nos negócios jurídicos também podem ser encontradas no contexto do surgimento da Lei de autoria do Deputado Francês Auguste Gabriel Failliot. Antes de se tornar político e parlamentar, Failliot foi um homem de negócios, o que lhe deu peculiar sensatez enquanto legislador. Seu último mandato como deputado, de 26 de abril de 1914 a 07 de dezembro de 1919, coincidiu com a eclosão da Primeira Guerra Mundial. Em 23 de janeiro de 1918, portanto no último ano da Primeira Guerra Mundial, que findou em novembro, foi publicada a assim denominada Lei Failliot. A Lei de caráter transitório permitia a intervenção judicial nos negócios jurídicos em um contexto de pós-guerra e de resistência da Corte de Cassação Francesa em revisar contratos. Embora não tenha sido a primeira norma jurídica a reconhecer a teoria da imprevisão¹⁷, é lembrada como importante fato histórico no sentido de flexibilizar o *pacta sunt servanda* e como importante fundamento para o desenvolvimento da assim denominada teoria da imprevisão.

No Brasil, a pandemia mundial provocada pelo novo coronavírus também exigiu intervenção legislativa, a exemplo do que ocorreu na França durante a primeira Guerra Mundial. A Lei 14.010 de 20 de junho de 2020, assim denominada Lei do Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado, procurou disciplinar algumas questões emergentes. O artigo 9º do Projeto que deu origem à Lei, que impedia a concessão de liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo, foi objeto de veto presidencial. Assim, a disciplina jurídica aplicável relativamente às questões afeitas ao contrato de locação imobiliária, continua sendo a da Lei 8.245 de 18 de outubro de 1991. O contrato de locação imobiliária foi diretamente impactado pelas restrições impostas pelos poderes públicos municipais e estaduais, podendo ser compreendido sob o viés da locação residencial e não residencial.

No que concerne às locações imobiliárias residenciais, a pandemia não possui o condão de alterar a base do negócio jurídico ou provocar alguma situação capaz de afetar significativamente a finalidade precípua do contrato que é a moradia. As

¹⁶ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Almedina. 2001. p.1.094.

¹⁷ Otávio Luiz Rodrigues Jr lembra que, na Itália, o Decreto Real nº 739, de 27 de maio de 1915, já admitia a intervenção judicial nos contratos, assim como os arestos do Conselho de Estado, anteriores a 1918, demonstravam fissuras na obrigatoriedade absoluta dos contratos. Cf. RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.52

restrições impostas pelo condomínio – e não pelos locadores – atendendo às prescrições municipais e/ou estaduais, nas áreas de uso comum, não impedem o exercício da posse sobre o bem objeto da locação.

Uma questão que afeta o aspecto relativo ao adimplemento das prestações nos contratos de locação residencial, diz respeito à redução da jornada de trabalho do locatário, suspensão do contrato de trabalho ou ainda situação de desemprego. Embora o empobrecimento populacional e a recessão econômica sejam consequências da pandemia, não se pode considerar essas circunstâncias como aptas a alterar o sinalagma contratual, tampouco pode ser enquadrada como circunstância imprevisível de modo a permitir a intervenção judicial no contrato para reequilíbrio das prestações. Os reflexos da pandemia, reclamam a aplicação do artigo 18 da Lei 8.245 de 1991, que prescreve um dever de (re)negociação entre as partes para que “de comum acordo”, possam pactuar “novo valor para o aluguel, bem como inserir ou modificar cláusula de reajuste”. As consequências que a pandemia trará ao mercado imobiliário, ainda não são mensuráveis, mas a revisão judicial do aluguel, na hipótese de inexistência de acordo, também vem prevista pelo artigo 19 da mesma Lei especial.

No que toca às locações imobiliárias não residenciais, ou seja, para fins comerciais, a questão toma outra feição. Inúmeros decretos restringiram atividades consideradas não essenciais, e, em casos mais extremos, os locatários ficaram privados do acesso ao imóvel. Demandas aportaram ao Poder Judiciário ora com pleito de redução no valor dos locativos, ora de suspensão de exigibilidade dos locativos durante o período da pandemia, com os mais variados argumentos. Cumpre-nos examinar, sob diversas conformações, como pode-se responder adequadamente ao problema sob o enfoque específico da locação não residencial.

3 Força maior, mora e o tratamento do inadimplemento parcial ou total por circunstâncias imprevisíveis

O contrato de locação para fins não residenciais tem seu cumprimento continuado mediante a satisfação da prestação, que é pecuniária, ou seja, a prestação do locatário é a de dar dinheiro. A impossibilidade temporária de abrir uma loja no imóvel locado não impede o locatário de dar dinheiro ao locador no prazo estipulado para vencimento, ainda que não se tenha receita durante o período em que imposta a

suspensão das atividades empresariais¹⁸, ou com uma queda abrupta de receita, reflexo das recomendações de isolamento físico.

Essa situação não pode ser enquadrada como situação de força maior ou de caso fortuito, consoante prescreve o artigo 393 do Código Civil. Não há um obstáculo invencível para entrega da prestação do locatário ao locador, em virtude do fato dessa prestação se dar mediante a entrega de dinheiro. A pandemia, até onde se sabe, será passageira como tantas outras foram. O fato de o locatário não poder desempenhar a sua atividade, também não soa como caso fortuito ou força maior, pois se assemelha à situação do locatário desempregado na locação para fins residenciais. Não há ânimo de definitividade na situação. Portanto, não se revela adequado enquadrar a pandemia, nos contratos de locação, como circunstância caracterizadora de caso fortuito ou de força maior, sob pena de o argumento alcançar todas as relações jurídicas contratuais entabuladas pelo locatário, junto a colaboradores, prestadores e fornecedores, por exemplo.

Com efeito, a alocação de riscos é inerente à atividade empresária e o locador não pode ser considerado “sócio” do locatário para divisão proporcional dos prejuízos. Circunstâncias excepcionais devem integrar o cômputo do custo da atividade que sempre visa o lucro. Empresas que alocaram capital para suportar um risco maior, suportarão o pagamento dos locativos sem esforços. Empresas menores, que fizeram afetação de capital inferior, para suportar riscos menores, terão um impacto de maior monta em seus lucros. O fato é que isso não permite o emprego da categoria da força maior ou do caso fortuito nos contratos de locação, embora se reconheça que a categoria jurídica possa alcançar outras espécies de prestações obrigacionais que não a locação.

Mantendo-se hígidos os termos da avença pactuada, o seu inadimplemento no termo avençado caracteriza mora do locatário. A Lei do Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado não contemplou nenhuma espécie de moratória aos contratos de locação. Assim andou bem o legislador, pois não cabe ao Estado renunciar a capital que não lhe é próprio, tampouco ingerir sobre o exercício da vontade livre dos contratantes. Não se desconhece da existência de

¹⁸ No mesmo sentido: SIMÃO, José Fernando Simão. **Pandemia e locação – algumas reflexões necessárias após a concessão de liminares pelo Poder Judiciário. Um diálogo necessário com Aline de Miranda Valverde Terra e Fábio Azevedo.** Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/71AD0005D5AFC3_locacao.pdf. Acesso em 29.06.2020

inúmeros Projetos de Lei, em tramitação na Câmara, com proposta de moratória nas mais variadas espécies de obrigações civis. O fato é que, por ora, a ordem jurídica vigente não alcança suporte legal para afastar a mora ou dilatar o prazo para cumprimento das obrigações sem a incidência das consequências legais e contratuais livremente estipuladas pelas partes.

Outra solução bastante debatida, embora em uma primeira leitura se revele contraditória, diz respeito à invocação da teoria da imprevisão para pleito de revisão judicial dos contratos de locação. A recentíssima Lei 13.874 de 20 de setembro de 2019, que instituiu a “Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, alterou a redação do artigo 421 do Código Civil, incluindo no parágrafo único do dispositivo o “princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual” nas relações contratuais entre sujeitos de direito privado. A pretensão de revisão contratual amparada pelo artigo 317 do Código Civil – e não pela Lei de Locações – parece adequada como forma de atender ao princípio da conservação dos contratos, e, se vê viabilizada pelo permissivo da excepcionalidade previsto no parágrafo único do artigo 421 do Código Civil. Aline de Miranda Valverde Terra equaciona a questão utilizando-se, por analogia, do regramento da deterioração inimputável da coisa, prevista no artigo 567 do Código Civil, segundo o qual “se, durante a locação, se deteriorar a coisa alugada, sem culpa do locatário, a este caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou resolver o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim a que se destinava”¹⁹. Se assim entendermos, a redução, pura e simples do valor do locativo por analogia à deterioração da coisa, implicará na imediata transferência dos riscos do negócio do locatário ao locador. Não soa adequado eximir o locador, empresário, dos riscos do negócio. Ademais, consoante reconhece a própria autora, encontra-se uma série de dificuldades em calcular em que proporção o valor do locativo deveria ser reduzido e se essa redução seria temporária ou definitiva. Daí a razão pela qual não parece adequada à aplicação do artigo 567 do Código Civil à pretensão de revisão do valor do locativo.

Aline de Miranda Valverde Terra acerta, todavia, ao qualificar a restrição sofrida pelo locatário como uma impossibilidade superveniente parcial e temporária. A superveniência se verifica em virtude do advento da pandemia após a celebração do

¹⁹ TERRA, Aline Miranda Valverde. Covid-19 e os contratos de locação em shopping center. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/322241/covid-19-e-os-contratos-de-locacao-em-shopping-center>. Acesso em 29.06.2020.

contrato. A impossibilidade parcial de cumprimento da prestação se dá em virtude da afetação do uso do imóvel, que vai acontecer em maior ou menor grau, a depender da atividade exercida no imóvel e do impacto que os regulamentos municipais e estaduais lhe ocasionaram. Não é possível defender uma impossibilidade total de uso do imóvel, pois mesmo em situações mais extremas, o locatário conserva a posse de imóvel, inexistindo esbulho possessório do locador ou do Poder Público. A impossibilidade de uso do imóvel, ainda, se qualifica como temporária, pois estima-se que as restrições impostas pelo Poder Público não sejam definitivas²⁰.

4 A base do negócio jurídico e seus efeitos

José Fernando Simão faz uma enfática e acertada advertência: “esqueçam a força maior e pensem na base do negócio”²¹. A coroa do vírus e a coroa do Rei Eduardo VII parecem se entrelaçar. Quando se fala de quebra da base do negócio jurídico, não se pretende instaurar um juízo de equidade para reequilibrar a avença. Tampouco está a se reclamar a incidência da boa-fé e seus corolários como critério de intervenção no âmbito das disposições contratuais pactuadas entre locador e locatário. Não raras são as situações em que a categoria da base do negócio jurídico é erroneamente confundida com a boa-fé²² ou a equidade²³. Neste sentido, Clóvis do Couto e Silva refere que a teoria da base objetiva do negócio jurídico é, em verdade, produto da tensão entre o contrato e a realidade econômica²⁴. Com efeito, é imperiosa a análise minuciosa das duas questões postas como alicerce da base do negócio jurídico – o contrato e a realidade econômica.

No que concerne ao contrato, não se pode olvidar que a principiologia liberal que teve inspiração francesa, não cedeu ou foi revogada pelos princípios sociais positivados pelo Código Civil de 2002. Significa dizer que a autonomia da vontade, a autonomia contratual, o *pacta sunt servanda* e o princípio da relatividade dos efeitos

²⁰ Idem.

²¹ SIMÃO, José Fernando Simão. “O contrato nos tempos da COVID-19”. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio. Disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/8CF00E104BC035_covid.pdf. Acesso em 29.06.2020.

²² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Almedina. 2001. p.1.081.

²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. vol. 25. Editor Borsoi. Rio de Janeiro. 1959. p.226-227.

²⁴ SILVA, Clovis do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. Vol. 655. 1990. p. 7-11.

dos contratos podem e devem coexistir, com os princípios sociais da equivalência material ou do equilíbrio econômico, com a função social e com a boa-fé objetiva. A presença do Estado intervencionista, todavia, inegavelmente mitiga ou limita a força ilimitada e vinculante outrora emprestada à principiologia liberal²⁵. Nesta linha, o princípio da conservação dos contratos assume uma condição de prevalência relativamente ao princípio da equivalência material ou do equilíbrio econômico, em detrimento da possibilidade de resolução do negócio jurídico, que deve ter aplicação residual e excepcional.

Para atender ao princípio da conservação dos contratos, há de se reequilibrar as prestações atingidas pelo cenário da pandemia mundial do Covid-19. Se o contrato foi celebrado com certa base objetiva, ou seja, determinadas circunstâncias constituíam o propósito contratual e essas circunstâncias se alteraram por fato imprevisível, o contrato pode ser resolvido ou revisto. O equilíbrio inicial entre as prestações desaparece a partir do momento em que o locatário fica privado do uso do imóvel em virtude das consequências da pandemia e dos reflexos dos atos governamentais. O contrato de locação para fins não residenciais, contraído com o propósito do exercício da atividade empresária, não consegue mais corresponder à vontade das partes contratantes.

Não se pode olvidar, por outro lado, que a manutenção do vínculo contratual interessa ao sistema jurídico como um todo²⁶ e é fundamental para a retomada da economia, sobretudo em um cenário no qual, em um intervalo de seis pregões da bolsa de valores, o *circuit breaker* foi acionado por cinco vezes, interrompendo as negociações e resultando em uma queda de mais de 14% no índice Ibovespa. Portanto, no contexto da realidade econômica, apontada por Clóvis do Couto e Silva como alicerce da base objetiva do negócio jurídico, todos os esforços devem ser concentrados na manutenção no vínculo contratual.

O restabelecimento do equilíbrio contratual mediante intervenção judicial, encontra fundamento no artigo 317 do Código Civil. Muitos contratos que foram celebrados em um contexto de equilíbrio contratual, tiveram sua base jurídica devastada pelo cenário econômico da pandemia. O contrato de locação para fins não

²⁵ SANTOS, Fabíola Meira de Almeida Santos. A teoria da quebra da base objetiva à luz do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Privado**. vol. 39. 2009. p.108-136.

²⁶ SIMÃO, José Fernando Simão. “O contrato nos tempos da COVID-19”. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio. Disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivos_covid.pdf. Acesso em 29.06.2020.

residenciais é posto em evidência, já que as medidas restritivas atingem diretamente o comércio em geral. A questão que se coloca, todavia, diz respeito ao estabelecimento de critérios gerais e específicos de revisão com a finalidade de reequilibrar o contrato.

Um critério geral a ser tomado como referência para revisão dos valores dos locativos, nos casos de locações não residenciais, diz respeito ao percentual de queda do faturamento da empresa locatária e, conseqüentemente, do lucro na atividade desenvolvida. Medidas de contenção como demissão de colaboradores, férias coletivas e outras previstas nas Medidas Provisórias recentemente editadas, como a suspensão de contrato de trabalho também devem ser consideradas. O percentual aplicado à título de redução do valor dos locativos, pode ser diferido para pagamento quando do restabelecimento da normalidade de faturamento da empresa, em comparativo com exercícios anteriores. Em caso mais específicos em que o prognóstico de retomada de receitas seja longínquo, o valor do locativo deve ser reduzido temporariamente, a um patamar mínimo. O período de diferimento e o valor das prestações deve ser constantemente reavaliado, em virtude das rápidas mudanças e dos efeitos ainda imprevisíveis da pandemia. Conforme José Fernando Simão, “diferir-se no tempo parte da prestação devida afastando-se os encargos da mora é forma de recomposição do sinalagma contratual”²⁷.

Critérios específicos podem ser apontados como forma de equacionar peculiaridades afeitas ao ramo de atuação das empresas locatárias e as condições econômicas do locador. Uma empresa que atue no ramo de supermercados, possivelmente tenha tido um incremento de receita e lucro, durante o período da pandemia. Não se justifica qualquer revisão no sentido de diminuir valores dos locativos. Pode-se cogitar, remotamente, de uma revisão do locador para exigir aumento de preço na perspectiva de uma equivalência relativamente aos efeitos maléficos ou benéficos, se é que se pode assim dizer, da pandemia. Portanto a atividade desempenhada pelo locador pode ganhar contornos de um critério específico que prescreverá a solução a ser adotada. Por outro lado, a situação do locador, dono de um único imóvel, que usa da renda dos locativos para manutenção de sua subsistência, também deve ser considerada no momento de fixação de novo valor do locativo. Uma

²⁷ SIMÃO, José Fernando Simão. “O contrato nos tempos da COVID-19”. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio. Disponível em https://www.migalhas.com.br/_covid.pdf. Acesso em 29.06.2020

repartição dos sacrifícios e divisão de prejuízos, desde que aplicada comedidamente, contribuí para a manutenção do vínculo contratual havido entre as partes.

No âmbito dos contratos de locação imobiliária para fins não residenciais, os reflexos da pandemia do Covid-19 comportam uma melhor solução sob o prisma da revisão contratual, sob argumento da quebra da base do negócio jurídico, fundamentados pelo artigo 317 do Código Civil e alicerçados em critérios gerais e especiais que o caso concreto demandar. Soluções que imponham a resolução contratual ou a moratória compulsória, devem ser evitadas ao máximo²⁸, sob pena de colapsar a retomada da economia implicar em renúncia, pelo Estado-juiz, a capital alheio sem amparo legal. Por fim, incumbe analisar o princípio da boa-fé objetiva no contexto do dever de renegociar.

5 O dever de renegociar como corolário da boa-fé objetiva

A pandemia do Covid-19 está exigindo esforços, renúncias e sacrifícios econômicos nas mais variadas atividades. Entende-se que na perspectiva do princípio da conservação dos contratos, essa divisão de prejuízos possa se dar através de uma renegociação dos termos contratuais. A doutrina alemã entende que a renegociação (*Neuverhandlungspflichte*) está atrelada ao dever de cooperação, corolário do princípio da boa-fé objetiva, sobretudo em situações em que há quebra da base objetiva do negócio²⁹. Significa dizer, que soluções alternativas podem e devem ser alcançadas pelos próprios contratantes para preservar o cumprimento de seus contratos³⁰. Para evitar a exceção da ruína, desta maneira, o contrato se tornaria reflexo da adaptação bilateral e cooperativa das condições do contrato.

Na Alemanha esse dever de renegociação é tão forte, que o *Bundesgerichtshof* já afirmou que “a violação da obrigação de colaborar para revisão do contrato pode

²⁸ Neste sentido é o Enunciado nº 176 do Conselho da Justiça Federal: “Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual.”

²⁹ GOMES, Josiane Araújo. Os contratos de plano de saúde à luz da boa-fé objetiva. **Revista de Direito Privado**, vol. 60, 2014, p. 217-234.

³⁰ SCHREIBER, Anderson. **Devagar com o andor: coronavírus e contratos – importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322357/devagar-com-o-andor-coronavirus-e-contratos-importancia-da-boa-fe-e-do-dever-de-renegociar-antes-de-cogitar-de-qualquer-medida-terminativa-ou-revisional>. Acesso em: 29.06.2020.

gerar pretensões indenizatórias³¹". Na Itália, o artigo 1467 do Código Civil contém dispositivo expresso no qual coloca a modificação equitativa das condições do contrato como forma de evitar a resolução, mediante uma revisão contratual convencional. O modelo é contraditório, pois condiciona a revisão dos termos contratuais à vontade exclusiva de um dos contratantes, restando ao outro o ônus da anulação ou resolução do contrato, com expectativa de oferta de revisão do pacto pela contraparte³². Os modelos encontráveis no direito comparado não são imunes a críticas, mas são um indicativo de que os sistemas jurídicos demonstram alguma sensibilidade em admitir a renegociação dos termos de um contrato como um dever comportamental.

Não há disposição semelhante no direito brasileiro e o silêncio do legislador acaba atraindo um comportamento não colaborativo das partes, que traz como consequência imediata do desequilíbrio contratual o ajuizamento de demanda judicial com pedido de revisão. Conforme Anderson Schreiber, a construção jurídica de um dever de renegociação, no direito brasileiro, não depende de previsão legal expressa, podendo o dever de renegociar ser extraído do princípio da boa-fé objetiva, previsto no artigo 422 do Código Civil. Esse dever jurídico de renegociação não exige a obtenção de um resultado efetivo, no sentido de revisar os termos da avença, mas resulta na construção de uma conduta que se desdobra em duas etapas: "(a) o dever de comunicar prontamente a contraparte acerca da existência do desequilíbrio contratual identificado; (b) o dever de suscitar uma renegociação que possibilite o reequilíbrio do contrato ou de responder a proposta nesse sentido, analisando-a seriamente."³³. Noutras palavras, o dever de renegociar afigura-se como uma atividade de meio e não de resultado.

Naturalmente o contexto da pandemia não estabelece um ambiente ideal para negociações ou renegociações, em virtude dos inúmeros preceitos normativos que não indicam ou até mesmo proíbem encontros presenciais. O argumento comumente utilizado é de que o ambiente virtual proporciona o encontro e atinge a finalidade da renegociação, fazendo com que as partes criem um ambiente de diálogo profícuo e

³¹ No original: "Die Verletzung der Verpflichtung, an der Anpassung des Vertrages mitzuwirken, kann Schadensersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB auslösen. Zu einem Rücktritt vom Vertrag berechtigt sie die benachteiligte Partei nur unter den Voraussetzungen des § 313 Abs. 3 BGB". BGH, Urteil vom 30. September 2011 - V ZR 17/11.

³² SCHREIBER, Anderson. Construindo um dever de renegociar no Direito Brasileiro. **Revista Interdisciplinar de Direito**. Faculdade de Direito de Valença. Vol. 16. 2018. p. 13-42.

³³ SCHREIBER, Anderson. Construindo um dever de renegociar no Direito Brasileiro. **Revista Interdisciplinar de Direito**. Faculdade de Direito de Valença. Vol. 16. 2018. p. 13-42.

esclarecedor acerca da situação de desequilíbrio contratual que vivenciam no contexto da pandemia. O mesmo esforço tem sido imprimido pelo próprio Poder Judiciário, que passou a admitir a realização da audiência prévia de tentativa de conciliação, ou sessão de mediação, previstas no artigo 334 do Código de Processo Civil, de forma virtual.

Os números dirão se as dificuldades no manejo e no acesso às tecnologias ou até mesmo o ambiente virtual, serão capazes de alcançar conciliações exitosas em número maior, menor ou igual àquelas realizadas presencialmente. Por fim, cabe a análise das decisões judiciais proferidas até então, sobre a problemática afeita aos impactos da pandemia do coronavírus nos contratos de locação.

6 Casuística brasileira

As primeiras decisões acerca da problemática envolvendo as locações imobiliárias e os efeitos da pandemia causada pelo novo Coronavírus, apresentam fundamentos e soluções das mais variadas, muitas proferidas, ainda, em caráter liminar. Em sede de segundo grau são escassas as decisões a respeito do tema. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, igualmente, encontram-se raras decisões monocráticas. Deste modo, nos cabe a análise superficial das decisões até então encontradas acerca da problemática.

No Estado da Paraíba, a juíza Silvana Carvalho Soares, da 4ª Vara Cível da Capital, deferiu parcialmente tutela antecipada para determinar redução do pagamento de aluguéis, no patamar de cinquenta por cento, até o término do estado de emergência decretado em virtude da pandemia do Coronavírus. A decisão foi proferida nos autos da ação nº 0822259-75.2020.8.15.2001 e teve como partes um estabelecimento comercial que funcionava no aeroporto Castro Pinto e a empresa Aeroportos do Nordeste do Brasil S.A. A magistrada salientou em razões de decidir, invocando o artigo 478 do Código Civil, que “*a suspensão integral do pagamento do aluguel acabaria por transferir todo o ônus desse momento delicado para a parte promovida, que também sofrerá em suas finanças nesse momento de instabilidade.*”

Na 24ª Vara Cível de Brasília, o magistrado concedeu medida liminar para limitar em cinquenta por cento o aluguel devido por um restaurante, podendo a medida ser reavaliada periodicamente, conforme o desenvolvimento da pandemia. Na decisão proferida nos autos do processo número 0713297-63.2020.8.07.0001, o juiz ressaltou que é notória a situação de dificuldade de inúmeros estabelecimentos

comerciais, sendo inegável o impacto sobre o faturamento da empresa. Em razões de decidir, entendeu adequada a aplicação do artigo 317 do Código Civil, tendo em vista o evento imprevisível e inevitável que incide sobre a base do negócio jurídico, desequilibrando as prestações.

Na 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a Desembargadora Jucelana Lurdes Pereira dos Santos, entendeu, nos autos do Agravo de Instrumento nº 5019512-73.2020.8.21.7000/RS, que o percentual de redução dos locativos na proporção de cinquenta por cento atende à proporcionalidade. No entender da referida relatora, que foi acompanhada por unanimidade do colegiado, a redução dos aluguéis não deve ter como único parâmetro a queda da receita da empresa recorrente, pois do outro lado da locação está o locador agravado, que tem no contrato fonte de renda e também sofre as consequências do cenário econômico atual. Com fundamento no artigo 317 do Código Civil e salientando que a situação vivenciada é inédita e necessita de medidas inovadoras, a relatora reconheceu a alteração da base objetiva do contrato por circunstância excepcional e imprevisível, mantendo o percentual de redução dos locativos em cinquenta por cento e negando provimento ao recurso que visava ampliar o percentual de redução dos locativos.

Em São Paulo, o juiz Fernando Henrique Oliveira Biolcati, da 22ª Vara Cível, concedeu liminar nos autos da Tutela Cautelar Antecedente nº 1026645-41.2020.8.26.0100 para reduzir o valor do aluguel pago por um restaurante em trinta por cento, enquanto durar a crise sanitária. Com fundamento no artigo 317 do Código Civil, o magistrado referiu que para revisão do valor do aluguel é necessário demonstrar a alteração da base objetiva do contrato em razão de circunstância excepcional.

A grande maioria das decisões até então prolatadas reconhece, embora sob os mais diversos fundamentos, que o contrato de locação deve ser excepcionalmente revisto, em virtude da pandemia provocada pelo novo coronavírus. O fato é que das decisões encontradas até então, nenhuma estabeleceu critérios isonômicos e uniformes de intervenção justificada. O tema ainda é deveras incipiente. Novas Leis ou Decretos podem alterar, abruptamente, os fundamentos sobre os quais se assentam as decisões até então prolatadas pelo Poder Judiciário. A alteração da base do negócio jurídico é fenômeno dinâmico que exige constante revisão dos contratos, pelo Poder Judiciário, para (re)estabelecer o equilíbrio das prestações, até que os efeitos da pandemia sejam afastados e a normalidade se restabeleça.

Considerações finais

A pandemia do novo coronavírus tem provocado inúmeras reflexões. Essa é apenas mais uma delas, que tem a finalidade de contribuir para o debate já instaurado sobre o tema dos efeitos da pandemia aos contratos de locação. Não há, obviamente, pretensão de exaurir a temática, tampouco de lançar soluções definitivas, já que a pandemia indica rápidas, profundas e diuturnas transformações nas relações entre os sujeitos de direito privado.

Uma brevíssima incursão histórica nos fez perceber que, muito embora não se tenha notícia, na história recente, de uma pandemia de dimensões como a do novo coronavírus, o direito já precisou alcançar resposta a problemas semelhantes, como no célebre *coronation's case*. O distanciamento do Estado intervencionista nos contratos entre os sujeitos de direito privado, que se pretendia garantir por intermédio da Lei 13.874 de 2019, a assim denominada Lei da Liberdade Econômica, foi posto à prova e não subsistiu. Mesmo em contratos entre empresas, a intervenção Estatal foi postulada judicialmente sob o argumento da imprevisibilidade. Haverá um sensível aumento de demandas desta natureza caso os efeitos da pandemia se mantenham no médio e longo prazo.

Na evolução do debate em torno das questões afeitas à imprevisibilidade nos contratos, parece adequada, à problemática relacionada aos contratos de locação, sobretudo os não residenciais, a interpretação que vincula a necessidade de revisão para reequilíbrio das prestações com fundamento na teoria da quebra da base do negócio jurídico, em detrimento da forçosa aplicabilidade das categorias jurídicas do caso fortuito ou da força maior. A quebra da base do negócio jurídico, todavia, não pode ser presumida. Deve ser cabalmente demonstrada e sua caracterização, periodicamente revista.

A boa-fé, embora possa nos indicar um dever de negociação extrajudicial, não deve ser utilizada como argumento de revisão judicial das prestações. A função social, do mesmo modo, não pode ser interpretada sob o viés exclusivo de uma das partes. Embora o artigo 317 do Código Civil permita uma interpretação mais abrangente, a intervenção judicial nos contratos de locação com argumento de equidade, ou, ainda, de proporcionalidade, é medida extrema e excepcionalíssima. Numa palavra final, podemos dizer: o debate parlamentar nunca foi tão importante e a necessidade de uma legislação que contemple os efeitos da pandemia nunca foi tão urgente.

Referências Bibliográficas

BGH, Urteil vom 30. September 2011 - V ZR 17/11.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Almedina. 2001.

FREGNI, Gabriella. A base objetiva do negócio jurídico e as consequências da sua quebra. **Revista de Direito Privado**. vol. 39. 2009.

GOMES, Josiane Araújo. Os contratos de plano de saúde à luz da boa-fé objetiva. **Revista de Direito Privado**. vol. 60. 2014.

LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Trad. de Carlos Fernández Rodríguez. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. vol. 25. Editor Borsoi. Rio de Janeiro. 1959.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SANTOS, Fabíola Meira de Almeida Santos. A teoria da quebra da base objetiva à luz do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Privado**. vol. 39. 2009.

SCHREIBER, Anderson. Construindo um dever de renegociar no Direito Brasileiro. **Revista Interdisciplinar de Direito**. Faculdade de Direito de Valença. Vol. 16. 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Devagar com o andor: coronavírus e contratos – importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322357/devagar-com-o-andor-coronavirus-e-contratos-importancia-da-boa-fe-e-do-dever-de-renegociar-antes-de-cogitar-de-qualquer-medida-terminativa-ou-revisional>. Acesso em: 29.06.2020.

SILVA, Clovis do Couto e. A teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. Vol. 655. 1990.

SIMÃO, José Fernando Simão. **“O contrato nos tempos da COVID-19”. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio**. Disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/8CF00E104BC035_covid.pdf.

SIMÃO, José Fernando Simão. **Pandemia e locação – algumas reflexões necessárias após a concessão de liminares pelo Poder Judiciário. Um diálogo necessário com Aline de Miranda Valverde Terra e Fábio Azevedo**. Disponível em:

https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/71AD0005D5AFC3_locacao.pdf.
Acesso em 29.06.2020

TERRA, Aline Miranda Valverde. **Covid-19 e os contratos de locação em shopping center.** Disponível em:
<https://www.migalhas.com.br/depeso/322241/covid-19-e-os-contratos-de-locacao-em-shopping-center>. Acesso em 29.06.2020.

17. INOVAÇÃO NA SAÚDE DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19: O DESAFIO DO DESENVOLVIMENTO E DA AUTOSSUFICIÊNCIA DA INDÚSTRIA NACIONAL DE FÁRMACOS E PRODUTOS RELACIONADOS

INNOVATION IN HEALTH DURING THE COVID-19 PANDEMIC: THE CHALLENGE OF DEVELOPMENT AND SELF-SUFFICIENCY OF THE NATIONAL DRUGS AND RELATED PRODUCTS INDUSTRY



<https://10.0.142.240/9786587424149-17>

Luciana Berbigier Lucas¹

Resumo

A COVID-19 é a doença causada pelo vírus SARS-CoV-2, usualmente denominado novo coronavírus, a qual foi identificada pela primeira vez em dezembro de 2019 na China. Trata-se de uma doença altamente contagiosa, que causa efeitos nocivos ao organismo humanos e com alto nível de mortalidade. Tais fatores aliados à inexistência, até o presente momento, de um medicamento eficaz contra a doença ou de uma vacina capaz de estimular uma resposta imunológica do organismo contra o vírus, demonstra a importância das pesquisas na área da saúde e do desenvolvimento da indústria nacional de insumos farmacológicos. O Brasil, apesar de possuir ampla biodiversidade e visar autonomia tecnológica, não é autossuficiente na produção de fármacos e produtos relacionados. Diante disso, o presente artigo visa analisar o desafio do desenvolvimento e da autossuficiência da indústria nacional numa época de crise sanitária e social gerada pela pandemia de COVID-19. Para tanto, primeiramente serão abordadas aspectos gerais da inovação na área da saúde. Em seguida, o texto tratará sobre o desafio do desenvolvimento e da autossuficiência da indústria nacional de fármacos e produtos relacionados. Ao final, breves considerações sobre o tema serão expostas.

Palavras-chave: Crise Sanitária. Inovação na Saúde. Autossuficiência da Indústria Nacional. Fármacos.

¹Advogada Pública. Doutoranda em Direito pela PUCRS. Bolsista CAPES. luciana.lucas@edu.pucrs.br. <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4242450E4>; O material em questão foi apresentado para publicação pela mesma instituição, em junho de 2020, sob orientação e coordenação do Professor Doutor Ricardo Lupion.

Abstract

COVID-19 is the disease caused by the SARS-CoV-2 virus, usually called the new coronavirus, which was first identified in December 2019 in China. The lack of an effective drug against the disease or a vaccine capable of stimulating an immune response of the body against the virus demonstrates the importance of health research and the development of the national pharmaceutical products industry. Brazil, despite having wide biodiversity and aiming at technological autonomy, is not self-sufficient in the production of drugs and related products. Therefore, this article aims to analyze the challenge of development and self-sufficiency of the national industry in a time of health and social crisis generated by the pandemic of COVID-19. To do so, first general aspects of innovation in health will be addressed. Then, the text will address the challenge of the development and self-sufficiency of the national pharmaceutical and related products industry. At the end, brief considerations on the topic will be exposed. Keywords: Health Crisis. Innovation in Health. National Industry Self-Sufficiency. Drugs.

I Introdução

A COVID-19 é a doença causada pelo vírus SARS-CoV-2, usualmente denominado novo coronavírus, a qual foi identificada pela primeira vez em dezembro de 2019 na China. A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, em 30 de janeiro de 2020, que o surto da doença constituía uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional. Segundo este regulamento, a ESPII é atribuída a *um evento extraordinário que pode constituir um risco de saúde pública para outros países devido a disseminação internacional de doenças; e potencialmente requer uma resposta internacional coordenada e imediata* (OPAS, 2020).

Em 11 de março de 2020, a OMS declarou que a doença constituía uma pandemia, referindo-se não à sua gravidade, mas à sua distribuição geográfica. Na prática, a designação assume que, naquele momento, existem surtos da enfermidade em vários países e regiões do mundo (OPAS, 2020).

No Brasil, o primeiro caso de COVID-19 foi confirmado em 26 de fevereiro de 2020, data a partir da qual houve rápida propagação do vírus em todo o território

nacional. Em 17 de março de 2020, ocorreu o primeiro óbito decorrente da moléstia no país (OLIVEIRA, 2020).

Até o dia 29 de junho de 2020, haviam sido diagnosticados 1.368.195 casos de pessoas infectadas pelo SARS-CoV-2 no Brasil, tendo havido o óbito de 58.314 delas (BRASIL, 2020).

A gravidade da crise sanitária e o fato de inexistir, até o presente momento, um medicamento eficaz contra a doença ou uma vacina capaz de estimular uma resposta imunológica do organismo contra o vírus, evidencia de forma cristalina a importância das pesquisas na área da saúde e do desenvolvimento de novos produtos ou funcionalidades na área da saúde.

Ocorre que, apesar do enorme potencial em pesquisa decorrente da ampla biodiversidade nacional e da autonomia tecnológica ser um objetivo estabelecido constitucionalmente, o Brasil não é autossuficiente na produção de insumos farmacológicos. Diante disso, o presente estudo tem por objeto analisar o desafio do desenvolvimento e da autossuficiência da indústria nacional de fármacos e produtos relacionados numa época de crise sanitária e social gerada pela pandemia de COVID-19.

II Noções gerais sobre a inovação na área da saúde

Antes de adentrar no tema específico do desafio do desenvolvimento e da autossuficiência da indústria nacional de fármacos e produtos relacionados, serão abordadas noções gerais sobre inovação na área da saúde.

De plano, cabe apresentar o conceito de inovação segundo o art. 2º, inciso IV, da Lei nº 10.973/2004, chamada Lei de Inovação:

IV - inovação: introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho (BRASIL, 2004).

Percebe-se, portanto, que inovação não está adstrita a produtos, englobando também serviços e processos. Ademais, não consiste apenas em algo inédito, podendo ser caracterizada pela introdução de uma nova funcionalidade ou característica que

traga melhoria ou aumento de qualidade ou desempenho a algo já existente.

Em razão da sua complexidade, a saúde é uma área que demanda constante aprimoramento de processos e técnicas, bem como desenvolvimento de novos itens industriais, como medicamentos, vacinas, diagnósticos e equipamentos. Trata-se de um setor que envolve grande esforço científico e tecnológico.

No caso específico de um fármaco, é considerado inovador quando:

conferir (1) o benefício em uma condição em que não existe um tratamento eficaz; (2) a melhoria no tratamento já existente; (3) um tratamento mais seguro (menor número de reações adversas e/ou interações medicamentosas); e (4) um tratamento de menor custo (AKKARI et al, 2016, p. 368).

Com efeito, a descoberta de novos fármacos e a criação de novos produtos demanda, além de elevados investimentos financeiros tanto do setor público como do privado, um largo período de tempo para que o produto seja testado com segurança e aprovado pelas instâncias regulatórias.

Em linhas gerais, o processo de desenvolvimento de um novo fármaco tem início com a descoberta de um composto com atividade terapêutica, a partir do qual é realizada a pesquisa básica. Nesta fase são realizados estudos pré-clínicos em que são obtidas informações preliminares sobre a atividade farmacológica e segurança da nova molécula estudada, que foi aplicada pela primeira vez em animais após a sua experimentação *in vitro* apresentar potencial terapêutico. Neste momento, mais de 90% das substâncias estudadas são eliminadas por não demonstrar suficiente atividade farmacológica ou terapêutica ou serem consideradas demasiadamente tóxicas (DCIT, 2011). Estima-se que, de cada 10.000 moléculas analisadas, somente uma transforma-se em medicamento (PINTO; BARREIRO, 2010).

Obtidos resultados positivos nos estudos pré-clínicos, passam-se aos ensaios clínicos, os quais têm por objetivo avaliar a relação benefício versus danos ou efeitos adversos no uso de um determinado medicamento, fármaco ou equipamento (ZUCCHETTI; MORRONE, 2012) e são classificados em quatro fases (I a IV), conforme definido pela Resolução n.º 251/1997 do Conselho Nacional de Saúde e descritas a seguir.

A fase I é realizada em pequenos grupos de pessoas voluntárias, em geral sadias, que testam um novo princípio ativo ou nova formulação para estabelecer uma evolução preliminar da segurança e do perfil farmacocinético. A fase II é realizada em um

número limitado de participantes enfermos e tem por objetivo evidenciar a atividade do princípio ativo e estabelecer a sua segurança em curto prazo, avaliando a relação dose-resposta. A fase III é realizada em vários grandes grupos de participantes doentes e visa verificar o resultado do risco ou benefício a curto e longo prazos das formulações do princípio ativo, explorando-se o tipo e perfil das reações adversas mais frequentes. Por fim, a fase IV se refere a pesquisas realizadas depois que o produto e/ou especialidade medicinal é comercializado, ocasião em que são realizados estudos de farmacovigilância nos quais são monitorados os riscos e benefícios a longo prazo, é realizada comparação do perfil do novo medicamento ou produto com outros que já existem no mercado e se observa novas indicações (DCIT, 2011).

Ainda, a fim de que o medicamento ou produto seja colocado no mercado, é necessário o seu registro perante a autoridade sanitária. No Brasil este registro é realizado na ANVISA, que exige a apresentação dos resultados dos estudos das fases pré-clínicas e dos estudos clínicos realizados, bem como a descrição do processo de sua produção. Uma vez havendo concordância com os dados relativos à qualidade, eficácia e segurança do medicamento ou produto, é concedida a autorização para a sua comercialização (ANVISA, 2001).

Infelizmente, o Brasil é o país que apresenta o maior tempo para aprovação de um protocolo junto aos órgãos de controle e registro, tais como ANVISA, Comitê de Ética em Pesquisa e Comissão Nacional de Ética em Pesquisa. Tal fato, juntamente com os custos relacionados ao processo de desenvolvimento, tem se tornado obstáculo ao engajamento do país em importantes projetos multicêntricos internacionais e, conseqüentemente, um entrave ao desenvolvimento do setor (ZUCCHETTI; MORRONE, 2012).

Vê-se, portanto, que o processo de desenvolvimento e inovação na saúde é repleto de especificidades. Tal aspecto é apenas um dos motivos pelos quais a indústria nacional de fármacos e produtos relacionados não é autossuficiente, como abaixo iremos demonstrar.

III O desafio do desenvolvimento e da autossuficiência da indústria nacional de fármacos e produtos relacionados

A indústria de fármacos e produtos relacionados está em constante processo de

desenvolvimento de novos produtos para atender as inúmeras e contínuas demandas da área da saúde. Para viabilizar isso, são necessários altos investimentos em pesquisa e desenvolvimento. Em contrapartida, o setor farmacêutico é um dos mais rentáveis em escala global (PINTO; BARREIRO, 2010).

Apesar de o Brasil ser o 6º (oscilando com a 7ª posição) mercado em consumo de fármacos (VALOR ECONÔMICO, 2018), o país não é autossuficiente na sua produção.

A alteração de tal situação, entretanto, é um objetivo do governo federal, na medida em que o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, quando da elaboração da Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação para os anos de 2016 a 2022 (ENCTI 2016-2022)², elencou a diminuição da dependência externa de produtos e tecnologias como objetivo na área da saúde (BRASIL, 2017).

Com efeito, este propósito está previsto também no art. 219 da Constituição Federal, que elenca a “autonomia tecnológica” como um dos objetivos a ser buscado pelo mercado interno. Não se deve visar a soberania ou o isolamento, mas a diminuição da dependência do mercado externo quanto à tecnologia oriunda de países estrangeiros.

Emerson Gabardo e Luciano Elias Reis (2017, p. 48) elucidam de forma bastante clara a diferença entre autonomia e soberania:

Autonomia é uma noção inserida no conceito de desenvolvimento e que implica a prescindibilidade de dependência tecnológica externa da forma mais intensa possível. Por outro lado, não se confunde com a ideia de soberania, já que esta pressupõe a total ausência de permeabilidade extrínseca – o que é algo impossível. A soberania é um poder absoluto, como se não houvesse a necessidade de comunicabilidade ou qualquer relação com terceiros. Já a autonomia é uma noção que exige a existência de um relacionamento com equivalência entre sujeitos e diferentes ordens.

Algumas razões expostas por Angelo C. Pinto e Eliezer J. Barreiro (2013, p. 1559) para o fraco desempenho nacional na seara em tela são:

- Não há no país laboratórios de escalonamento primário, certificados e capacitados para adaptarem as rotas de síntese de moléculas desenvolvidas nas bancadas dos laboratórios acadêmicos.
- Número reduzido de doutores em atividades de P&D na indústria farmacêutica.

² A ENCTI 2016-2022 “é o documento de orientação estratégica de médio prazo para a implementação de políticas públicas na área de CT&I, bem como servir como subsídio à formulação de outras políticas de interesse” (BRASIL, 2017, p. 9).

- A total dependência da importação de princípios ativos da China e da Índia para produção de genéricos.
- Formação inadequada da imensa maioria dos profissionais farmacêuticos, que não tem durante a graduação nos cursos de Farmácia o treinamento efetivo de metodologia científica de pesquisa, desejável para a sua inserção profissional na indústria farmacêutica.
- A pouca proximidade da academia com a indústria farmacêutica.
- O empresário industrial farmacêutico brasileiro, em sua imensa maioria, não se interessa pelos medicamentos inovadores, porque o custo para o seu desenvolvimento é elevado e o retorno financeiro é de alto risco.
- A política rígida de preços de medicamentos do governo e a pouca articulação do setor público e privado.
- A frágil estrutura da pesquisa clínica e pré-clínica para a descoberta de fármacos é agravada porque no Brasil antes de se começar um estudo com participação internacional é exigida dupla aprovação ética: pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, subordinada ao Conselho Nacional de Saúde, e pelos comitês locais, além da autorização da Anvisa. Ao contrário do que acontece nas nações desenvolvidas como Estados Unidos, Japão e países da União Europeia, cujo trâmite é de no máximo de 60 dias, no Brasil espera-se mais de 1 ano.

Sobre tais entraves, vê-se que a Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação estabelece como políticas associadas para a área da saúde justamente medidas que buscam equacionar alguns dos pontos acima elencados. Veja-se:

ESTRATÉGIAS ASSOCIADAS

- I. Elaboração de um “Plano de Ação de Ciência, Tecnologia e Inovação para Saúde” que promova a CT&I na área de saúde humana, revisando os atuais marcos regulatórios, priorizando a formação de recursos humanos especializados, o estabelecimento de linhas prioritárias de PD&I, bem como o fortalecimento de redes e infraestruturas de pesquisa;
- II. Articulação para o desenvolvimento científico e tecnológico em insumos para a saúde (fármacos, biofármacos, imunobiológicos, kits para diagnósticos, biomateriais, equipamentos e dispositivos) visando assegurar o domínio tecnológico para sua produção;
- III. Ampliação das ações de PD&I para o diagnóstico e tratamento de doenças crônicas não transmissíveis (especialmente câncer, doenças cardiovasculares, doenças metabólicas e doenças neurodegenerativas) e para a prevenção, controle, diagnóstico e tratamento de doenças infecciosas, com ênfase em doenças tropicais negligenciadas;
- IV. Estímulo à PD&I com foco na superação de desafios tecnológicos envolvidos na produção de produtos de origem biotecnológica para a saúde;
- V. Fortalecimento das competências nacionais em ensaios pré-clínicos, incluindo métodos alternativos à experimentação animal;
- VI. Fomento e fortalecimento das competências nacionais em pesquisa clínica;
- VII. Fomento às ações de PD&I em áreas de fronteira do conhecimento, particularmente em medicina personalizada e medicina regenerativa, incluindo células-tronco e terapia celular (BRASIL, 2017, p. 113).

Outro aspecto bastante importante para o desenvolvimento da indústria

nacional de fármacos e produtos relacionados diz respeito ao regime de proteção patentária. Isto porque um sistema de proteção rigoroso permite que os rendimentos sejam suficientes para cobrir os vultuosos investimentos em pesquisa e desenvolvimento (RODRIGUES; SOLER, 2009).

O sistema brasileiro de proteção à propriedade intelectual encontra previsão no inciso XXIX, do artigo 5º, da Constituição Federal, o qual determina que:

a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País (BRASIL, 1988).

Conforme se vê, o direito dos autores estará garantido quando sua criação atender aos objetivos de (i) visar ao interesse social do país; (ii) favorecer o desenvolvimento tecnológico do país; e (iii) favorecer o desenvolvimento econômico do país.

Neste contexto, Dias e Cerda (2016, p. 527-528) explicam que:

o progresso técnico é alcançado, e a livre-concorrência, garantida, quando o sistema de patentes funciona (a) como promotor à atividade inventiva; (b) como incentivo à revelação das informações técnicas geradas para a produção da invenção pelo inventor a toda a coletividade, em razão da contribuição para o estado da técnica; e (c) como incentivo à difusão das invenções, havendo um equilíbrio no desfrute dos direitos conferidos pela patente.³

Ademais, o protagonismo estatal na busca por autonomia tecnológica depende da confiança de pretensos investidores e da formalização de parcerias com o setor privado. Para que isto ocorra, o ente público deve dispor de políticas transparentes, de um bom planejamento e de regulação eficiente (GABARDO; REIS, 2017).

Vale ressaltar, por fim, que as vantagens para o país com o fortalecimento da indústria nacional de fármacos e produtos relacionados transcendem os aspectos econômicos, permitindo difusão tecnológica e científica, o aumento da concorrência entre as empresas, a criação de empregos, dentre outras externalidades positivas.

³ DIAS, José Carlos Vaz e; CERDA, Clarisse De La. A decisão norte-americana do Caso Myriad: novos paradigmas para a proteção patentária do código genético humano e biotecnologia. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 13, n. 3, 2016 p. 513-535.

Conclusão

A COVID-19 é uma doença nova e bastante complexa, que apresenta lacunas de informação quanto a vários aspectos como tratamento, taxas de letalidade, potencial de transmissão, existência de outros efeitos ou sequelas no organismo dos que foram infectados. O conhecimento científico e o desenvolvimento de novos produtos, como medicamentos e vacinas, são, portanto, imprescindíveis para o seu enfrentamento.

Exemplo de como o desenvolvimento de um novo produto pode ajudar na solução da crise sanitária é o caso de um sistema de inteligência artificial que trouxe informações sobre o novo coronavírus dias antes de a Organização Mundial da Saúde emitir oficialmente o primeiro alerta sobre a sua disseminação. Esse sistema de IA detectou que o vírus estava se propagando; identificou o epicentro na capital da província de Hubei, na China; previu cidades para as quais a pandemia iria se alastrar (como Seul, Taipei, Tóquio e Bangkok); e emitiu alertas para organizações de saúde. Para tanto, o algoritmo da empresa canadense de tecnologia para a saúde BlueDot cruzou e compilou dados de fontes internacionais em 65 idiomas, rastreou redes de pesquisa em saúde, dados de aeroportos e companhias aéreas, comunicados oficiais de empresas ligadas ao agronegócio e à pecuária, entre outras. Ademais, o pioneirismo na constatação da pandemia também levou os pesquisadores da instituição a publicar o primeiro artigo científico identificando o potencial para disseminação internacional do COVID-19 (WHITAKER, 2020).

Estima-se que somente após o desenvolvimento de uma vacina é que a população poderá retornar à normalidade da rotina, o que faz com que empresas farmacêuticas de todo o mundo estejam trabalhando intensamente nesta tarefa. Ocorre que, para os países que dependem de tecnologia externa, a espera vai ser ainda mais longa já que a produção certamente vai ser destinada primeiramente para os cidadãos dos países em que a indústria nacional é desenvolvida e capaz de atender às próprias necessidades de consumo.

Além disso, os custos com a importação destes produtos certamente será muito maior do que seria se fossem produzidos nacionalmente, sobretudo em um país como o Brasil, que adota o modelo de saúde gratuita universal. Nesse sistema é necessária a adoção de medidas para atendimento da permanente demanda por ampliação do acesso da população à saúde, observando a obrigação de se garantir a sustentabilidade

do sistema público de saúde e a diminuição da dependência externa de tecnologias. Assim, “a implementação de políticas específicas para o desenvolvimento científico e tecnológico visando o fortalecimento de competências nacionais é tarefa fundamental ante os principais desafios do País no campo da saúde” (BRASIL, 2017, p. 112).

Através da presente pesquisa foi possível verificar que o desenvolvimento e a autossuficiência da indústria nacional de fármacos e produtos relacionados é um objetivo do Poder Público brasileiro, que tem apresentado políticas e planos visando fomentar o setor e contornar obstáculos como a dependência de tecnologia e a falta de estrutura e recursos humanos. Ademais, o arcabouço jurídico existente no Brasil é sólido e incentiva e visa a promoção do desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. Entretanto, apesar dos inegáveis esforços, ainda existem diversos entraves a serem sanados para que seja alcançado o desenvolvimento e a autossuficiência expressa na legislação.

Referências

AKKARI, Alessandra Cristina Santos et al . Inovação tecnológica na indústria farmacêutica: diferenças entre a Europa, os EUA e os países farmaemergentes. **Gest. Prod.**, São Carlos, v. 23, n. 2, p. 365-380, Jun. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttex=iso>. Acesso em: 23 maio 2020.

ALBUQUERQUE, Eduardo da Motta e; SOUZA, Sara Gonçalves Antunes de; BAESSA, Adriano Ricardo. Pesquisa e inovação em saúde: uma discussão a partir da literatura sobre economia da tecnologia. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro , v. 9, n. 2, p. 277-294, June 2004 . Disponível em<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_artiso>. Acesso em: 22 maio 2020.

ANVISA. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Resolução nº 185**, de 22 de outubro de 2001. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/anvisa/legis/resol.htm>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

BORGES, Luciana. A Covid-19 pode acelerar a inovação nas empresas? **Consumidor Moderno**, São Paulo, 06 de mai. 2020. Disponível em: <<https://www.consumidormoderno.com.br/2020/>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 20 maio 2020.

_____. Lei n.º 10.973, de 2 de dezembro de 2004. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras

providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 3 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L10.973.htm>. Acesso em: 20 maio 2020.

_____. Lei n. 13.989, de 15 de abril de 2020. Dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2). Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 15 abr. 2020. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/web/dou/-/lei-n-13.989-de-15-de-abril-de-2020-252726328>>. Acesso em: 18 de maio 2020.

_____. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC). Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação 2016 / 2022. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <http://www.mctic.gov.br/mctic/export/sites/institucional/publicacao/ciencia/ENCTI/MCTIC_ENCTI_2016-2022_210x240mm_14.03.2017.pdf> Acesso em: 08 jun. 2020.

_____. Ministério da Saúde. Painel Coronavírus. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>> Acesso em: 19 jun. 2020.

CHAIMOVICH, Hernan. Brasil, ciência, tecnologia: alguns dilemas e desafios. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 14, n. 40, p. 134-143, set./dez. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103.iso>. Acesso em: 05 jan. 2018.

DECIT. Departamento de Ciência e Tecnologia do Ministério da Saúde. Fortalecendo a pesquisa clínica no Brasil: a importância de registrar os ensaios clínicos. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 45, n. 2, p. 436-439, 2011.

DIAS, José Carlos Vaz e; CERDA, Clarisse De La. A decisão norte-americana do Caso Myriad: novos paradigmas para a proteção patentária do código genético humano e biotecnologia. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 13, n. 3, 2016 p. 513-535.

FIORATTI, Carolina. **Superinteressante**, 18 mai. 2020. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/saude/covid-19-teste-de-vacina-em-humanos-traz-resultados-promissores/>> Acesso em: 19 mai. 2020.

GABARDO, Emerson; REIS, Luciano Elias. Ciência, tecnologia e inovação como deveres públicos relativos ao estado e à sociedade civil no Brasil. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 52, out. 2017. ISSN 1982-9957. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2020.

GONÇALVES, Joana Araoejo. **O circuito do medicamento: da molécula à farmácia**. 2011. 93 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Ciências da Saúde, Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2011. Disponível em: <<https://bdigital.ufp.pt/bitstream/.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Coronavírus/Brasil. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>> Acesso em: 23 maio 2020.

NAÇÕES UNIDAS. Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento - 1986. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.html>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

OLIVEIRA, Wanderson Kleber de et al. Como o Brasil pode deter a COVID-19. **Epidemiol. Serv. Saúde**, Brasília, v. 29, n. 2, 2020. Disponível em <<http://www.scielo.br/scielo.php?script>>. Acesso em: 16 mai. 2020.

OPAS. Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875> Acesso em: 23 maio 2020.

PINTO, A. C.; BARREIRO, E. J. L. Como chegar aos fármacos verde amarelos? **Journal of the Brazilian Chemical Society**, Campinas, v. 21, n. 12, p. 2173-2174, 2010.

PINTO, Angelo C.; BARREIRO, Eliezer J.. Desafios da indústria farmacêutica brasileira. **Quím. Nova**, São Paulo, v. 36, n. 10, p. 1557-1560, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci=iso>>. Acesso em: 28 maio 2020.

RODRIGUES, William C. V.; SOLER, Orenzio. Licença compulsória do efavirenz no Brasil em 2007: contextualização. **Revista Panamericana de Salud Pública**. vol 26. nº 6. 2009. p. 553 – 559.

SANTOS, Nathalia Pereira dos Reis. **Contratos de Transferência e Licenciamento de Tecnologia de Patentes nas Instituições Científicas e Tecnológicas**. Belo Horizonte. 2009. PIDCC, Aracaju, Ano II, Edição 04/2013, pag 401 a 449. Out 2013.

STF. ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010.

TAVARES, Andre Ramos. Ciência e Tecnologia na Constituição. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 44 n. 175 jul./set. 2007. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/44/175/ril_v44_n175_p7.pdf> Acesso em: 20 mai. 2020.

VALOR ECONÔMICO. Anvisa vê mercado brasileiro de medicamentos no 5º lugar em até 3 anos. 13 abr. 2018. Disponível em: <<https://valor.globo.com/empresas/noticia-.ghtml>> Acesso em 23 maio 2020.

WHITAKER, Bill. **CBS News**, 24 abr. 2020. The computer algorithm that was among the first to detect the coronavirus outbreak. Disponível em <<https://www.cbsnews.com/news/coronavirus>> Acesso em 18 mai. 2020.

ZUCCHETTI, Chaiane; MORRONE, Fernanda Bueno. Perfil da pesquisa clínica no Brasil. **Revista HCPA**, Porto Alegre, v. 32, n. 3, p. 340-347, 2012. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/hcpa/article/viewFile/25263/22046>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

18. A PANDEMIA DA COVID-19 E O AUXÍLIO EMERGENCIAL: A ADOÇÃO DE PRÁTICAS TÍPICAS DAS *FINTECHS* PELA ATIVIDADE BANCÁRIA OFICIAL

THE COVID-19 PANDEMIC AND EMERGENCY ASSISTANCE: THE ADOPTION OF FINTECHS TYPICAL PRACTICES BY THE OFFICIAL BANKING



<https://10.0.142.240/9786587424149-18>

Álison dos Santos Cappellari¹

Resumo

O presente ensaio trata dos aspectos atinentes à implementação do Programa de Auxílio Emergencial em virtude da pandemia da COVID-19 pelo Governo Federal, bem como os desafios enfrentados para o cadastramento, verificação e concessão do referido benefício aos destinatários que atendem aos requisitos constantes da Lei 13.982/2020. Não obstante é feita uma análise da estratégia adotada pelas autoridades responsáveis consistente na utilização de procedimentos e instrumentos típicos das comumente empregadas por *fintechs* em sua atividade, buscando-se traçar, de forma superficial, perspectivas sobre cenários futuros relacionados à prestação de benefícios sociais e serviços massificados de natureza bancária. Por se tratar de tema de estrita atualidade a pesquisa se deu com base na legislação e regulamentação correlatas ao tema, bem como em notícias e informativos de fontes jornalísticas de credibilidade e da imprensa oficial.

Palavras-chave: Auxílio emergencial. Fintechs. COVID-19. Coronavírus.

Abstract

The present essay deals with aspects related to the implementation of the Emergency Assistance Program due to the pandemic COVID-19 by the Federal Government, as the

¹ Doutorando em Direito pela PUCRS. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor universitário. Advogado no sistema financeiro. E-mail: ascappellari@gmail.com; O material em questão foi apresentado para publicação pela mesma instituição, em junho de 2020, sob orientação e coordenação do Professor Doutor Ricardo Lupion.

challenges for registration, verification and concession of benefit to recipients who meet the requirements of Brazilian Law 13,982/2020. Also an analysis of the strategy adopted by the responsible authorities was made, consistent with the use of procedures and typical instruments of those commonly employed by fintechs in their activity, seeking to trace some perspectives on future scenarios related to provision of social benefits and mass banking services. As it is a very current topic, the research was based on the legislation and regulations about the theme, and news and information from credible and official journalistic sources.

Keywords: Emergency Assistance. Fintechs. COVID-19. Coronavirus.

Introdução

No início deste ano de 2020, a comunidade internacional foi surpreendida por uma epidemia de proporções há tempos não enfrentadas pela humanidade. A denominada COVID-19 trouxe, em um curtíssimo espaço de tempo, a quebra de paradigmas até então soberanamente vigentes, especialmente no que se refere ao sistema capitalista de mercado.

As economias mundiais vinham apresentando até então uma crescente recuperação das crises globais vividas a partir da passagem do século, fruto sobretudo da implementação de mecanismos de prevenção e ataque a fatores de risco que acabaram por gerar os movimentos de instabilidade preteritamente verificados. No entanto, poucos atores, sejam públicos ou privados, haviam planejado suas ações levando em consideração riscos de natureza epidemiológica que causariam danos de considerável monta no sistema econômico global.

No âmbito doméstico, tanto a administração pública, em suas diversas esferas de atuação, quanto o setor privado, não estavam preparados para uma contingência de tal magnitude, o que acabou por gerar a adoção generalizada de medidas de caráter emergencial sem que fosse produzido o efeito esperado. É necessário destacar que o ineditismo do cenário também teve sua parcela de colaboração, mas nada que justificasse a ausência total de um planejamento de contingência a ser implementado para o enfrentamento de situação de emergência independentemente de sua natureza.

No entanto, entre o caos generalizado a implementação de um dos maiores programas de prestação de benefício social da história em número de beneficiados em tempo recorde com resultados efetivos é um fator a ser saudado. Fator decisivo para

que tal sucesso fosse atingido foi, sem dúvida, a utilização de um sistema de cadastramento simples, acessível a toda a população, totalmente informatizado e desburocratizado, típico das tecnologias utilizadas na última década pelas *fintechs* atuantes no sistema financeiro.

O presente ensaio busca, em um primeiro momento, fazer um pequeno histórico da pandemia que originou esse momento de completa alteração dos paradigmas do cotidiano nos panoramas mundial e nacional, seguindo de uma análise das principais medidas adotadas pelo Governo Federal que antecederam a instauração do programa de concessão do Auxílio Emergencial pela Lei 13.982/2020, culminando numa análise dos procedimentos adotados, dos resultados obtidos e tecendo considerações acerca dos movimentos a serem praticados no seu âmbito. Tal análise apresenta como base de pesquisa basicamente a legislação e regulamentação correlatas ao tema, bem como notícias e informativos de fontes jornalísticas de credibilidade reconhecida e oficiais, devido à novidade do tema e a consequente ausência de fontes doutrinárias a seu respeito.

1 A pandemia do Covid-19 e a quebra de paradigmas da prestação de serviços bancários tradicionais

Tem-se na acepção do termo “crise” algo tão antigo quanto a humanidade. Trata-se de movimento de ruptura e digressão que redireciona a história humana para direções diversas da que comodamente é seguida após um movimento de estabilização histórica. Em sua concepção clássica, o referido vocábulo apresenta origem no grego “*crisis*”, de semântica complexa, pois ao mesmo tempo em que significava separação, abismo, também é sinônimo de juízo, ponto crítico, decisão². Os pensadores helênicos traziam tal conceituação em um panorama positivo, como algo a ser transposto para se conseguir um avanço desejado, ou ainda, um *standard* de julgamento e apreciação dos fatos. A crise, portanto, está presente em todas as grandes quebras de paradigmas históricos decorrentes do avanço da civilização.

Em dezembro de 2019, ocorreu mais um desses ciclos disruptivos em que a humanidade de tempos em tempos se depara. Em 31 de dezembro de 2019, a Comissão de Saúde da Província de Hubei – na República Popular da China anunciou estar

² SANTOS, Mário Ferreira dos. **Filosofia da crise**. São Paulo: É Realizações. 2017, e-book Kindle, pos. 94.

monitorando um surto de pneumonia cujo agente viral era então desconhecido, originado muito possivelmente do mercado de animais de Wuhan³. No início de janeiro de 2020, médicos chineses começaram a investigação acerca da natureza do agente transmissor, isolando o vírus e analisando suas características. As primeiras conclusões foram publicadas em 24 de janeiro⁴, momento em que a doença já estava em fase de contágio significativo.

Aquilo que num primeiro momento mostrou-se como sendo mais um caso de doença de origem desconhecida, como tantas já anteriormente detectadas e que tiveram sua área de impacto restrita, tornou-se uma preocupação de caráter internacional a partir do mês de fevereiro quando casos começaram a ser diagnosticados no continente europeu, mais precisamente na França, em Portugal, na Alemanha e na Itália⁵. Foi na República Italiana, no entanto, que a doença se propagou de modo mais grave despertando o alerta da comunidade internacional acerca de sua propagação, iniciando uma onda de medidas restritivas de comunicação e circulação de pessoas⁶. Em 26 de fevereiro, o Brasil confirma o seu primeiro caso⁷, também sendo o primeiro na América do Sul, o último continente a reportar casos da doença⁸. Em 11 de março a Organização Mundial de Saúde conferiu à COVID-19 o status de pandemia⁹.

³ THE GOVERNMENT OF THE HONG KONG SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION: PRESS RELEASES. **CHP closely monitors cluster of pneumonia cases on Mainland.** Hong Kong (China), 31 dez. 2019. Disponível em: <https://www.info.gov.hk/gia/general/201912/31/P2019123100667.htm>. Acesso em: 30 jun. 2020.

⁴ Nessa data, dois artigos foram publicados no periódico científico britânico The Lancet versando sobre o tema: CHAN, Jasper Fuk-Woo; YUAN, Shuofeng; KOK, Kin-Hang; TO, Kelvin Kai-Wang; CHU, Hin (coords.) *A familial cluster of pneumonia associated with the 2019 novel coronavirus indicating person-to-person transmission: a study of a family cluster.* The Lancet, n° 395, 24 jan. 2020, p. 514-523. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30154-9](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30154-9). Acesso em 30 jun. 2020; e HUANG, Chaolin; WANG, Yeming; LI, Xingwang, REN, Lili; JAO, Jianping; HU, Yi. *Clinical features of patients infected with 2019 novel coronavirus in Wuhan, China.* The Lancet, n° 395, 24 jan 2020, p. 497-506. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30183-5](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30183-5). Acesso em 30 jun. 2020.

⁵ DEUTSCHE WELLE BRASIL. **Europa confirma primeiros casos de coronavírus.** Bonn (Alemanha), 25 jan. 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/europa-confirma-primeiros-casos-de-coronav%C3%ADrus/a-52145128>. Acesso em: 30 jun. 2020.

⁶ DEUTSCHE WELLE BRASIL. **Obituários ocupam dez páginas de jornal italiano.** Bonn (Alemanha), 20 mar. 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/http-cmsdwcom-image-05286084340400jpg/av-52863350>. Acesso em: 30 jun. 2020.

⁷ AGÊNCIA SAÚDE - MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Brasil confirma primeiro caso da doença.** Brasília, 26 fev. 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46435-brasil-confirma-primeiro-caso-de-novo-coronavirus>. Acesso em: 30 jun. 2020.

⁸ FOLHA DE SÃO PAULO. **Ministério da Saúde diz que 1º caso de coronavírus no Brasil é, na verdade, de janeiro.** São Paulo, 02 abr. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/04/ministerio-da-saude-diz-que-1o-caso-de-coronavirus-no-brasil-e-de-janeiro.shtml>. Acesso em: 30 jun. 2020.

⁹ Conforme declaração prestada em conferência virtual de imprensa pelo Diretor-Geral da Organização

No Brasil, as primeiras medidas oficiais a serem adotadas acerca da pandemia datam do final do mês de janeiro, com a instalação, pelo Ministério da Saúde, do Centro de Operações de Emergência (COE) com atuação focada no tratamento do novo Coronavírus¹⁰. No início do mês de fevereiro, foi providenciada a repatriação, pelo Governo Federal, de trinta e quatro brasileiros que viviam na região da cidade chinesa de Wuhan¹¹, seguindo-se da divulgação de monitoramento de pessoas provenientes de países onde foram detectados casos da doença em uma lista que se ampliava a cada dia, bem como da publicação da Lei 13.979/2020, no dia 06¹². Após a confirmação do primeiro caso, no final do mês, seguiu-se uma campanha de prevenção ao novo Coronavírus elaborada pelo Ministério da Saúde¹³. No início de março, o Ministério anunciou medidas de ampliação da prestação da assistência hospitalar em virtude do novo surto, convocação de mais médicos¹⁴ e regulamentou os critérios de isolamento e quarentena a serem aplicados pelas autoridades aos pacientes diagnosticados positivamente¹⁵. Na metade de março os primeiros decretos municipais e estaduais de situação de emergência e de restrições à circulação de pessoas e prestação de serviços foram publicados¹⁶. Em 18 de março, o Governo Federal encaminhou ao Congresso Federal solicitação de reconhecimento de ocorrência de estado de calamidade pública,

Mundial de Saúde, Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus. Íntegra da transcrição das declarações prestadas no referido evento disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronavirus/transcripts/who-audio-emergencies-coronavirus-press-conference-full-and-final-11mar2020.pdf?sfvrsn=cb432bb3_2. Acesso em 30 jun. 2020.

¹⁰ AGÊNCIA SAÚDE - MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Brasil prepara rede de saúde para novo coronavírus**. Brasília, 23 jan. 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46219-brasil-prepara-rede-de-saude-para-novo-coronavirus>. Acesso em: 30 jun. 2020.

¹¹ AGÊNCIA SAÚDE - MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Câmara aprova projeto de lei para enfrentamento do novo coronavírus**. Brasília, 05 fev. 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46290-camara-aprova-projeto-de-lei-para-enfrentamento-ao-novo-coronavirus>. Acesso em: 30 jun. 2020.

¹² BRASIL. Lei nº 13.979, de 06 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. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 157, n. 27, p. 1, 07 fev. 2020.

¹³ AGÊNCIA SAÚDE - MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Saúde lança campanha de prevenção ao novo coronavírus**. Brasília, 01 mar. 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46458-saude-lanca-campanha-de-prevencao-ao-coronavirus>. Acesso em: 30 jun. 2020.

¹⁴ AGÊNCIA SAÚDE - MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Saúde chama 5 mil médicos contra o coronavírus**. Brasília, 09 mar. 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46517-saude-chama-5-mil-medicos-contr-o-coronavirus>. Acesso em: 30 jun. 2020.

¹⁵ AGÊNCIA SAÚDE - MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Saúde regulamenta condições de isolamento e quarentena**. Brasília, 13 mar. 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46536-saude-regulamenta-condicoes-de-isolamento-e-quarentena>. Acesso em: 30 jun. 2020.

¹⁶ Como exemplos de Decretos expedidos nesta época podem ser citados o Decreto nº 9.633, do Estado de Goiás, publicado em 13 de março, e os Decretos nº 64.864, do Estado de São Paulo; nº 421, da Prefeitura Municipal de Curitiba-PR; nº 33.510, do Estado do Ceará; nº 18.884, do Estado do Piauí; nº 40.560, do Estado do Sergipe e nº 19.529, do Estado da Bahia, todos publicados em 16 de março.

cujo Decreto fora aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados em 20 de março¹⁷.

Com a publicação de uma série de medidas de distanciamento social e restrição de prestação de serviços de natureza presencial pelos entes das três esferas da Federação, imediatamente o meio de exercício da atividade econômica referente à prestação de tais serviços precisou ser repensado em um curto espaço de tempo. Os efeitos econômicos de quem exercia atividade profissional que envolvesse atendimento presencial foram produzidos de imediato, e o setor bancário que, por mais que nos últimos tempos estivesse passando por uma fase de grande evolução tecnológica, sempre apresentou em sua essência a prestação de serviços onde eram necessárias a presença física de seus consumidores ao ambiente das agências, sendo um dos mais atingidos com esse novo cenário.

Segundo pesquisa realizada pelo Instituto Ipsos¹⁸, divulgada em outubro de 2019, três em cada cinco brasileiros pagam suas contas em agências bancárias físicas e não pela internet. Além disso, a pesquisa revelou que 50% dos clientes entre 18 e 34 anos foram até uma agência, nos últimos 30 dias, para resolver algum problema ou realizar alguma transação financeira que não fosse a quitação de dívidas, percentual esse que chegava a 65% na faixa etária entre 45 e 50 anos, 27% dos clientes iam às agências para solicitar novos serviços; 23% para tirar dúvidas e 62% para sacar dinheiro¹⁹. Tal cenário sofreu significativa alteração após a pandemia da COVID-19.

2 O Auxílio Emergencial da pandemia: a Lei 13.982/2020

Com o reconhecimento do estado de calamidade pública pelo Congresso Nacional, foram suspensas as metas de atingimento dos gastos fiscais e limitação de empenho orçamentário, nos termos do artigo 65 da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), abrindo-se assim a possibilidade de implementação, por

¹⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. **Diário Oficial da União**: Seção 1-Extra. Brasília, DF, ano 157, n. 55-C, p. 1, 20 mar. 2020.

¹⁸ O Instituto Ipsos (Ipsos Group S.A.) é uma empresa multinacional de pesquisas de mercado e consultoria, fundada em 1975 com sede em Paris, França, sendo atualmente a terceira maior empresa mundial do setor, contando com cerca de 16.000 funcionários e atuação em 87 países. (Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Instituto_Ipsos. Acesso em 30 jun. 2020).

¹⁹ FOLHA DE SÃO PAULO. **Três em cada cinco brasileiros pagam conta em agência, diz pesquisa.** São Paulo, 28 out. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/10/tres-em-cada-cinco-brasileiros-pagam-conta-em-agencia-diz-pesquisa.shtml>. Acesso em: 30 jun. 2020.

parte do Governo Federal, de prestação de auxílio financeiro àqueles que tivessem suas rendas afetadas pelas novas regras de distanciamento social e se enquadrassem nos critérios eletivos dos programas de prestação de assistência social.

O então chamado “coronavoucher” foi anunciado pelo Ministro da Economia Paulo Guedes em entrevista coletiva prestada em 18 de março, logo após o encaminhamento pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional da mensagem de reconhecimento de estado de calamidade pública²⁰. O projeto inicial consistia na prestação de auxílio mediante cupons por três meses, direcionado especificamente aos trabalhadores informais, às pessoas sem assistência social e à população que desistiu de procurar emprego, em valor equivalente ao do Bolsa Família (entre R\$ 89 e R\$ 205 mensais) a ser retirado na Caixa Econômica Federal, nas agências do Instituto Nacional do Seguro Social ou por meio de aplicativo, num custo estimado inicialmente em R\$ 15 bilhões.

Após a apresentação da proposta seguiram-se críticas, sobretudo de parlamentares da oposição acerca da insuficiência do valor a ser prestado no benefício. Em declaração prestada no dia 26 de março, o Presidente da Câmara dos Deputados Rodrigo Maia (DEM-RJ) defendeu o valor de R\$ 500 como benefício mínimo a ser prestado²¹. Após a apresentação do Projeto de Lei 1.066, em 27 de março pelo Deputado Federal Eduardo Barbosa (PSDB/MG), que previa a fixação do valor em até meio salário mínimo, o projeto foi aprovado pela referida casa legislativa em 30 de março, sendo então encaminhada ao Senado²². No entanto, nessa mesma data, a Presidência da República anunciou o aumento do benefício para o valor base de R\$ 600 a trabalhadores informais, valor esse que seria dobrado no caso de mães solteiras²³. O projeto de lei foi aprovado pelo Senado no mesmo dia 30, tendo sido

²⁰ AGÊNCIA BRASIL. **Voucher para trabalhador informal vai durar três meses, diz Guedes.** Brasília, 18 mar. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-03/voucher-para-trabalhador-informal-vai-durar-tres-meses-diz-guedes>. Acesso em: 30 jun. 2020.

²¹ CNN BRASIL. **Maia defende ‘coronavoucher’ de R\$ 500 e estima custo em até R\$ 12 bi.** São Paulo: 26 mar. 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2020/03/26/ajuda-de-r-200-e-muito-pequena-para-trabalhadores-afirma-maia>. Acesso em: 30 jun. 2020.

²² BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.066, de 27 de março de 2020. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social, para fins de elegibilidade ao Benefício de Prestação Continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. In *Senado Federal* *Atividade Legislativa*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141270>. Acesso em 30 jun 2020.

²³ FOLHA DE SÃO PAULO. **Bolsonaro anunciou aumento em ‘coronavoucher’ para esvaziar discurso da oposição e retomar protagonismo.** São Paulo, 30 mar. 2020. Disponível em:

sancionado, com vetos parciais, pela Presidência da República e publicado no dia 02 de abril²⁴.

A Lei 13.982/2020 veio a alterar os critérios já determinados para a caracterização de situação de vulnerabilidade social para a prestação do benefício de prestação continuada previsto na Lei 8.742/1993 e instituiu, em seu artigo 2º o chamado “auxílio emergencial” decorrente da pandemia do coronavírus a ser prestado no valor de R\$ 600 pelo período de três meses a contar da sua publicação àqueles que cumpram cumulativamente as condições lá estabelecidas, sendo às mulheres provedoras de famílias monoparentais concedidas duas cotas do benefício²⁵. A

<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/03/bolsonaro-anunciou-aumento-em-coronavoucher-para-esvaziar-discurso-da-oposicao-e-retomar-protagonismo.shtml>. Acesso em: 30 jun. 2020.

²⁴ BRASIL. Lei nº 13.982, de 02 de abril de 2020. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Diário Oficial da União**: Seção 1-Extra, Brasília, DF, ano 157, n. 64-A, p. 1, 02 abr. 2020.

²⁵ Art. 2º Durante o período de 3 (três) meses, a contar da publicação desta Lei, será concedido auxílio emergencial no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais ao trabalhador que cumpra cumulativamente os seguintes requisitos: I - seja maior de 18 (dezoito) anos de idade; II - não tenha emprego formal ativo; III - não seja titular de benefício previdenciário ou assistencial ou beneficiário do seguro-desemprego ou de programa de transferência de renda federal, ressalvado, nos termos dos §§ 1º e 2º, o Bolsa Família; IV - cuja renda familiar mensal *per capita* seja de até 1/2 (meio) salário-mínimo ou a renda familiar mensal total seja de até 3 (três) salários mínimos; V - que, no ano de 2018, não tenha recebido rendimentos tributáveis acima de R\$ 28.559,70 (vinte e oito mil, quinhentos e cinquenta e nove reais e setenta centavos); e VI - que exerça atividade na condição de: a) microempreendedor individual (MEI); b) contribuinte individual do Regime Geral de Previdência Social que contribua na forma do *caput* ou do inciso I do § 2º do art. 21 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991; ou c) trabalhador informal, seja empregado, autônomo ou desempregado, de qualquer natureza, inclusive o intermitente inativo, inscrito no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico) até 20 de março de 2020, ou que, nos termos de autodeclaração, cumpra o requisito do inciso IV. § 1º O recebimento do auxílio emergencial está limitado a 2 (dois) membros da mesma família. § 2º O auxílio emergencial substituirá o benefício do Bolsa Família nas situações em que for mais vantajoso, de ofício. § 3º A mulher provedora de família monoparental receberá 2 (duas) cotas do auxílio. § 4º As condições de renda familiar mensal *per capita* e total de que trata o *caput* serão verificadas por meio do CadÚnico, para os trabalhadores inscritos, e por meio de autodeclaração, para os não inscritos, por meio de plataforma digital. § 5º São considerados empregados formais, para efeitos deste artigo, os empregados com contrato de trabalho formalizado nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e todos os agentes públicos, independentemente da relação jurídica, inclusive os ocupantes de cargo ou função temporários ou de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração e os titulares de mandato eletivo. § 6º A renda familiar é a soma dos rendimentos brutos auferidos por todos os membros da unidade nuclear composta por um ou mais indivíduos, eventualmente ampliada por outros indivíduos que contribuam para o rendimento ou que tenham suas despesas atendidas por aquela unidade familiar, todos moradores em um mesmo domicílio. § 7º Não serão incluídos no cálculo da renda familiar mensal, para efeitos deste artigo, os rendimentos percebidos de programas de transferência de renda federal previstos na Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, e em seu regulamento. § 8º A renda familiar *per capita* é a razão entre a renda familiar mensal e o total de indivíduos na família. § 9º O auxílio emergencial será operacionalizado e pago, em 3 (três) prestações mensais, por instituições financeiras públicas federais, que ficam autorizadas a realizar o seu pagamento por meio de conta do tipo poupança social digital, de abertura automática em nome dos beneficiários, a qual possuirá as seguintes características: I - dispensa da apresentação de documentos; II - isenção de

primeira parcela do auxílio começou a ser paga aos beneficiários constantes no Cadastro Único do Governo Federal, que não recebem Bolsa Família e têm conta corrente no Banco do Brasil ou conta poupança na Caixa Econômica Federal no dia 09 de abril, e aos demais, no dia 14²⁶.

3 O cadastramento massificado do público-alvo: desafios e procedimentos

Implementado o programa, pôs-se ao Governo Federal o desafio de, no curto espaço de tempo, correspondente entre a publicação da lei e a data prevista para o pagamento da primeira parcela, possibilitar o cadastramento de todos os potenciais beneficiários do programa. As previsões iniciais do Governo Federal, através do Ministério da Cidadania, gestora do programa, eram de que o número de beneficiados seria em torno de 24 milhões de pessoas, a um custo de R\$ 14,4 bilhões por mês²⁷.

No dia 07 de abril, apenas cinco dias após a sanção presidencial e a publicação da Lei 13.982/2020, o Ministério da Cidadania e a Caixa Econômica Federal anunciaram o início do programa de cadastramento de candidatos ao recebimento do benefício emergencial, com o lançamento de um site e um aplicativo para *smartphones* específico para tal fim, bem como a abertura de contas eletrônicas, denominadas Conta Poupança Social Digital para recebimento e movimentação dos valores recebidos²⁸. Segundo a previsão inicial da Caixa, o pagamento para os inscritos seria efetuado em até cinco dias úteis após o cadastramento do beneficiário no aplicativo, tendo sido efetuados mais de 15 milhões de cadastros apenas no primeiro dia de inscrição²⁹.

cobrança de tarifas de manutenção, observada a regulamentação específica estabelecida pelo Conselho Monetário Nacional; III - ao menos 1 (uma) transferência eletrônica de valores ao mês, sem custos, para conta bancária mantida em qualquer instituição financeira habilitada a operar pelo Banco Central do Brasil; IV - (VETADO); e V - não passível de emissão de cartão físico, cheques ou ordens de pagamento para sua movimentação. § 10. (VETADO). § 11. Os órgãos federais disponibilizarão as informações necessárias à verificação dos requisitos para concessão do auxílio emergencial, constantes das bases de dados de que sejam detentores. § 12. O Poder Executivo regulamentará o auxílio emergencial de que trata este artigo.

²⁶ MINISTÉRIO DA ECONOMIA – FÓRUM PERMANENTE DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. **Calendário de pagamentos para receber o auxílio emergencial**. Brasília, 09 abr. 2020. Disponível em: <http://www.forumpermanente.gov.br/index.php/amge/308-calendario-de-pagamentos-para-receber-o-auxilio-emergencial>. Acesso em: 30 jun. 2020.

²⁷ O POVO ONLINE. **Saiba quais são as regras aprovadas pela Câmara para o auxílio emergencial de R\$ 600**. Fortaleza, 27 mar. 2020. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/noticias/economia/2020/03/27/saiba-quais-sao-as-regras-aprovadas-pela-camara-para-o-auxilio-emergencial-de-r--600.html>. Acesso em: 30 jun. 2020.

²⁸ Disponível em: <http://www.caixa.gov.br/auxilio/Paginas/default2.aspx>. Acesso em 30 jun. 2020.

²⁹ PORTAL R7. **Cadastro para auxílio emergencial já supera 15 milhões de escritos**. São Paulo, 07 abr. 2020. Disponível em: <https://noticias.r7.com/economia/cadastro-para-auxilio-emergencial-ja-supera-15-milhoes-de-inscritos-07042020>. Acesso em: 30 jun. 2020.

Tendo em vista as particularidades do programa, bem como o contexto de anormalidade sistêmica em que foi lançado o programa, inegável que o desafio de cadastramento e concessão de benefícios a um público-alvo de tal alcance em tão curto espaço de tempo necessitaria a adoção de soluções não convencionalmente adotáveis em outros programas sociais. Para o alcance de tais objetivos, foi necessária a adoção, por parte do Governo Federal, de soluções até então adotadas apenas em modo experimental pelas instituições financeiras tradicionais, mas comumente empregadas pelas chamadas *fintechs* quando da sua atuação recente no sistema financeiro nacional.

3.1 A adoção de procedimentos típicos das *Fintechs* para cadastramento do público-alvo, abertura das contas e pagamento dos benefícios

O mercado financeiro, sobretudo o bancário, tem sido invadido por inúmeras empresas digitais que realizam operações financeiras por meio digital, utilizando não só dinheiro, mas também criptomoedas, como o *bitcoin*, seguindo a tendência de virtualização da economia. As inovações tecnológicas introduziram no mercado financeiro novos produtos e serviços financeiros que prometem boa experiência, agilidade e conectividade, características do *e-commerce*, aplicadas às finanças, o que pode ser traduzido como operações a baixo custo, pouca burocracia e conectividade, o que afasta a necessidade de deslocamento às agências bancárias.

Dentre os principais produtos oferecidos ao mercado estão os empréstimos - pela empresa ou entre usuários -, meios de pagamentos, cartão de crédito, conta corrente e investimentos financeiros com a promessa de maior rentabilidade que o segmento convencional. Em que pese o modelo de operacionalização virtual, tais empresas possuem como principal atividade jurídica a intermediação financeira e, portanto, se sujeitam às normas do seguimento, tais como as resoluções do Banco Central do Brasil, tratados internacionais e legislação vigente, em especial a referente ao sigilo bancário, no caso, a Lei Complementar 105/2001, que garante a segurança das operações no segmento financeiro, a Lei 12.965/2014, que trata do Marco Civil da Internet e a Resolução BACEN 4.656/2018, que regulamenta a instalação e funcionamento das *fintechs* de crédito.

O conceito de *fintechs* também está sendo evolutivamente construído. No entanto, por mais que se trate, grosso modo, de uma subespécie de *startup* voltada

para a atuação no mercado financeiro, as tentativas de conceituação, ao menos no aspecto administrativo e legislativo, se deram anteriormente à das *startups*.

A Associação Brasileira de *Fintechs* – ABFINTECHS apresenta a conceituação do termo como sendo “empresas que usam tecnologia de forma intensiva para oferecer produtos na área de serviços financeiros de uma forma inovadora, sempre focada na experiência e necessidade do usuário”³⁰.

O Banco Central do Brasil, por sua vez, apresenta a seguinte conceituação de *fintechs*:

Fintechs são empresas que introduzem inovações nos mercados financeiros por meio do uso intenso de tecnologia, com potencial para criar novos modelos de negócios. Atuam por meio de plataformas online e oferecem serviços digitais inovadores relacionados ao setor.³¹

A doutrina busca trazer no conceito de *fintechs* a união de vários elementos em comum:

O estrangeirismo que hoje está na agenda de todos os executivos do mercado financeiro une duas expressões: *financial* e *technology* [...]. Podemos definir como *fintech* uma empresa que, via de regra, nasce como *startup*, com o propósito de oferecer serviços financeiros de maneira inovadora, escalável e alicerçada em tecnologias que permitem oferecer a melhor experiência possível para os potenciais clientes. (MAZANEK, 2019, p. 67-68)³²

Uma *fintech*, segundo as descrições citadas, nada mais é que uma *startup* cuja atividade é focada na atuação no sistema financeiro, seja através da intermediação financeira, seja através da prestação de serviços bancários com base tecnológica.

A experiência trazida pela atuação das *fintechs* no sistema financeiro internacional nos últimos anos foi tida como inspiração para a implementação efetiva dos desafios propostos na concessão do Auxílio Emergencial pelo Governo Federal. Duas grandes variáveis estavam a ser superadas: o curtíssimo espaço de tempo disponível para que o programa pudesse ser efetivo em meio a um estado de calamidade global, e o alcance estimado de beneficiários do programa, que exigiria ganho de escala na adoção das soluções a serem adotadas.

A superação desses elementos não encontrou viabilidade com a observância da

³⁰ Disponível em: <https://www.abfintechs.com.br/1-sobre-associacao>. Acesso em: 30 jun. 2020.

³¹ Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/fintechs>. Acesso em: 30 jun. 2020.

³² MAZANEK, Paula. O Papel dos Bancos no Fomento às *Fintechs*. In EROLES, Pedro (coord.). **Fintechs, Bancos Digitais e Meios de Pagamento: Aspectos regulatórios das novas tecnologias financeiras**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 67-68.

regulamentação vigente no Sistema Financeiro Nacional, sobretudo no que se refere à abertura de contas de depósito nas instituições bancárias nacionais. Os procedimentos gerais para abertura e movimentação de contas de depósitos junto aos bancos comerciais e caixas econômicas estão consolidadas na Resolução CMN/BACEN 2.025, de 24.11.1993³³, cuja redação, alterada posteriormente pela Resolução CMN/BACEN 2.747, de 28.06.2000, estabelece, em seu artigo 1º, os dados mínimos a constar na ficha-proposta a ser preenchida pelo cliente³⁴. Trata-se de um rol extenso, elaborado e revisado em uma época onde a natureza do atendimento bancário era eminentemente presencial, visando a segurança e garantia dos dados cadastrais a serem impostados em um sistema cuja tecnologia se faz completamente dissociada da atualmente utilizada no Sistema Financeiro. Tal regulamentação ainda se encontra em plena vigência.

Alternativamente à regulamentação acima descrita, tem-se a Resolução CMN/BACEN 3.211, de 30.06.2004, que trata da abertura, manutenção e movimentação das chamadas contas especiais de depósitos à vista e contas poupança, as espécies mais elementares de rubricas presentes no cenário bancário nacional³⁵. Tal regulamentação foi editada em um momento de propagação dos chamados correspondentes bancários, representando um esforço pelo Governo Federal da época em popularizar o acesso da população mais carente a serviços de natureza bancária.

³³ BRASIL. Banco Central do Brasil. Resolução nº 2.025, de 24 de novembro de 1993. Altera e consolida as normas relativas à abertura, manutenção e movimentação de contas de depósitos. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1993/pdf/res_2025_v5_L.pdf. Acesso em 30 jun. 2020.

³⁴ Art. 1º Para abertura de conta de depósitos é obrigatória a completa identificação do depositante, mediante preenchimento de ficha-proposta contendo, no mínimo, as seguintes informações, que deverão ser mantidas atualizadas pela instituição financeira: I - qualificação do depositante: a) pessoas físicas: nome completo, filiação, nacionalidade, data e local do nascimento, sexo, estado civil, nome do cônjuge, se casado, profissão, documento de identificação (tipo, número, data de emissão e órgão expedidor) e número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF; b) pessoas jurídicas: razão social, atividade principal, forma e data de constituição, documentos, contendo as informações referidas na alínea anterior, que qualifiquem e autorizem os representantes, mandatários ou prepostos a movimentar a conta, número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ e atos constitutivos, devidamente registrados, na forma da lei, na autoridade competente; II - endereços residencial e comercial completos; III - número do telefone e código DDD; IV - fontes de referência consultadas; V - data da abertura da conta e respectivo número; VI - assinatura do depositante. § 1º Se a conta de depósitos for titulada por menor ou por pessoa incapaz, além de sua qualificação, também deverá ser identificado o responsável que o assistir ou o representar. § 2º Nos casos de isenção de CPF e de CNPJ previstos na legislação em vigor, deverá esse fato ser registrado no campo da ficha-proposta destinado a essas informações.

³⁵ BRASIL. Banco Central do Brasil. Resolução nº 3.211, de 30 de junho de 2004. Altera e consolida as normas que dispõem sobre a abertura, manutenção e movimentação de contas especiais de depósitos à vista e de depósitos de poupança. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/46379/Res_3211_v3_P.pdf. Acesso em 30 jun. 2020.

Sua redação³⁶ traz os elementos mínimos necessários para a sua abertura, em um rol bem mais modesto em relação ao constante na Resolução 2.025, bem como a possibilidade de utilização da base de dados de órgãos públicos quando se tratar de pagamentos de benefícios sociais de cunho governamental, mas ainda insuficiente para o alcance da efetividade almejada pelo programa de concessão de auxílio emergencial, marcado por um cenário de pandemia marcada pela necessidade de distanciamento social.

3.2 A simplificação dos procedimentos ante a regulamentação do Sistema Financeiro Nacional

O Governo Federal incluiu diretamente no texto do projeto que resultou na Lei 13.982/2020, além dos requisitos necessários para o cadastramento dos candidatos a fazer jus ao benefício, a possibilidade de pagamento dos valores a eles referentes por meio de uma figura inédita no Sistema Financeiro Nacional, a Poupança Social Digital, cuja abertura seria efetuada de forma automática em nome dos beneficiários e caracterizada pela dispensa da apresentação de documentos, isenção de tarifas segundo as normativas do Conselho Monetário Nacional e autorização de, pelo menos, uma transferência eletrônica mensal para outra conta bancária mantida em instituição financeira habilitada a operar pelo Banco Central do Brasil. À míngua de uma regulamentação satisfatória ao atendimento das especificidades inerentes ao Programa, o Decreto 10.316³⁷, que regulamentou a referida legislação, bem como a

³⁶ Art. 2º Para a abertura das contas de depósitos de que trata o art. 10, é obrigatória a identificação do proponente, mediante preenchimento de ficha-proposta contendo, no mínimo, as seguintes informações: I - qualificação do proponente: nome completo, filiação, nacionalidade, data e local de nascimento, documento de identificação (tipo, número, data de emissão e órgão expedidor) e número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF, observado que referidas informações devem ser conferidas à vista de documentação competente; II - dados complementares do proponente: sexo, estado civil, nome do cônjuge, se casado e profissão; III - endereço residencial; IV - data da abertura da conta e respectivo número; V - assinatura do depositante. § 1º A execução dos procedimentos previstos neste artigo pode ser atribuída a correspondentes contratados nos termos da Resolução 3.110, de 31 de julho de 2003, com as modificações introduzidas pela Resolução 3.156, de 17 de dezembro de 2003, e normas complementares. § 2º É proibida a abertura de conta de depósitos sob nome abreviado ou de qualquer forma alterado, inclusive mediante supressão de parte ou partes do nome do depositante. § 3º Para efeito da comprovação da inscrição do proponente no CPF, admite-se a apresentação de documento impresso diretamente da página da Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda na Internet.

³⁷ BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 10.316, de 07 de abril de 2020. Regulamenta a Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, que estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional

Portaria 351 do Ministério da Cidadania³⁸ trouxeram os primeiros marcos regulatórios para a inscrição, concessão e pagamento do benefício.

Posteriormente, em caráter complementar à apresentação do Projeto de Lei, o Governo Federal editou, em 29 de abril, a Medida Provisória 959³⁹, estabelecendo regras gerais para a operacionalização da prestação do Auxílio Emergencial através da Poupança Social Digital. Posteriormente, em 13 de junho, veio a edição da Medida Provisória 982⁴⁰, cuja redação foi proposta pelo Ministério da Economia, trazendo a regulamentação da abertura, manutenção e funcionamento da Poupança Social Digital, bem como ampliando sua utilização para o pagamento de valores oriundos de outros programas sociais, tais como o abono salarial PIS-PASEP, algumas hipóteses de saques de valores do FGTS, bem como de demais programas que porventura vierem a ser instituídos em virtude da pandemia da COVID-19.

O procedimento simplificado de requisição do Auxílio Emergencial propiciou a superação da previsão inicial do Governo Federal quando da implementação do programa. Dos iniciais 24 milhões de benefícios inicialmente planejados, os dados contabilizados pela Caixa Econômica Federal e pelo Ministério da Cidadania até o dia 10 de junho traziam um total de 107,4 milhões de pedidos efetuados, sendo que destes 101,9 milhões foram processados e 59,2 milhões de benefícios aprovados e concedidos, restando ainda 10,7 milhões de pedidos ainda pendentes de análise, números que superam em aproximadamente duas vezes e meia a marca inicial⁴¹. Trata-se de dados ainda não definitivos, visto que o prazo legal para a inscrição no Programa se encerra em 30 de junho.

decorrente do coronavírus (covid-19). **Diário Oficial da União**: Seção 1-Extra, Brasília, DF, ano 157, n. 67-B, p. 10, 07 abr. 2020.

³⁸ BRASIL. Ministério da Cidadania. Portaria nº 351, de 07 de abril de 2020. Regulamenta os procedimentos de que trata o Decreto nº 10.316/2020, a respeito do Auxílio Emergencial instituído pela Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020. **Diário Oficial da União**: Seção 1-Extra, Brasília, DF, ano 157, n. 67-B, p. 13, 07 abr. 2020.

³⁹ BRASIL. Medida provisória nº 959, de 29 de abril de 2020. Estabelece a operacionalização do pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda e do benefício emergencial mensal de que trata a Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020, e prorroga a *vacatio legis* da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, que estabelece a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD. **Diário Oficial da União**: Seção 1-Extra, Brasília, DF, ano 157, n. 81-A, p. 1, 29 abr. 2020.

⁴⁰ BRASIL. Medida provisória nº 982, de 13 de junho de 2020. Dispõe sobre a conta do tipo poupança social digital. **Diário Oficial da União**: Seção 1-Extra, Brasília, DF, ano 157, n. 111-D, p. 1, 13 jun. 2020.

⁴¹ BRASIL ECONÔMICO – PORTAL IG. **Auxílio Emergencial: de 107 milhões cadastrados, 59 milhões foram aprovados.** São Paulo, 10 jun. 2020. Disponível em: <https://economia.ig.com.br/2020-06-10/auxilio-emergencial-de-107-milhoes-cadastrados-59-milhoes-foram-aprovados.html>. Acesso em: 30 jun. 2020.

Não se desconhece o fato de que proporcionalmente à urgência necessária para a implementação e efetividade do programa, se faz presente o risco de fraudes de cadastramento e concessões indevidas a beneficiários que, em absoluto, se enquadram no público-alvo do benefício⁴². Não são poucas as notícias de pessoas e categorias que não apresentam o caráter de hipossuficiência tido como necessário para a inclusão no programa que auferiram benefícios indevidos, seja por má-fé ou até mesmo falhas operacionais. Os próprios números trazidos pelas entidades responsáveis pelo programa retratam que praticamente metade dos pedidos efetuados não foram deferidos, dentre outros que foram cancelados ou voluntariamente restituídos aos cofres públicos.

O Governo Federal considerou positiva a implementação e operacionalização do programa de auxílio emergencial, tanto que a sua prorrogação é dada como praticamente certa por mais dois meses⁴³. A criação da Poupança Social Digital, meio empregado para o pagamento do benefício permitiu grande eficiência administrativa, segundo análise do Ministério da Economia, o que possibilitou a ampliação de sua utilização em outros programas sociais⁴⁴.

Em termos gerais, as instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional também tiveram uma impressão positiva da solução adotada, uma vez que proporcionou de maneira efetiva a inclusão de pessoas até então repelidas no sistema bancário, medida esta já anteriormente adotada sem o devido sucesso em administrações anteriores. Uma vez implementado e efetivado o programa, segue-se a preocupação com a utilização e manutenção do volume de dados gerados com o

⁴² GLOBO.COM. **Exclusivo: TCU aponta que 620 mil pessoas receberam auxílio emergencial sem ter direito.** Rio de Janeiro, 28 jun. 2020. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/8658780/>. Acesso em: 30 jun. 2020.

⁴³ GOVERNO DO BRASIL – NOTÍCIAS. **Auxílio emergencial será prorrogado por dois meses.** Brasília, 09 jun. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2020/06/auxilio-emergencial-sera-prorrogado-por-dois-meses>. Acesso em: 30 jun. 2020.

⁴⁴ Essa impressão é extraída da análise da Exposição de Motivos da Medida Provisória 982, onde é mencionado expressamente pelo Ministério da Economia que “a criação da conta do tipo poupança social digital permitiu grande eficiência administrativa ao melhor organizar os pagamentos do auxílio emergencial aos seus beneficiários, posto que: I - demonstrou eficácia na prevenção de aglomeração de pessoas nesse momento de restrição de circulação de pessoas; II - promoveu a inclusão financeira de grande parte da população, que passa a ter acessos a serviços financeiros de forma eletrônica; III - evitou a elevação da demanda por papel moeda, já que os usuários dessas contas são incentivados a realizar transações de forma eletrônica; IV - contribuiu para o aumento da segurança na utilização desses recursos; e V - conferiu maior agilidade aos pagamentos aos beneficiários, pois requer menor logística para transporte e distribuição de valores em papel moeda em todo o território nacional”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-982-20.pdf. Acesso em 30 jun. 2020.

cadastro massivo, bem como o questionamento de como será efetuado o aproveitamento da massa de potenciais clientes que ingressaram no sistema bancário.

Considerações Finais

O cenário atualmente vivenciado por toda a comunidade internacional provocada pela pandemia da COVID-19, por mais que tenha causado danos de considerável monta no sistema capitalista de mercado provocou, como é característica de todo processo de crise sistêmica, a aceleração de certos cenários que, em situação de normalidade, chegariam a seu ápice em uma velocidade muito menor que a verificada.

Sinais dessa mudança são a implementação de um programa de benefício social de incrível abrangência pelo Governo Federal e a adoção de procedimentos exclusivamente informatizados, inspirados nos procedimentos já há algum tempo adotados no sistema bancário pelas chamadas *fintechs*. A implementação do auxílio emergencial contou com um mínimo de participação física por parte de seus beneficiários, fator este de contraste direto com o panorama histórico dos programas sociais no Brasil, marcado pela burocracia, lentidão administrativa e filas intermináveis.

Em tempos de normalidade epidemiológica, o cenário já se encontrava marcado pela velocidade da informação, da redução de distâncias e da ausência de fronteiras, surgido através das novas necessidades criadas por fatores históricos já haviam acarretado um desvio de rota da humanidade. As alterações paradigmáticas trazidas pelos avanços tecnológicos, personificadas pelas *startups* já haviam chegado ao sistema financeiro através das *fintechs*. A pandemia da COVID-19 acelerou esse processo, fazendo com que aqueles que geralmente fazem parte da última parcela da sociedade a ser impactada por tais mudanças fossem imersos em um processo de inclusão digital forçada e sem planejamento.

Ante as circunstâncias apresentadas, os critérios de segurança dos instrumentos da implementação do programa, sobretudo no que se refere à verificação dos dados impostados no sistema de cadastramento foram postos em segundo plano, tendo sido preteridos em função da urgência necessária para enfrentamento do problema de forma efetiva. Resta-nos a observação doravante das próximas etapas do programa, principalmente no que tange à administração e utilização de tal volume de

informações, a fim de que seja verificado o atendimento da finalidade a que foram propostos.

Referências

ABFINTECHS – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FINTECHS. **Quem somos.** Disponível em: <https://www.abfintechs.com.br/1-sobre-associacao>. Acesso em: 30 jun. 2020.

AGÊNCIA BRASIL. **Voucher para trabalhador informal vai durar três meses, diz Guedes.** Brasília, 18 mar. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-03/voucher-para-trabalhador-informal-vai-durar-tres-meses-diz-guedes>. Acesso em: 30 jun. 2020.

AGÊNCIA SAÚDE - MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Brasil confirma primeiro caso da doença.** Brasília, 26 fev. 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46435-brasil-confirma-primeiro-caso-de-novo-coronavirus>. Acesso em: 30 jun. 2020.

_____. **Brasil prepara rede de saúde para novo coronavírus.** Brasília, 23 jan. 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46219-brasil-prepara-rede-de-saude-para-novo-coronavirus>. Acesso em: 30 jun. 2020.

_____. **Câmara aprova projeto de lei para enfrentamento do novo coronavírus.** Brasília, 05 fev. 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46290-camara-aprova-projeto-de-lei-para-enfrentamento-ao-novo-coronavirus>. Acesso em: 30 jun. 2020.

_____. **Saúde lança campanha de prevenção ao novo coronavírus.** Brasília, 01 mar. 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46458-saude-lanca-campanha-de-prevencao-ao-coronavirus>. Acesso em: 30 jun. 2020.

_____. **Saúde chama 5 mil médicos contra o coronavírus.** Brasília, 09 mar. 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46517-saude-chama-5-mil-medicos-contra-o-coronavirus>. Acesso em: 30 jun. 2020.

_____. **Saúde regulamenta condições de isolamento e quarentena.** Brasília, 13 mar. 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46536-saude-regulamenta-condicoes-de-isolamento-e-quarentena>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Sistema Financeiro Nacional – Organização.** Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/fintechs>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 06 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. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 157, n. 27, p. 1, 07 fev. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. **Diário Oficial da União**: Seção 1-Extra. Brasília, DF, ano 157, n. 55-C, p. 1, 20 mar. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.066, de 27 de março de 2020. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social, para fins de elegibilidade ao Benefício de Prestação Continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. In **Senado Federal Atividade Legislativa**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141270>. Acesso em 30 jun 2020.

BRASIL. Lei nº 13.982, de 02 de abril de 2020. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Diário Oficial da União**: Seção 1-Extra, Brasília, DF, ano 157, n. 64-A, p. 1, 02 abr. 2020.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Resolução nº 2.025, de 24 de novembro de 1993. Altera e consolida as normas relativas à abertura, manutenção e movimentação de contas de depósitos. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1993/pdf/res_2025_v5_L.pdf. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Resolução nº 3.211, de 30 de junho de 2004. Altera e consolida as normas que dispõem sobre a abertura, manutenção e movimentação de contas especiais de depósitos à vista e de depósitos de poupança. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/46379/Res_3211_v3_P.pdf. Acesso em 30 jun. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 10.316, de 07 de abril de 2020. Regulamenta a Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, que estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19). **Diário Oficial da União**: Seção 1-Extra, Brasília, DF, ano 157, n. 67-B, p. 10, 07 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Cidadania. Portaria nº 351, de 07 de abril de 2020. Regulamenta os procedimentos de que trata o Decreto nº 10.316/2020, a respeito do Auxílio Emergencial instituído pela Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020. **Diário Oficial da União**: Seção 1-Extra, Brasília, DF, ano 157, n. 67-B, p. 13, 07 abr. 2020.

BRASIL. Medida provisória nº 959, de 29 de abril de 2020. Estabelece a operacionalização do pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda e do benefício emergencial mensal de que trata a Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020, e prorroga a *vacatio legis* da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, que estabelece a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD. **Diário Oficial da União**: Seção 1-Extra, Brasília, DF, ano 157, n. 81-A, p. 1, 29 abr. 2020.

BRASIL. Medida provisória nº 982, de 13 de junho de 2020. Dispõe sobre a conta do tipo poupança social digital. **Diário Oficial da União**: Seção 1-Extra, Brasília, DF, ano 157, n. 111-D, p. 1, 13 jun. 2020.

BRASIL. Medida provisória nº 982, de 13 de junho de 2020. Exposição de Motivos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-982-20.pdf. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL ECONÔMICO – PORTAL IG. **Auxílio Emergencial: de 107 milhões cadastrados, 59 milhões foram aprovados**. São Paulo, 10 jun. 2020. Disponível em: <https://economia.ig.com.br/2020-06-10/auxilio-emergencial-de-107-milhoes-castrados-59-milhoes-foram-aprovados.html>. Acesso em: 30 jun. 2020.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **Auxílio Emergencial: um suporte financeiro do Governo Federal para trabalhadores informais**. Disponível em: <http://www.caixa.gov.br/auxilio/Paginas/default2.aspx>. Acesso em: 30 jun. 2020.

CHAN, Jasper Fuk-Woo; YUAN, Shuofeng; KOK, Kin-Hang; TO, Kelvin Kai-Wang; CHU, Hin (coords.) *A familial cluster of pneumonia associated with the 2019 novel coronavirus indicating person-to-person transmission: a study of a family cluster*. The Lancet, nº 395, 24 jan. 2020, p. 514-523. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30154-9](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30154-9). Acesso em: 30 jun. 2020.

CNN BRASIL. Maia defende ‘coronavoucher’ de R\$ 500 e estima custo em até R\$ 12 bi. São Paulo: 26 mar. 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2020/03/26/ajuda-de-r-200-e-muito-pequena-para-trabalhadores-afirma-maia>. Acesso em: 30 jun. 2020.

DEUTSCHE WELLE BRASIL. **Europa confirma primeiros casos de coronavírus**. Bonn (Alemanha), 25 jan. 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/europa-confirma-primeiros-casos-de-coronav%C3%ADrus/a-52145128>. Acesso em: 30 jun. 2020.

Obituários ocupam dez páginas de jornal italiano. Bonn (Alemanha), 20 mar. 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/http-cmsdwcom-image-05286084340400jpg/av-52863350>. Acesso em: 30 jun. 2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Bolsonaro anunciou aumento em ‘coronavoucher’ para esvaziar discurso da oposição e retomar protagonismo.** São Paulo, 30 mar. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/03/bolsonaro-anunciou-aumento-em-coronavoucher-para-esvaziar-discurso-da-oposicao-e-retomar-protagonismo.shtml>. Acesso em: 30 jun. 2020.

_____. **Ministério da Saúde diz que 1º caso de coronavírus no Brasil é, na verdade, de janeiro.** São Paulo, 02 abr. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/04/ministerio-da-saude-diz-que-1o-caso-de-coronavirus-no-brasil-e-de-janeiro.shtml>. Acesso em: 30 jun. 2020.

_____. **Três em cada cinco brasileiros pagam conta em agência, diz pesquisa.** São Paulo, 28 out. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/10/tres-em-cada-cinco-brasileiros-pagam-conta-em-agencia-diz-pesquisa.shtml>. Acesso em: 30 jun. 2020.

GLOBO.COM. **Exclusivo: TCU aponta que 620 mil pessoas receberam auxílio emergencial sem ter direito.** Rio de Janeiro, 28 jun. 2020. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/8658780/>. Acesso em: 30 jun. 2020.

GOVERNO DO BRASIL – NOTÍCIAS. **Auxílio emergencial será prorrogado por dois meses.** Brasília, 09 jun. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2020/06/auxilio-emergencial-sera-prorrogado-por-dois-meses>. Acesso em: 30 jun. 2020.

HUANG, Chaolin; WANG, Yeming; LI, Xingwang, REN, Lili; JAO, Jianping; HU, Yi. **Clinical features of patients infected with 2019 novel coronavirus in Wuhan, China.** *The Lancet*, nº 395, 24 jan 2020, p. 497-506. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30183-5](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30183-5). Acesso em: 30 jun. 2020.

INSTITUTO IPSOS. *In: WIKIPÉDIA: a enciclopédia livre.* [San Francisco, CA: Wikimedia Foundation, 2018]. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Instituto_Ipsos. Acesso em: 30 jun. 2020.

MAZANEK, Paula. O Papel dos Bancos no Fomento às *Fintechs*. In EROLES, Pedro (coord.). **Fintechs, Bancos Digitais e Meios de Pagamento: Aspectos regulatórios das novas tecnologias financeiras.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA – FÓRUM PERMANENTE DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. **Calendário de pagamentos para receber o auxílio emergencial.** Brasília, 09 abr. 2020. Disponível em: <http://www.forumpermanente.gov.br/index.php/amge/308-calendario-de-pagamentos-para-receber-o-auxilio-emergencial>. Acesso em: 30 jun. 2020.

O POVO ONLINE. **Saiba quais são as regras aprovadas pela Câmara para o auxílio emergencial de R\$ 600.** Fortaleza, 27 mar. 2020. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/noticias/economia/2020/03/27/saiba-quais-sao-as>

regras-aprovadas-pela-camara-para-o-auxilio-emergencial-de-r--600.html. Acesso em: 30 jun. 2020.

PORTAL R7. **Cadastro para auxílio emergencial já supera 15 milhões de escritos.** São Paulo, 07 abr. 2020. Disponível em: <https://noticias.r7.com/economia/cadastro-para-auxilio-emergencial-ja-supera-15-milhoes-de-inscritos-07042020>. Acesso em: 30 jun. 2020.

SANTOS, Mário Ferreira dos. **Filosofia da crise.** São Paulo: É Realizações. 2017, e-book Kindle.

THE GOVERNMENT OF THE HONG KONG SPECIAL ADMINISTRATIVE REGION: PRESS RELEASES. **CHP closely monitors cluster of pneumonia cases on Mainland.** Hong Kong (China), 31 dez. 2019. Disponível em: <https://www.info.gov.hk/gia/general/201912/31/P2019123100667.htm>. Acesso em: 30 jun. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Virtual press conference on COVID-19 – 11 March 2020.** Genebra (Suíça), 11 mar. 2020. Disponível em https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/transcripts/who-audio-emergencies-coronavirus-press-conference-full-and-final-11mar2020.pdf?sfvrsn=cb432bb3_2. Acesso em: 30 jun. 2020.

19. IMPACTOS DA PANDEMIA (COVID-19) NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

IMPACTS OF PANDEMIA (COVID-19) ON BUSINESS CONTRACTS



<https://10.0.142.240/10.36592/9786587424149-19>

Fernanda Linden Ruaro Peringer¹

Resumo

O novo coronavírus também chamado de covid-19, espalhou-se rapidamente por todo mundo trazendo consigo inúmeros problemas decorrentes dos impactos que as medidas restritivas impostas, ou seja, a limitação de circulação das pessoas, ocasionando um colapso nos sistemas de saúde, político e econômico e, não menos importantes, no sistema jurídico, mais especificamente nos setores empresariais que vêm enfrentando dificuldades acerca do cumprimento das avenças firmadas antes da existência do novo vírus. Nesse sentido, o presente artigo enfrentará questões sobre a possibilidade de revisão dos contratos empresariais decorrentes de fatos imprevisíveis à luz dos dispositivos legais correspondentes a fim de que os princípios da função social dos contratos e da preservação das empresas sejam protegidos.

Palavras-chave: Contratos empresariais. Pandemia. Revisão Contratual. Fato Imprevisível.

Abstract

The new coronavirus, also called covid-19, has spread rapidly throughout the world, bringing along with it several problems arising from the impact of the restrictive measures imposed, that is, the limitation of people's circulation, causing a collapse in health, political and economic systems and, not least, in the legal system, more

¹ Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista CNPQ. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa Empresa e Desenvolvimento Econômico e Social. Advogada. O material em questão foi apresentado para publicação pela mesma instituição, em junho de 2020, sob orientação e coordenação do Professor Doutor Ricardo Lupion.

specifically in business sectors that have been facing compliance problems in the agreements signed before the existence of the new virus. In this sense, this article will address questions about the possibility of reviewing business contracts arising from unpredictable facts in light of the corresponding legal provisions so that the principles of the social function of contracts and the preservation of companies are protected.

Keywords: Business contracts. Pandemic. Contract Review. Unpredictable Fact.

1 Introdução

A pandemia (covid-19), doença causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2) foi declarada no dia 30 de janeiro de 2020, pela Organização Mundial de Saúde (OMS), como uma Emergência de Saúde Pública de Importância Mundial, sendo, posteriormente, no dia 11 de março, declarada como pandemia, considerando seu alto grau de disseminação. Em decorrência da elevada transmissibilidade do vírus que ocorre por meio do contato humano ou pelo contato com superfícies infectadas, em pouco mais de dois meses a doença já se fazia presente em diversos países ao redor do mundo e apresentava resultados devastadores como, por exemplo, o caso da Itália.

As circunstâncias atuais, que na realidade se deram em virtude do isolamento social com marco inicial no dia 20 de março do corrente ano, geram, ainda, grande instabilidade econômica trazendo dificuldades inéditas sobre a forma de cumprimento dos contratos empresariais. Logo, dúvidas surgem acerca do enfrentamento sobre as questões contratuais em tempos de pandemia, quais sejam: aplicar a generalização para a extinção ou revisão imediata ou, analisar o impacto específico para cada contrato, ou seja, tratar cada contrato de forma individual sendo possível também utilizar os mecanismos de conservação?

Notadamente, a maioria dos governantes do nosso país adotou o isolamento social visando desacelerar o alastramento da doença. Contudo, em decorrência disso, pouco mais de quatro meses se passaram e muitos são os impactos observados na economia, considerando que a paralisação de algumas atividades tidas como não essenciais, ou, até mesmo, daquelas consideradas essenciais, mas que tiveram que se adaptar a uma nova realidade e a uma nova forma de prestar seus serviços.

Conforme o jornal “El País”, da Espanha, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) estima que a “*Crise do coronavírus levará mais de 11,5 milhões de latino-americanos ao desemprego neste ano*”. A lógica é: nos Estados que adotaram

ou vierem a adotar o chamado “*lockdown*” (bloqueio total) das atividades, serão mais graves ainda os prejuízos causados em detrimento dessas ordens, visto que quanto mais tempo durar a paralização das atividades, maiores serão as consequências, levando inúmeros empresários à insolvência e, ainda, à falência principalmente se pensarmos nos empresários de pequeno porte.

Além disso, considerando que estamos diante de um cenário distópico muitas são as questões jurídicas que estão surgindo a respeito do cumprimento dos contratos empresariais. Deste modo, competirá ao Poder Judiciário, inevitavelmente, suscitar sobre a nova realidade que nos cerca.

Nesse contexto, o presente artigo visa analisar, conforme disposições expressas em nosso ordenamento, a questão referente ao cumprimento dos contratos empresariais que já se encontravam em vigor antes do início da pandemia. Enfrentará, ainda, os impactos trazidos pelos mesmos elucidando as alternativas que o sistema jurídico brasileiro assegura para lidar com o problema, bem como as modificações pontuais que foram implementadas pelo Projeto de Lei nº 1.179/2020.

Por fim, o método de abordagem utilizado para a realização deste trabalho é o hipotético-dedutivo, por meio de pesquisas do tipo bibliográficas e explicativas, com interpretação sistemática.

2 Contratos empresariais e seu cumprimento em tempos de pandemia (Covid-19)

A paralisação integral de alguns setores de atividade como, por exemplo, o caso dos shoppings centers, tem levado a uma diminuição no ritmo de trabalho. Em face disso, acarretou, conseqüentemente, na desaceleração do consumo de produtos e serviços não essenciais levando a uma desvalorização do setor empresarial, considerando-se a queda no fluxo de caixa de inúmeras empresas afetadas e, ainda, ao descumprimento de várias obrigações.

Considerando o cenário que nos encontramos nos deparamos com muitos contratos que foram celebrados num contexto completamente distinto e, hoje, se encontram prejudicados e desequilibrados. Estamos em vias de ter, numa generalidade de contratos empresariais, a exigência do cumprimento do que foi

acordado numa ocasião completamente diversa, revelando-se como excessivamente onerosa para uma das partes contratantes.

No entanto, é preciso agir com atenção de modo a se evitar soluções que, no ímpeto de responder à crise, force a subsunção da pandemia a modelos normativos que não a comportam efetivamente². Aqui, citam-se aqueles contratos empresariais de execução continuada, a exemplo, contratos em *shoppings centers* naturalmente mais suscetíveis às mudanças de cenário global (considerando que em muitos Estados do nosso país os shoppings se encontram fechados) permitindo ponderar quando ou, até mesmo, em quais hipóteses será possível dar-se a revisão dos mesmos.

Do ponto de vista contratual, sabe-se que o contrato cria obrigações entre as partes e, havendo descumprimento, nasce a necessidade de reparação dos prejuízos causados pelo inadimplemento. Desta forma, importante elucidar que os contratos empresariais são aqueles firmados entre empresários, ou seja, ambos os contratantes são empresários.

Para Fábio Ulhoa Coelho³ “os contratos são empresariais (comerciais ou mercantis), assim, se os dois contratantes são empresários”. Da mesma forma, para André Luiz Santa Cruz Ramos⁴ são “contratos estritamente empresariais aqueles formulados entre dois empresários”.

Destarte, o contrato empresarial do ponto de vista econômico e jurídico tem por natureza basilar a função econômica, caracterizada pelo objetivo materializado através do lucro. Assim sendo, esta modalidade de relação negocial realizada entre empresas ou entre empresas e indivíduos define-se pela finalidade patrimonial.⁵

Nesse contexto, visando regulamentar de forma expressa a utilização do contrato, o artigo 421 do Código Civil de 2002⁶, recepcionou o Princípio da Função Social do Contrato dispondo que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, bem como, em seu parágrafo único, e conforme a nova Lei de Liberdade Econômica “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão

² DE SOUZA, Eduardo Nunes, SILVA, Rodrigo da Guia. Relação contratual nos tempos do novo coronavírus. <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322574/resolucao-contratual-nos-tempos-do-novo-coronavirus>. Acesso em 15/07/2020.

³ COELHO, Fabio Ulhoa. Manual de Direito Empresarial. 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 254.

⁴ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito empresarial. 8ª edição. São Paulo: Editora Gen, 2018, p. 639.

⁵ FILHO, Adelino Borges Ferreira, A Função Social do Contrato Empresarial, file:///C:/Users/Samsung001/Downloads/5854-18241-2-PB.pdf. Acesso em 14/07/2020.

⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em 14/07/2020.

*contratual*⁷.

Em face dessas constatações, percebe-se que a modificação referida acima elenca a aproximação do Direito Civil ao Direito Empresarial com os ideais de livre mercado e livre concorrência. Ademais, busca uma solução menos complexa da que poderia advir com a criação de um novo Código Comercial que exigiria profundas alterações no nosso sistema normativo.

Impende considerar que nos contratos empresariais presume-se a simetria entre as partes, a qual só poderá ser relativizada em casos extremos. Ademais, cumpre ressaltar que possibilitar ampla intervenção estatal em contratos dessa natureza importaria em afronta ao próprio texto constitucional, em seu artigo 170, caput e inciso IV, que consagra como princípios da ordem econômica a livre iniciativa e a livre concorrência.

Nesse sentido, a recém promulgada Lei de Liberdade Econômica, n.º 13.874/2019, regulamentou, de forma expressa, novo dispositivo no Código Civil, elencando, em seu artigo 421-A:

Art. 421-A: Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019);

I - As partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019);

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019);

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. (Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019).

De irrefutável importância asseverar que a elaboração de contratos empresariais deve atentar-se, entre outros aspectos, à probabilidade de riscos, conforme dispõe o artigo 421-A, inciso II, do CC. Apesar do que as partes contratantes acordarem, a incerteza acompanha os negócios, ora com resultados positivos, ora com implicações desastrosas.

Desta forma, o direito brasileiro adota, com relação ao incerto, o Princípio da Conservação do Contrato. Ou seja, nosso ordenamento prevê a possibilidade de

⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm Acesso em 14/07/2020.

alterações assinalando a preservação do negócio na medida do possível mesmo quando adequações se façam necessárias, conforme dispõe Frederico Eduardo Zenedin Glitz⁸.

Gilberto Andrade⁹ destaca que o Princípio da Conservação dos Contratos baseia-se na função social do contrato, ou seja, protege a criação e a circulação de riqueza propiciando acesso a bens e serviços que beneficiam o desenvolvimento econômico e social da pessoa humana.

Em que pese o novo coronavírus representar uma novidade fática, não inovou na ordem jurídica brasileira. Nesse sentido, Eduardo Nunes de Souza e Rodrigo da Guia Silva entendem que no que compete especificamente ao direito privado não parece adequado a edição de leis de afogadilho fomentadas pela insegurança generalizada causada em detrimento da pandemia. Afirmam, ainda, que compete ao intérprete examinar os instrumentos jurídicos com técnica e segurança com vistas a promover equilíbrio¹⁰. Contudo, é preciso proceder com cautela, de modo a se evitar soluções que, no ímpeto de responderem à crise, forcem a subsunção da pandemia a modelos normativos que não a comportam efetivamente.

No que tange a problemática advinda da pandemia na qual nos encontramos, o Conselho Nacional de Justiça vem incentivando e recomendando soluções negociais de conflitos, sejam através de um mediador ou de um árbitro. Ana Frazão¹¹ assegura que o dever de cooperação faz parte do próprio objeto contratual, ou seja, devem ser mantidos todos os esforços para manutenção do vínculo, ainda que diante de modificações. Complementa seu pensamento afirmando que embora não se observe incondicionalmente o princípio do *pacta sunt servanda*, existe a necessidade de se conter o oportunismo excessivo para garantir-se a continuidade do pacto, ainda que por meio da sua revisão ou adaptação¹².

Contudo, parece não haver dúvidas de que o novo coronavírus é um fato imprevisível, seja em relação à sua existência, seja em relação às suas consequências.

⁸ GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship**. Curitiba: Juruá, 2008.

⁹ Andrade; G.; O Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos – Aplicações Prática. <https://gilbertoandrad.jusbrasil.com.br/artigos/152372667/o-principio-da-conservacao-dos-negocios-juridicos-aplicacoes-praticas>. Acesso em 15/07/2020.

¹⁰ DE SOUZA, Eduardo Nunes, SILVA, Rodrigo da Guia. Relação contratual nos tempos do novo coronavírus. <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322574/resolucao-contratual-nos-tempos-do-novo-coronavirus>. Acesso em 15/07/2020.

¹¹ FRAZÃO, Ana. Impactos da covid-19 sobre os contratos empresariais. <https://www.aasp.org.br/em-pauta/impactos-da-covid-sobre-os-contratos-empresariais/>. Acesso em 15/07/2020.

¹² Ob. Cit. Acesso em 14/07/2020.

No entanto, a resolução ou o descumprimento contratual devem ser observados como recursos excepcionais que poderá alterar substancialmente as expectativas das partes em relação ao contrato firmado¹³.

Ainda no que tange à problemática atual e considerando não ser possível mensurar todos os potenciais incidentes que poderiam trazer prejuízo a um contrato, nem inserir todas as excepcionalidades de maneira explícita na forma de cláusulas, não resta outra saída a não ser aplicar aos contratos empresariais a regra da vontade presumível que permite que situações absolutamente imprevisíveis sejam passíveis de solução à luz da razoabilidade e da boa-fé.

Nada obstante, apesar da recomendação ser a revisão consensual dos contratos, inúmeras são as ações judiciais em busca de uma solução rápida requerendo a renegociação dos mesmos. De fato, se olharmos pelo viés dos contratos empresariais a questão acentua-se mais ainda, visto que a estrutura obrigacional e econômico-financeira destes pode ser drasticamente comprometida por um terceiro alheio à vontade das partes, neste caso o novo coronavírus.

Nesse contexto, não sendo possível estabelecer-se o consenso entre as partes contratantes, o nosso ordenamento jurídico dispõe de alguns mecanismos para enfrentar a pandemia, previstos nos artigos 317, 393 e, artigo 478, todos do Código Civil/2002, como veremos adiante.

3 A possibilidade de revisão contratual em face de um fato imprevisível

Inicialmente, importante elucidar para melhor compreensão do tema que o princípio da autonomia da vontade ganhou força com dois fatos históricos, quais sejam: a Revolução Francesa ocorrida no século XVIII, e o avanço do liberalismo econômico. Referido princípio consagra a ideia de que ninguém é obrigado a contratar, mas aqueles que o fizerem deverão cumprir com a obrigação pactuada. Carlos Roberto Gonçalves¹⁴ acredita haver uma correlação entre o princípio da autonomia da vontade com o princípio da *pacta sunt servanda*.

Igualmente merece destaque relembrar que a liberdade contratual conquistada vigorou por quase dois séculos. Contudo, o adeus ao liberalismo se deu com a Primeira

¹³ Ob. Cit. Acesso em 14/07/2020.

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil 1 Esquematizado. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 911.

Guerra Mundial, visto que em decorrência daquela sobrevieram prejuízos em face dos conflitos existentes na denominada “gripe espanhola” que se assolou no século XX, levando muitas empresas à falência¹⁵.

Por lógico, que as circunstâncias ocasionadas em detrimento da pandemia – neste caso, da gripe espanhola – culminaram em um novo olhar jurídico acerca da obrigatoriedade contratual em seus termos iniciais em razão da impossibilidade de cumprimento dos contratos. Assim, em face do cenário que se assolava a época, a cláusula “*rebus sic stantibus*”, foi recobrada com o viés de corrigir as distorções e a irrealidade de exigência de termos contratuais impossíveis de serem cumpridos por fatos supervenientes.

No que concerne especificamente ao Brasil, o Código Civil de 1916, deixou de abordar o tema sobre a teoria da imprevisão. Na época, a realidade negocial no país predominava acerca da cláusula “*pacta sunt servanda*”. Desse modo, a previsão legal de revisão contratual ocorreu primeiramente em 1990, com o Código de Defesa do Consumidor sendo incorporada, posteriormente, pelo Código Civil de 2002, a teoria revisionista, dispondo sobre o tema no capítulo referente à extinção dos contratos¹⁶.

Nesse sentido, conforme referido anteriormente os artigos 317 e 478, do CC, dispõem sobre os casos imprevisíveis que denotam no desbalanceamento dos contratos firmados. No entanto, a desproporção tratada no artigo 317 protege o devedor, enquanto que no artigo 478, abrange um juízo relacional entre credor e devedor, na medida em que o fato imprevisível deve trazer onerosidade excessiva para uma das partes em detrimento da extrema vantagem da outra. É por essa razão, inclusive, que se entende que o art. 478 do CC não acolheu propriamente a teoria da imprevisão, pois se faz necessário, além disso, o desbalanceamento do contrato¹⁷.

Inobstante esses fatos, o art. 393, do CC, trata acerca do instituto do caso fortuito e da força maior. Ainda nesse sentido, os artigos 113, §1, inciso V, e artigo 421-A, inciso II, do CC, abrem a possibilidade para discussões pautadas à base do negócio jurídico, bem como à preservação da forma originária de risco definida pelas partes contratantes.

¹⁵ TEIXEIRA, Juan dos Santos. Teoria da imprevisão: reflexo da pandemia nos contratos empresariais. <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/54722/teoria-da-imprevisao-reflexos-da-pandemia-nos-contratos-empresariais>. Acesso em 15/07/2020.

¹⁶ Ob. Cit. Acesso em 15/07/2020.

¹⁷ FRAZÃO, Ana. Impactos da covid-19 sobre os contratos empresariais. <https://www.aasp.org.br/em-pauta/impactos-da-covid-sobre-os-contratos-empresariais/>. Acesso em 15/07/2020.

Ana Frazão¹⁸ destaca que:

É fato que o ordenamento jurídico brasileiro conta com uma gama de soluções para resolver as distintas consequências da pandemia sobre os contratos, ainda que possa haver dúvidas e mesmo divergências em relação a várias das alternativas mencionadas, que nem sempre estão unidas por um fio condutor comum.

Ainda nesse sentido, Ana Frazão chama a atenção alegando que:

Entretanto, se há um ponto sobre o qual existe considerável convergência, senão unanimidade é o fato de que todas essas soluções precisam considerar as peculiaridades do caso concreto. Isso afasta preliminarmente a ideia de que a pandemia possa ser um fato que desequilibra todos os contratos na mesma extensão e, exatamente por isso, justificaria de forma apriorística o descumprimento, a resolução ou a revisão. Daí os cuidados que se deve ter com soluções amplas e generalizantes. Mesmo a breve experiência que já estamos tendo com a pandemia mostra que os seus impactos realmente divergem conforme o tipo e as circunstâncias dos contratos, assim como variáveis externas – como os casos em relação aos quais se cogita da aplicação da teoria do fato do príncipe. Em vários casos, a impossibilidade de cumprimento da prestação é apenas momentânea, o que igualmente não justificaria soluções extremas, como a resolução.

Diante dos fatos aqui demonstrados deve-se sopesar a necessidade, a oportunidade e, até mesmo, o acerto do Projeto de Lei nº 1.179/2020, que ao tentar disciplinar os efeitos da pandemia sobre os contratos buscou impedir a judicialização em massa. Desta forma, primeiramente importante salientar que nos contratos empresariais a intervenção do legislador deverá dar-se de forma pontual e provisória, bem como somente deve ocorrer em casos em que nosso ordenamento jurídico efetivamente não dispor de soluções para o problema em questão.

Nesse viés, um ponto positivo acerca do Projeto de lei acima referido, se dá mais especificamente no que compete ao seu artigo 6º, inciso II, que dispõe que as soluções dar-se-ão de forma pontual e temporária com marco inicial no dia 20 de março de 2020, ou seja, *“as consequências da pandemia do Covid-19 à execução dos contratos, inclusive a aplicação do artigo 393 do Código Civil, não terão efeitos retroativos”*¹⁹.

Entretanto, Ana Frazão²⁰ discorda da normativa asseverando que:

¹⁸ Ob. Cit. Acesso em 15/07/2020.

¹⁹ Projeto de Lei nº 1179/2020. <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141306>. Acesso em 15/07/2020.

²⁰ FRAZÃO, Ana. Impactos da covid-19 sobre os contratos empresariais. <https://www.aasp.org.br/em-pauta/impactos-da-covid-sobre-os-contratos-empresariais/>. Acesso em 15/07/2020.

Tal solução, que não se extrai do texto da norma, leva a grandes dificuldades, pois, além do marco temporal ter sido fixado de modo arbitrário, a prevalecer a mens legislatoris, estar-se-á diante de solução injustificável e injusta, pois o ideal seria que os contratos anteriores à pandemia pudessem se utilizar das soluções usuais do sistema – tais como o art. 317, 393 e 478 do Código Civil – sempre que presentes os seus pressupostos. Com efeito, é precisamente em relação a eles que a pandemia pode ser vista como um fato imprevisível. Já no tocante aos contratos posteriores à pandemia, pelo menos o evento é certo, ainda que as consequências sejam imprevisíveis.

Em que pese a diretriz normativa elencar acerca da irretroatividade dos contratos, no entendimento de Juan dos Santos Teixeira, não podemos nos olvidar de que até mesmo os contratos empresariais por serem paritários e simétricos deverão atender à sua função social. Da mesma forma, existe o desafio no implemento acerca do princípio da preservação das empresas em meio às circunstâncias negativas advindas em face da atual pandemia. Defende ainda o jurista que a aplicação do artigo 317, do CC, aos contratos empresariais se encontra em harmonia com a interpretação teleológica das normas de direito civil²¹.

Conclusão

Para muitos, estamos diante da pior crise econômica desde a Grande Depressão dos anos de 1930, também conhecida como crise de 1929, cujos efeitos ainda são impossíveis de ser vislumbrados. Apenas a título de informação cabe trazer a baila que referida crise teve início no ano de 1929, e persistiu ao longo da década de 1930, terminando apenas com a Segunda Guerra Mundial.

Posta esta questão preliminar e, considerando os argumentos delimitados no presente artigo, conclui-se que o mundo inteiro tenta entender como se portar frente à pandemia causada pelo novo coronavírus. Ao mesmo tempo em que a ciência compromete-se na busca incessante por um remédio e vacina eficazes para combater a doença que nos cerca, as medidas restritivas impostas pelas autoridades nacionais tem implicações severas nos rumos econômicos de praticamente todos os países do mundo.

²¹ TEIXEIRA, Juan dos Santos. Teoria da imprevisão: reflexo da pandemia nos contratos empresariais. <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/54722/teoria-da-impreviso-reflexos-da-pandemia-nos-contratos-empresariais>. Acesso em 15/07/2020.

Não há dúvida alguma de que o maior prejuízo diante da pandemia em que nos encontramos seja o das vidas humanas, das vidas perdidas. No entanto, deve-se analisar as tormentosas consequências e os reflexos causados pelo vírus, mais precisamente, no que compete à recessão econômica pouco importando se se dará nas grandes, médias ou pequenas empresa. O que se sabe, ou o que até o presente momento se presume, é que de fato, todas àquelas sofrerão algum tipo de consequência devastadora.

De outra banda, é certo que as hipóteses aqui apresentadas acerca dos contratos empresariais não irão solucionar todos os contratos afetados pelo novo coronavírus. Podem servir, contudo, como balizadoras durante o período que estamos vivendo.

Do mesmo modo, acerca da generalização da revisão contratual, parece já haver consenso dos doutrinadores brasileiros, de tal modo que a unificação de interpretações poderá estender o período e a insegurança jurídica que a pandemia atribuirá ao direito. Flávio Tartuce assevera que colaboração entre as partes contratantes será o meio necessário para diminuir futuros litígios no momento em que as mesmas deixarem de se tratar como adversárias.

Assim sendo, em um primeiro momento diante do aqui narrado, pleiteia-se pela valorização do princípio da conservação do negócio jurídico como forma de minimizar os impactos decorrentes da pandemia no sistema econômico-financeiro sendo prudente que as partes se empenhem na renegociação, inclusive no âmbito privado, a fim de evitar-se demasiada interferência estatal. Sugere-se, ainda, caso não haja entendimento direto entre as partes, o uso de meios extrajudiciais de solução de conflitos. Nesse sentido, aliás, é a orientação do Novo Código de Processo Civil, que em seu artigo 3º, §3º, prevê que *“a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”*. No entanto, frustrada a tentativa consensual admitir-se-á a revisão contratual desde que a mesma se dê nos moldes do nosso ordenamento jurídico.

Por fim, na visão de Luciano Benetti Timm, as relações contratuais, especialmente as relações empresariais, deverão criar um vínculo de cooperação de forma que o contrato celebrado entre as partes perdure por mais tempo mesmo diante das adversidades impostas. Afirma, ainda, o autor ser necessário considerar que para ter-se equilíbrio contratual muitas vezes deverá haver disponibilidade das partes para

deixar existir um “não-lucro”. Ou seja, somente assim se viabilizará a existência de uma relação de “ganha-ganha”, necessária à continuidade dos negócios e, por consequência, de um futuro adimplemento contratual²².

Referências

ANDRADE; Gilberto. **O Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos – Aplicações Práticas**. <https://gilbertoandrad.jusbrasil.com.br/artigos/152372667/o-principio-da-conservacao-dos-negocios-juridicos-aplicacoes-praticas>. Acesso em 15/07/2020.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 254;

DE SOUZA, Eduardo Nunes, SILVA, Rodrigo da Guia. **Relação contratual nos tempos do novo coronavírus**. <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322574/resolucao-contratual-nos-tempos-do-novo-coronavirus>. Acesso em 15/07/2020;

FILHO, Adelino Borges Ferreira. **A Função Social do Contrato Empresarial**, file:///C:/Users/Samsung001/Downloads/5854-18241-2-PB.pdf. Acesso em 14/07/2020;

FRAZÃO, Ana. **Impactos da covid-19 sobre os contratos empresariais**. <https://www.aasp.org.br/em-pauta/impactos-da-covid-sobre-os-contratos-empresariais/>. Acesso em 15/07/2020;

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm Acesso em 14/07/2020;

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 1 Esquematizado**. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua conservação: lesão e cláusula de hardship**. Curitiba: Juruá, 2008;

Projeto de Lei n.º 1179/2020
<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141306>. Acesso em 15/07/2020;

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial**. 8ª edição. São Paulo: Editora Gen, 2018, p. 639;

TEIXEIRA, Juan dos Santos. **Teoria da imprevisão: reflexo da pandemia nos contratos**

²² TIMM, Luciano Benetti. A manutenção da relação contratual empresarial internacional de longa duração: o caso da hardship, in: *Revista trimestral de direito civil: RTDC*. v.VII, n.º 27, pp. 235-245, (jul/set 2006), Rio de Janeiro: Padma, p. 3.

empresariais.<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/54722/teoria-da-imprevisao-reflexos-da-pandemia-nos-contratos-empresariais>. Acesso em 15/07/2020;

TARTUCE, Flávio. **Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 12^a edição. São Paulo: Editora Gen, 2017, p. 234;

TIMM, Luciano Benetti. **A manutenção da relação contratual empresarial internacional de longa duração**: o caso da *hardship*, in: Revista trimestral de direito civil: RTDC. v.VII, n.º 27, pp. 235-245, (jul/set 2006), Rio de Janeiro: Padma, p. 3.

20. A INFLUÊNCIA DA COVID-19 NA GOVERNANÇA CORPORATIVA: FORTALECIMENTO DA RESPONSABILIDADE AMBIENTAL, SOCIAL E GOVERNANÇA (ASG)

*THE INFLUENCE OF COVID-19 IN CORPORATE GOVERNANCE: ENHANCING
THE ENVIRONMENTAL, SOCIAL AND GOVERNANCE (ESG)*



<https://10.0.142.240/10.36592/9786587424149-20>

Carlos Bender Konrad¹

O desafio será readequar o humanismo aos novos tempos.

(COSTA DA COSTA, informação verbal²).

Resumo

Este artigo objetiva desenvolver uma reflexão crítica sobre os impactos que a pandemia do Novo Coronavírus pode causar nas empresas e mecanismos que poderão auxiliá-las na manutenção e recuperação econômica. Num primeiro momento, após a introdução haverá uma breve contextualização da situação da Covid-19 e a sua relação com possíveis desdobramentos na situação empresarial brasileira. Após, passa-se a analisar a Governança Corporativa, seu conceito, uma classificação atual e importante, questionando-se se essa divisão faz sentido atualmente. No mesmo tópico, analisa-se o tema das liberalidades praticadas pelas companhias, como doações e como essa prática é vista pelo prisma da *Corporate Governance*. Em seguida, analisam-se aspectos relevantes da responsabilidade ambiental, social e a sua relevância com a Governança Corporativa, enfocando a sua importância no contexto de contágio pandêmico e identificando pontos relevantes para aproveitamento por empresas que assumem essa postura de comprometimento ambiental e social. O método de abordagem empregado consistirá no sistemático, com procedimento monográfico.

Palavras-chave: Governança Corporativa. Ambiental. Social. ASG.

¹ Mestrando em Direito e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogado. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4247945930947483>. E-mail: carlosbkonrad@hotmail.com; O material em questão foi apresentado para publicação pela mesma instituição, em junho de 2020, sob orientação e coordenação do Professor Doutor Ricardo Lupion.

² Jaderson Costa da Costa, "O homem na era digital: inteligência artificial e pós-humanismo", palestra no 9º Seminário de Gestão, em 20 out 2018.

Abstract

This work aims to develop a critical reflection on the impacts that the New Corona Virus (Covid-19) pandemic may have on companies and mechanisms that may help them maintain and recover economically. At first, after the introduction there will be a brief contextualization of the situation of Covid-19 and its relationship with possible developments in the Brazilian business situation. Afterwards, it will analyze Corporate Governance, its concept, a current and important classification, wondering if this division makes sense today. In the same topic, the theme of the liberalities practiced by the companies is analyzed, such as donations and how this practice is seen through the prism of Corporate Governance. Next, relevant aspects of environmental and social responsibility and their relevance to Corporate Governance are analyzed, focusing on their importance in the context of pandemic contagion and identifying relevant points for companies that assume this posture of environmental and social commitment. The approach employed will consist of a systematic, monographic procedure.

Keywords: Corporate Governance. Environmental. Social. ESG.

Introdução

O estudo da Governança Corporativa (GC) é relevante para todo porte de empresa, desde as *startups* até as grandes companhias com valores mobiliários admitidos a negociação em bolsas de valores (companhias abertas).

A *Corporate Governance* pretende fornecer informações aos interessados (*stakeholders*) para a tomada de decisões, não só no aspecto da administração interna, mas em decisões de sujeitos com interesse em financiar a empresa, sendo um item relevante para o fornecimento de subsídios a investidores em tempos da pandemia do Covid-19.

Um dos problemas identificados atualmente diz respeito a necessidade de obtenção de recursos para capitalização de atividades econômicas em um momento de incertezas e encolhimento da economia mundial decorrente da crise decorrente da pandemia.

A hipótese proposta é que a Governança Corporativa é um meio eficiente para fornecer informações de quais empresas devem receber recursos nesse momento de rápido contágio mundial decorrente do novo vírus.

O presente trabalho objetiva analisar como os aspectos externos da *Corporate Governance* auxiliam os aspectos internos da empresa e que no contexto atual os elementos externos são fundamentais para as decisões de investidores no Brasil.

O trabalho conta com a seguinte estrutura de tópicos: síntese da situação pandêmica no Brasil; estudo da Governança Corporativa, como foco em uma divisão relevante, estudo de liberalidades praticadas por sociedades anônimas, especialmente à luz da Lei de Sociedades por Ações (Lei n. 6.404/1976) e, por fim, estudo e enquadramento da responsabilidade ambiental e social no contexto brasileiro.

O presente trabalho pretende demonstrar, por meio do método de abordagem sistemático e procedimento monográfico a importância dos aspectos ambiental, social e de governança (ASG) para as empresas em contexto de pandemia.

O tema proposto envolve o delineamento e conformação de importantes pilares do direito societário e almeja-se com seu estudo contribuir para o debate moderno envolvendo liberalidades praticadas por sociedades empresárias.

1 A situação de pandemia do novo coronavírus (Covid-19)

A Organização Mundial da Saúde declarou, em 30 de janeiro de 2020, que o surto da doença causada pelo novo Coronavírus se constituía uma emergência de saúde pública de importância internacional. Diante do aumento exponencial de casos ao redor do mundo, em pouco mais de um mês a declaração de emergência, em 11 de março de 2020, foi declarada uma pandemia de Covid-19.

O Brasil, com forte inserção internacional em relações empresariais, logo identificou contágio de estrangeiros que realizaram viagens internacionais e chegaram ao território nacional. O primeiro caso da doença foi oficialmente diagnosticado em 26 de fevereiro de 2020 e até o presente momento a contaminação segue em grau exponencial em diversas regiões do país.

Os efeitos devastadores da pandemia podem ser vistos não só da quantidade de infectados e óbitos, mas também porque esta megacrise salientou um problema fundamental social do Brasil pelo *World Economic Forum*: a desigualdade (RICHMOND, 2020).

A proteção ambiental, normalmente ignorada em situações de primeira necessidade, como a proteção à vida em situações de pandemia, merece uma análise

mais atenta. Em situações em que a higienização com álcool, uso de detergentes, roupas limpas e limpeza das mãos é fundamental, surge o problema de recursos naturais suficientes para a população.

Ao lado de discussões como alteração geográfica de plantas industriais, superação da globalização e protecionismo nacional, surge o problema de financiamento de atividades, seja para sua manutenção, seja para expansão.

Nesse contexto, os aspectos ambiental e social (*Environmental, Social and Governance – ESG*) têm sido utilizados por financiadores para a definição de empresas que receberão recursos por grandes instituições e fundos de investimento e, num contexto de crise econômica mundial, a disputa pelo financiamento de atividades empresariais será cada vez mais acirrada.

No caso do Brasil, alguns agentes econômicos têm adotado práticas relacionadas a ESG ou o equivalente em português “ASG”, o que tem repercutido na comunidade em que atuam. Se por um lado para a comunidade favorecida pelas práticas sociais e ambientais parece algo ótimo, para os acionistas, amparados na legislação, a medida deve ser objeto de restrições e moderação com os recursos privados, conforme será apontado abaixo.

2 Governança corporativa no Brasil

2.1 Conceito e uma “divisão” relevante

A boa governança das instituições aparece como um mecanismo capaz de proporcionar maior transparência a todos os agentes envolvidos com a empresa, minimizar a assimetria informativa existente entre proprietários e administradores e proteger outros *stakeholders*, como acionistas minoritários, trabalhadores e a sociedade em que inserida a companhia (POUND, 1995, p. 79).

O conceito de Governança Corporativa foi desenvolvido inicialmente por *Sir Adrian Cadbury*, após um relevante estudo sobre práticas avaliadas positivamente e negativamente na *London Stock Exchange*, em 1992 (LAUTENSCHLEGER, 2005, p. 37). Os estudos de comportamentos e práticas de grandes companhias, especialmente quanto aos administradores, generalizaram-se e aumentaram de intensidade a partir

de abusos mundialmente conhecidos em casos como a Enron e a Arthur Andersen, os quais internacionalizaram a importância das práticas de *Corporate Governance*.

No Brasil, os mecanismos de governança têm evoluído no sentido da relação entre administradores e acionistas, aproximando-se do sistema norte-americano. Muitos juristas consideram a Lei 10.303/2001 quase uma nova lei de sociedades por ações, diante do fortalecimento dos acionistas minoritários (LUPION G., 2017, p. 14).

As práticas relacionadas a boa administração da companhia, como corretas práticas financeiras ou contábeis e que envolvem escrituração correta, designação de administradores competentes, transparência nas operações intra companhia, vedação de conflito de interesses, entre outros temas normalmente caracterizam a governança corporativa interna.

Na contemporaneidade, porém, a governança corporativa externa (HOPT, 1998, p. 782) tem ganhado um relevo muito grande, ao lado das questões relacionadas a propriedade e administração. O aspecto externo deve ser entendido como o relacionamento da empresa com os proprietários, empregados, fornecedores, clientes, concorrentes e comunidade. É a que mais desafia as companhias brasileiras e a que ganha maior destaque na realidade da pandemia do Covid-19.

O conceito de *Corporate Governance* é fluido e varia dependendo do contexto mundial; no caso do Brasil, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, desenvolveu um conceito uniformemente aceito no Brasil e que considera Governança Corporativa o sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os relacionamentos entre acionistas/cotistas, conselho de administração, diretoria, auditoria independente e conselho fiscal. As boas práticas de governança corporativa têm a finalidade de aumentar o valor da sociedade, facilitar seu acesso ao capital e contribuir para sua perenidade (IBGC, 2015).

A vertente mais conhecida da *Corporate Governance* é, sem dúvidas, a interna, visto que é a mais lembrada nos casos de escândalos corporativos como os casos Enron e Artur Andersen e recentemente Wirecard. O aspecto intra, porém, ainda apresenta desafios atuais, como a política de distribuição de dividendos em contexto de dificuldades econômicas, o pagamento de bônus a executivos (KAMALNATH, 2020), entre outros. O caráter externo, mais recente, porém tem a aptidão para influenciar significativamente a parte interna da governança, especialmente em tempos de pandemia.

As explicações da sigla ASG foram muito bem sistematizadas por Pedro Matos (2020, p. 180), assim, a dimensão ambiental “A”, da sigla em português, ou “E”, da sigla em inglês, mensura o impacto da companhia em questões relacionadas ao ecossistema natural, abordando pontos como emissão de poluentes, eficiência na utilização de recursos naturais na produção, externalidades negativas, como poluição e desperdício e esforços de inovação para novos produtos e serviços. O aspecto social “S” cobre relações trabalhistas da empresa, consumidores e sociedade. Em geral avalia-se o impacto para a manutenção da mão de obra (qualidade do ambiente de trabalho, saúde e segurança, treinamentos e desenvolvimento), satisfação de consumidores, com a produção de serviços e produtos que não causem danos ou prejudiquem consumidores, e uma conduta leal na comunidade onde a companhia atua. A última letra da sigla “G” lida com o sistema de administração da empresa, para lidar melhor com os interesses de acionistas de longo prazo (*long term*), que inclui a proteção dos acionistas minoritários, mecanismos contra ofertas hostis, a existência de órgãos societários com diversidade, experiência e independência, além de sistemas que impeçam fraudes e corrupção.

No Brasil, por exemplo, os casos de rompimento das barragens de minério no Estado de Minas Gerais foram determinantes para que um dos maiores fundos de investimentos do mundo – Fundo Soberano da Noruega – por meio de seu Comitê de Ética, decidisse não aportar recursos em empresas brasileiras que causaram significativa degradação ambiental, além de outras companhias que não têm compromisso com os direitos humanos no Brasil (MOREIRA, 2020).

A importância da temática social e ambiental já não é mais relegada a segundo plano, pois, em momento internacional de concorrência para obtenção de recursos, um aporte internacional com recursos em dólares americanos ou euros passa a ser uma oportunidade perdida para a companhia, o que pode gerar a responsabilização de administradores por violação ao dever de lealdade, nos termos do artigo 155 da Lei 6.404/1976.

A importância da *Environmental, Social Governance* e a capacidade de influenciar empresas é, pois, evidente. Há fundos de capital de risco (*Private Equity* e *Venture Capital*) que têm sido estruturados e nos seus estatutos constam teses de investimento voltadas unicamente a empresas que cumpram padrões ambientais e sociais. Trata-se de uma área de investimentos que movimentou mais de doze bilhões

de reais em 2019 (IBGC, 2020) e, da mesma forma, mostra a preponderância da questão social e ambiental para decisões de capitalização das empresas. Fala-se, pois, da importância dos recursos financeiros como mecanismo de *enforcement* (WELLER; BRUNO, 2020) e *driver* (IBGC, 2019) para induzir empresas a conduzir suas condutas com preocupação ambiental, social e de governança. Esses três itens formam o TBL - *Triple Bottom Line* (IBRI, 2020), ou tripé da sustentabilidade.

Nesse sentido destaca Juarez Freitas (2012, p. 66-67) que a sustentabilidade gera uma nova economia, com a reformulação de categorias e comportamentos, o surgimento de excepcionais oportunidades, a ultrapassagem do culto excessivo dos bens proposicionais, o planejamento de longo prazo, o sistema competente de incentivos e a eficiência norteada pela eficácia.

A divisão entre governança interna e externa, embora para fins acadêmicos seja relevante, no aspecto prático perde a clareza da distinção (FINK, 2020). As companhias que cumprem elevados padrões ambientais, sociais e de governança são bem avaliadas perante a comunidade e diante de outros participantes e investidores, o que demonstra o uso correto do termo *stakeholders*, que identifica interessados internos e externos.

2.2 Governança e liberalidades praticadas pela companhia

O contexto da Governança Corporativa não está completo e com o avanço de desafios corporativos, as práticas de governança são aperfeiçoadas (DOMINGOS DA SILVA, 2015, p. 252).

A sociedade por ações é o primeiro e principal objeto de estudos da Governança Corporativa, como pode ser visto no estudo pioneiramente realizado na *London Stock Exchange*. A preocupação com o aspecto interno da *Governance* sempre foi preponderante e, dado o contexto de elaboração da Lei de Sociedades por Ações, em 1976, pode-se dizer que a preocupação com aspectos sociais e ambientais ainda era tímido. A Lei 6.404 preocupou-se preponderantemente com disputas internas, assimetria de informações, limitação de poderes de acionistas e órgãos sociais, além de mecanismos de proteção da informação interna. Assim, previu deveres aos administradores, como atuar no interesse da companhia, observar deveres de diligência, evitar desvio de poder, ser leal à companhia, informar os órgãos sociais e

acionistas, sob pena de responsabilização pessoal conforme previsto no artigo 158 da Lei de Sociedades por Ações.

A preocupação da Governança Corporativa interna com a disposição gratuita de bens da companhia ou a prática de liberalidades tem razão, justamente pela preocupação com estruturas de poder societário.

Nesse contexto traz-se o exemplo de companhias que doaram bens e valores expressivos para hospitais e para campanhas sanitárias de proteção da população diante da pandemia do Covid-19 no Brasil. A doação de uma instituição financeira de mais de um bilhão de reais assume contornos relevantes quando analisada a importância deste ato para a função social e promoção dos interesses da comunidade em que atua, mas também para a relação com a impossibilidade de dispor livremente de bens do acervo patrimonial da companhia por expressa previsão legal.

O *leading case* (PERIN JÚNIOR, 2013, p. 465) que tratou das doações privadas é *A.P Smith Manufacturing Company vs. Barlow*, julgado em 1953, pela Suprema Corte de New Jersey, em que se considerou legítima a doação de recursos da companhia para a Universidade de Princeton, contrariando o desejo de outros acionistas que pleiteavam a distribuição dos recursos em forma de proventos ou o reinvestimento na empresa. Esse entendimento é alinhado ao famoso o texto de Milton Friedman, de 1970, em que restou consolidada a seguinte frase: “the social responsibility of business is to increase its profits”.

Apesar de visões mais liberalizantes que apontam as doações como condutas danosas aos acionistas, o § 4º do artigo 154 da Lei de Sociedades por Ações, prevê que a Administração da companhia pode autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.

A cifra de um bilhão de reais é expressiva para qualquer empresa, mas, dentro do contexto da razoabilidade exigida pela lei das sociedades anônimas para doações, resta demonstrado o poder da instituição financeira. A prática já era realizada de maneira mais discreta quando os valores eram destinados a um fundo *endowment*. A preocupação com a *ESG* da companhia já se fazia presente, portanto.

É possível afirmar que o móvel da doação privada da companhia não foram incentivos fiscais, visto que não são integralmente dedutíveis para fins de incidência

do imposto sobre a renda, além de o valor doado integrar a base de cálculo de outros tributos, como PIS e COFINS.

Além disso, a questão acerca da destinação do resultado anual da companhia é matéria sujeita a deliberação em Assembleia Geral Ordinária de acionistas, órgão máximo e competente para a conciliação dos interesses sociais (RICHARD, 2007, p. 15).

3 Responsabilidade ambiental, social e governança no Brasil

Inicialmente ignorado por investidores quando analisavam indicativos de GC, voltados primordialmente para aspectos internos da empresa, atualmente as companhias que contam com práticas de responsabilidade ambiental, social e governança gozam de destaque, não só porque contam com negócios mais resilientes a questões ambientais e de direitos humanos, mas também porque a disponibilização de dados sociais e ambientais consiste em mais informações, o que reduz a assimetria informacional para *stakeholders*, que era um problema exclusivo da governança interna.

A pesquisa por temas relacionados a responsabilidade social e ambiental já é considerada fundamental em países com maior tradição no mercado de capitais, embora ainda seja insipiente no Brasil. Estima-se, porém, que a ASG será um grande diferencial para interessados em relações com empresas nos próximos anos.

O Fórum Econômico Mundial, por meio do Manifesto de Davos, de dezembro de 2019, declarou expressamente que a companhia não serve apenas aos seus acionistas, mas a todos os interessados – empregados, consumidores, fornecedores, comunidades locais e a sociedade como um todo.

A adoção ou ampliação das práticas de *Corporate Governance* relacionadas à ESG exigem mais uma alteração de postura dos agentes econômicos do que reformas legislativas no Brasil. A Lei de Sociedades por Ações prevê que o acionista controlador deve usar seu poder com o objetivo de fazer a companhia cumprir sua *função social* e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas, os trabalhadores e para com a *comunidade* em que atua.

Nesse contexto, Modesto Carvalhosa (2001, p. 398) faz uma análise relevante das dimensões da função social da empresa, especialmente da macroempresa: a

primeira refere-se às condições de trabalho e às relações com seus empregados, em termos de melhoria crescente de sua condição humana e profissional, bem como de seus dependentes. A segunda volta-se ao interesse dos consumidores, diretos e indiretos, dos produtos e dos serviços prestados pela empresa, seja em termos de qualidade, seja no que se refere aos preços. A terceira volta-se ao interesse dos concorrentes, a favor dos quais deve o administrador da empresa manter práticas equitativas de comércio, seja na posição de vendedor, seja na de comprador. A concorrência desleal e o abuso do poder econômico constituem formas expressas de antijuridicidade. E ainda mais atual é a preocupação com os interesses de preservação ecológica, urbana e ambiental da comunidade em que a empresa atua. O compromisso com a preservação da natureza transcende, outrossim, os aspectos meramente comunitários, para se colocar num plano mundial.

Porém, a sociedade anônima não se presta unicamente a interesses coletivos, como a produção de políticas públicas e a substituição do papel do Estado. Assim, se por um lado a lei veda a prática de liberalidades às custas do acervo societário, por outro lado impõe que os administradores observem o bem público e a função social da empresa, conforme artigo 154 da Lei de Sociedades por Ações.

Não se trata, pois, de superar o aspecto contratual de lucratividade para levar em conta outros interesses. O que deve nortear a conduta do administrador é a harmonização dos fins sociais com os demais interesses da comunidade (CARVALHOSA, 2001, p. 397).

Nesse contexto, mesmo para os mais utilitaristas, ou econômico-consequencialistas, a temática da responsabilidade ambiental, social e de governança pode ser um “bom negócio”, mesmo com a doação de recursos pela companhia. Assim, há empresas relacionadas a gestão de investimentos (*asset management*) que identificam que o valor justo de um ativo mobiliário da companhia que adota práticas de ASG pode ser substancialmente superior, até cinco por cento a mais, ao de uma empresa concorrente, até dez por cento a menos, pela simples observância e prática de tais padrões no Brasil (CFA INSTITUTE, 2018, p. 95).

Nesse contexto, pensa-se na imagem positiva que referida instituição financeira criou na sociedade ao doar uma quantia significativa para questões relacionadas ao Covid-19. Por outro lado, veja-se o impacto da decisão de um fundo de investimentos

de não fomentar empresas que enfrentam processos relacionados a desastres ambientais e violações de direitos humanos.

Nesse contexto, a companhia não só cumpre a sua função social interna, remunerando seus sócios, trabalhadores e outros funcionários, mas também adquire relevância na função social externa, beneficiando a comunidade em que inserida, nos termos da literalidade da Lei 6.404/1976, deixando de agir egoisticamente.

Além disso, provendo mais informações do que a Governança Corporativa interna as práticas de responsabilidade ambiental, social e de governança passam a ser consideradas relevantes para o financiamento de atividades pós Covid-19 em todo o mundo (JUBB, 2020).

Conclusões

O presente trabalho demonstrou que os impactos e consequências da pandemia decorrente do Novo coronavírus serão imprevisíveis e desafiadoras para as empresas.

Um mecanismo eficiente para a obtenção de recursos e manutenção ou recuperação das empresas após o Covid-19 é o uso da Governança Corporativa. Inicialmente considerada relevante apenas no seu aspecto interno, o trabalho demonstrou que o fortalecimento do seu aspecto externo – Ambiental, Social e Governança – poderá ser um diferencial para empresas que já contavam com essa prática insipiente no Brasil.

A prática de doações privadas, vedada sob um ponto de vista utilitarista dos sócios, porém, tem amparo legal e está alinhada às condutas relacionadas a ASG, o que gera um impacto positivo na comunidade em que a empresa atua e poderá contar com mais facilidades para a obtenção de recursos ou para a criação ou melhoria de relações com *stakeholders*.

O resultado positivo das práticas de *Corporate Governance* externa tem capacidade para influenciar positivamente o aspecto interno da Governança, seja pelo aumento da disponibilização de informações a interessados, seja pela valorização dos ativos mobiliários de uma sociedade, o que já é praticado no Brasil.

Confirmou-se a hipótese de que a Governança Corporativa é um meio eficiente para fornecer informações de quais empresas devem receber recursos nesse momento de rápido contágio mundial decorrente do novo vírus.

O tema da ASG é atual e, dessa forma, poucos trabalhos completos foram encontrados no Brasil consistindo uma dificuldade a análise de práticas internacionais, que não se resumem a simples transplante de institutos do mundo para o Brasil.

Além da melhoria de aspectos empresariais, o impulso que esta prática de responsabilidade social e ambiental é um expressivo passo para retomar o que foi dito acima pelo Professor Doutor Jardeson: é um passo em direção a um futuro responsável pós-pandemia - um passo em direção ao humanismo.

Referências

BOTREL, Sergio; BARBOSA, Henrique. **Finanças corporativas: aspectos jurídicos e estratégicos**. São Paulo: Editora GEN, 2015.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades por Ações**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____ ; KUYVEN, Fernando. **Tratado de direito empresarial: sociedades anônimas**. Vol. III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CASTRO, Rodrigo R. M. de; WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge; GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (Coords.). **Direito empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

CFA Institute. **Guidance and case studies for esg integration: Equities and fixed income**. Londres: CFA, 2018.

COSTA DA COSTA, Jaderson. **O homem na era digital: inteligência artificial e pós-humanismo**. 9º Seminário de Gestão, em 20 out 2018. Disponível em: <https://setorsaude.com.br/jaderson-costa-da-costa-apresenta-o-impacto-da-tecnologia-no-ser-humano/>. Acesso em 1 jun 2020.

ENRIQUE, Luca. **Enhancing private donations in the fight against COVID-19**. Disponível em: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2020/03/enhancing-private-donations-fight-against-covid-19>. Acesso em 11 maio 2020.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FINK, Larry. **A fundamental reshaping of finance. Blackrock letter to CEOs** (14 January 2020). Disponível em: <https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/larry-fink-chairmans-letter>. Acesso em 09 jun 2020.

HOPT, Klaus (Org.). **Comparative Corporate Governance – The State of the Art and Emerging Research**. Oxford: Oxford University Press, 1998.

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Código de Boas Práticas de Governança Corporativa**. Disponível em www.ibgc.org.br. Acesso em 21 maio 2020.

_____. **Mudança do Paradigma da Sustentabilidade: o Papel do Conselho nas Questões ASG**. Disponível em: https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/24100/IBGC_Artigo%20Sustentabilidade%20onos%20Conselhos_vers%c3%a3o_final.pdf. Acesso em 25 maio 2020.

_____. **Private Equity: análises e tendências**. 7. ed. São Paulo, 2020.

Instituto Brasileiro de Relação com Investidores. **Os investimentos responsáveis e os desafios para o RI**. Disponível em: http://www.ibri.com.br/Upload/Conteudo/IBRI_Caderno_2.pdf Acesso em 25 maio 2020.

JUBB, Guy. **Boards should now embrace and embed values and purpose for the benefit of all**. Disponível em: <https://www.amcham.gr/wp-content/uploads/2020/05/Article-by-Guy-Jubb-Honorary-Professor-the-University-of-Edinburgh-Business-School-and-Chair-European-Corporate-Governance-Institute.pdf>. Acesso em 1 jun 2020.

KAMALNATH, Akshaya. **Corporate social responsibility in the times of covid**. Disponível em: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/2020/05/corporate.html>. Acesso em 09 jun 2020.

LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, Nilson. **Os desafios propostos pela governança corporativa ao direito empresarial brasileiro: ensaio de uma reflexão crítica e comparada**. São Paulo: Malheiros, 2005.

LUPION GARCIA, Ricardo (Org.). **40 anos da lei das sociedades anônimas (6404/76)**. Porto Alegre: Editora Fi, 2017.

MARSH, Alastair. **Remuneração de executivos na mira de investidores ESG**. Disponível em: <https://www.bol.uol.com.br/noticias/2020/04/29/remuneracao-de-executivos-na-mira-de-investidores-esg.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 11 maio 2020.

MATOS, Pedro. **ESG and responsible institutional investing around the world: a critical review**. Londres: CFA Research Foundation, 2020.

MOREIRA, Assis. **BC da Noruega exclui Vale e Eletrobras de investimentos do fundo soberano**. <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/05/12/bc-da-noruega-exclui-vale-e-eletrobras-de-investimentos-do-fundo-soberano.ghtml>. Acesso em 29 maio 2020.

POUND, J. The promise of the governed Corporation. **Harvard Business Review on Corporate Governance**, v. 73, n. 2, 1995.

RICHARD, Marc. **Kapitalschutz der Aktiengesellschaft: Eine rechtsvergleichende und ökonomische Analyse deutscher und US-amerikanischer Kapitalschutzsysteme**. Bochum: Peter Lang, 2007.

RICHMOND, Matthew A. **Brazil's urban inequalities will exacerbate the impacts of Covid-19**. Disponível em: <https://blogs.lse.ac.uk/latamcaribbean/2020/04/14/brazils-urban-inequalities-will-exacerbate-the-impacts-of-covid-19/>. Acesso em 13 maio 2020.

WELLER, Benedict; BRUNO, Michelangelo. **Green finance: investors need transparency**. Disponível em: <https://blogs.lse.ac.uk>. Acesso em 19 jun 2020.

.

21. MERCADO LIVRE DE ENERGIA COMO ESTÍMULO À CONCORRÊNCIA NO SETOR ENERGÉTICO

FREE ENERGY MARKET AS A STIMULUS TO COMPETITION IN THE ENERGY SECTOR



<https://10.0.142.240/10.36592/9786587424149-21>

Cássia Camilla Coelho Franco Dias¹

Cláudio Rubens Nascimento Ramos Júnior²

Resumo

O presente artigo busca impulsionar a discussão sobre concorrência no setor energético, considerando as disposições constitucionais bem como a realidade estabelecida pela conduta adotada por aqueles que detém o monopólio. É factível a existência de monopólio natural quando ao vislumbrar a cadeia energética, verifica-se a atuação de apenas uma empresa prestando o serviço essencial de distribuição de energia. Deste modo, a realização deste estudo corroborará para a demonstração de que o modelo adotado inviabiliza os benefícios garantidos pela aplicação do instituto da concorrência e que desenvolver políticas públicas para a expansão do mercado livre de energia vem a ser salutar ao Direito à Concorrência. Para tanto utilizou-se de informações documentais que comprovam a necessidade de liberar o mercado de energia para todos os consumidores, objetivando a redução dos malefícios causados pela prestadora do serviço que tem a prerrogativa de domínio do mercado em questão, sendo, pois os consumidores, componentes centrais do direito à concorrência.

Palavras-chave: Concorrência. Distribuidora de Energia Elétrica. Mercado Livre de energia. Monopólio.

¹ Bacharela em Direito pela Faculdade de Rondônia, cdias715@gmail.com;

² Advogado, Professor da Faculdade Católica de Rondônia e Faculdade de Rondônia, Mestre em Ciência Jurídica – Concentração em Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade – pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI/SC), Mestre em Direito Ambiental e da Sustentabilidade pela Universidade de Alicante/Espanha (UA/ES), Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). claudiorramos@gmail.com.

Abstract

This article seeks to stimulate the discussion on competition in the energy sector, considering the constitutional provisions as well as the reality established by the conduct adopted by those who hold the monopoly. The existence of a natural monopoly is possible when, at a glimpse of the energy chain, only one company provides the essential service of energy distribution. Thus, this study will corroborate the demonstration that the model adopted makes the benefits guaranteed by the application of the institute of competition impossible and that developing public policies for the expansion of the free energy market is salutary to the Competition Law. To this end, documentary information was used to prove the need to free up the energy market for all consumers, with the objective of reducing the harm caused by the service provider, which has the prerogative of dominating the market in question, since consumers are central components of competition law.

Keywords: Competition. Electric Energy Distributor. Free Energy Market. Monopoly.

Introdução

O direito à concorrência tem sido tema de bastante debate nos últimos tempos, mormente por ser um tema que atinge o mercado econômico e por consequência a vida das pessoas, sob a perspectiva de consumidores, empresários e Estado, diante disto é de se considerar também a visualização da concorrência com enfoque no setor energético.

Frente às estruturas de monopólio e de livre concorrência, a problemática central, desta pesquisa, busca indagar se o modelo atual de distribuição de energia inviabiliza os benefícios da concorrência neste setor e de igual modo se a liberalização do mercado de energia elétrica vem a ser uma alternativa a este modelo, estimulando os efeitos da concorrência no setor energético.

Há de considerar que no cenário atual, resta ao consumidor do serviço de energia a sujeição ao controle daquele que possui o monopólio não havendo autonomia em escolher seu fornecedor. Da mesma forma, para aqueles que almejam prestar o serviço de forma competitiva, também encontram barreiras que inviabilizam sua entrada e estabilização como comercializadores da energia.

Deste modo o objetivo geral desta pesquisa é demonstrar que é possível garantir a concorrência no setor de distribuição de energia através da liberalização do mercado, isto é, com o ingresso do consumidor final ao ambiente de contratação livre.

Diante disto, serão tratados nessa pesquisa, com maior profundidade, os conceitos supra, a fim de pontuar como se posiciona, atualmente, o mercado de energia elétrica brasileiro, demonstrando o modelo adotado, as propostas e discussões acerca da livre contratação, garantindo assim as vantagens do direito à concorrência.

Para tanto a pesquisa, em sua metodologia, traz aspectos teóricos com esboço em autores notáveis no assunto, combinados com aspectos fáticos capazes de ratificar a construção do tema proposto.

Para a pesquisa foi utilizada as principais referências teóricas, a fim de enriquecer o texto, a exemplo de Paula A. Forgioni, Calixto Salomão Filho, dentre outros. Bem como alguns artigos científicos e depoimentos inerentes à esta discussão, que outrora foram publicados em revistas de destaque.

Por fim, registra-se que a metodologia adotada deu-se pelo método indutivo, sendo utilizadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

1 Introdução à livre iniciativa

1.1 O monopólio

Para uma melhor compreensão considera-se monopólio aquele modelo econômico em que a prestação de algum serviço ou fornecimento de algum produto é feita por apenas um agente econômico, insta ressaltar que esta prestação única corresponde a existência de apenas uma opção ao consumidor, não há que se falar em monopólio quando figuram outros agentes no mercado relevante, que no entanto oferecem serviços aquém do esperado, isto basicamente demonstra inaptidão do empresário na sua atuação no mercado, observa-se que no monopólio não há competidores, portanto não há alternativas para o consumidor. *Por sua vez, um monopólio natural se verifica quando um produto de difícil substituição, em razão das tecnologias existentes, pode ser produzido a um custo menor por uma única empresa do que por duas ou três.* Gusmão, 2010.

Visualizando o cenário mundial, a constituição do México de 1917 desbravou no tocante à ordem econômica, mais precisamente em relação ao monopólio quando previu em seu Art. 28º, caput, *in verbis*:

“Nos Estados Unidos Mexicanos, não haverá monopólios ou tabacarias de qualquer tipo (...);
Conseqüentemente, a lei punirá severamente, e as autoridades buscarão efetivamente qualquer concentração ou acumulação em uma ou poucas mãos de itens de consumo necessários destinados a obter o aumento de preço; qualquer ato ou procedimento que evite ou tenda a evitar a livre concorrência na produção, indústria ou comércio ou serviços ao público; qualquer acordo ou combinação, seja de que forma for, de produtores, industriais, comerciantes e empresários de transporte ou de algum outro serviço para evitar a concorrência entre si e forçar os consumidores a pagar preços exagerados e, em geral, tudo constitui uma vantagem indevida exclusiva em favor de uma ou mais pessoas específicas e em detrimento do público em geral ou de alguma classe social”.

A leitura deste texto tende a demonstrar a necessidade em fortalecer a competitividade, porquanto os resultados que o monopólio pode provocar, são prejudiciais ao consumidor, gerando descrédito, incertezas, e sem dúvidas abusos desta posição, por isso o Estado rechaça tal modalidade, conforme art. 173, § 4º, CF/88: *A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.*

Atualmente o monopólio tem sido considerado a única opção na distribuição de energia elétrica nacional, no entanto os malefícios consequentes deste modelo atestam que é necessário repensá-lo e que este não pode mais ser suportado como única opção.

Precisamente, à luz do tema destaque desta pesquisa, no setor energético a Lei nº 9247/96 estabelece em seu art. 3º que compete à ANEEL:

“VIII - estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si”;

O monopólio está na contramão da concorrência, suas bases são contrárias e seus objetivos também o são. Sabiamente, Paula Forgioni destaca que a busca pelo monopólio e a posição monopolística causam prejuízos a concorrência, na medida em que neste processo há o aniquilamento dos competidores.

1.2 A concorrência

Para uma boa compreensão desta pesquisa, é necessária a definição de concorrência e as implicações decorrentes dela presentes no mercado, por se tratar de um tema, complexo, decerto que não será possível uma apreciação tão extensiva, devendo ser considerado apenas os pontos mais importantes ao debate predisposto, para tanto, como ponto de partida, bastante precisa são as palavras de FORGIONI, em que *temos concorrência sempre que dois ou mais agentes econômicos competem pela mesma oportunidade de troca*. Forgioni, 2018, p. 42.

José Inácio Gonzaga Franceschini traz como conceito: “*Ramo do direito [...] que disciplina as relações de mercado entre agentes econômicos e os consumidores, tutelando-lhes, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa, em prol da coletividade*”. Gonzaga, 1996, p. 8.

Nas lições de Calixto Salomão, o direito concorrencial assume, assim, *caráter de verdadeira constituição econômica, corpo de regras mínimas visando à garantia de igualdade de condições de concorrência entre os agentes econômicos que atuam no espaço econômico comum*. Salomão, 2008, p.138.

Partindo destas iniciais, faz-se perceptível a essência de concorrência sempre que presente o comércio, em sua forma mais geral. O direito à concorrência ou antitruste, tem se mostrado um instrumento necessário para o mercado econômico, pois quando a concorrência é tratada como um direito ela demonstra sua capacidade regulatória do mercado, deste modo o Direito à Concorrência é um instrumento regulador do mercado, capaz de rechaçar atividades anticompetitivas, obstar abusos de poder e oportunizar acessibilidade no mercado além de propiciar “justiça” ao consumidor. Benjamin Shieber traz considerações importantes nesse sentido.

Os benefícios econômicos que se esperam da concorrência podem ser encarados sob vários aspectos. Primeiro, o aspecto que visa aos interesses do consumidor, que goza, sob um regime em que prevalece a concorrência, de melhor qualidade, menor preço, e um grande número de produtos entre os quais possa escolher. Segundo, o aspecto que visa aos interesses das empresas concorrentes, tanto as potenciais como as atuais. Estas gozam, num regime de concorrência, da liberdade de dedicar-se a um ramo de negócios e de crescer pelo mérito de seus atributos, sem sofrer entraves pelas ações conjuntas das empresas que já fazem parte do mercado ou pelas atividades das empresas dominantes. Finalmente, o aspecto que visa ao interesse da nação inteira no desenvolvimento econômico do país que, sob um regime de concorrência, goza de um parque industrial moderno que fortalece e assegura ao povo os produtos que melhoram sua vida quotidiana. (SHIEBER, 1966. p. 64).

O estudo da concorrência está integrado nas lições atinentes ao Princípio Constitucional da Livre Iniciativa, portanto é possível considerar que a Concorrência sirva de moderadora para que a livre iniciativa não seja usurpada pelo abuso de poder, corroborando para a premissa, outrora considerada, de que o direito à concorrência é um regulador, que de tal modo traz valores capazes de proteger o mercado econômico, seguidamente o art. 173 da Constituição Federal de 1988 dispõe no §4º o que considera abuso de poder na ordem econômica, quais sejam, dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros.

Ainda sobre o objetivo do antitruste, Calixto Salomão, apregoa que a regulação e o antitruste servem para equilibrar as relações entre agentes econômicos, e entre eles e os consumidores, impedindo que uns adquiram poder e dele abusem sobre os outros. Trata-se, portanto, de reequilíbrio das relações econômicas. 2008, p. 136.

Exemplificativamente, um agente econômico não poderia invocar o princípio da Livre Iniciativa para justificar uma dominação do mercado, ainda que este tenha ao seu favor a liberdade de ascensão, ainda assim não poderia desconsiderar o direito à concorrência dos demais agentes no mercado relevante.

As legislações referentes ao antitruste são fundamentais para o Estado fiscalizar e garantir a regulação necessária à continuidade da concorrência. Para tanto a Lei Federal nº 12.529/11 é bastante expressiva no tocante a postura do Estado diante de afrontas à Livre Iniciativa, e por conseguinte ao Direito à Concorrência, nela é possível verificar disposições bem específicas quanto a estrutura da concorrência no Brasil. O artigo 36, §2º da lei em comento discorre acerca de posição dominante, tópico que requer merecida atenção para a continuidade da discussão, haja vista a posição dominante vir a ser considerada somente quando o controle da empresa ou grupo alcançar 20% (vinte por cento) do mercado relevante.

Seguindo entendimento de Forgioni, a posição dominante será visível sempre que um acordo entre agentes resultar em independência de comportamento. Apesar de a lei trazer indicativos tão precisos, nem sempre é um caminho fácil definir a existência de posição dominante, pois ainda que uma empresa não detenha por exemplo 20% de controle do mercado é possível que esta tenha domínio do mercado, tamanho os reflexos que sua posição provoque, porquanto este agente não recebe pressões competitivas, é altamente independente e a sujeição dos consumidores é inevitável.

Para tanto existem situações que precisam fazer-se presente servindo de

parâmetro para a verificação de que os objetivos da concorrência estão sendo alcançados, ou ainda os benefícios que a concorrência poderia trazer caso esta não esteja presente. Preservar a livre concorrência além de corresponder a alocação eficiente de recursos também se relaciona com aspectos sociais que refletem em toda a sociedade, pois envolve liberdade de escolha e desenvolvimento pessoal e nacional, e a partir destes, o alcance na redução de desigualdades a confiabilidade nas instituições e segurança para investimentos que refletirão na competitividade do Brasil com relação aos demais países, nas palavras de Calixto Salomão *a afirmação da concorrência como valor mínimo garante a liberdade de escolha e informação o mais abundante possível para o consumidor. A ele caberá descobrir a solução mais adequada para suas necessidades*. Salomão, 2008, p. 158.

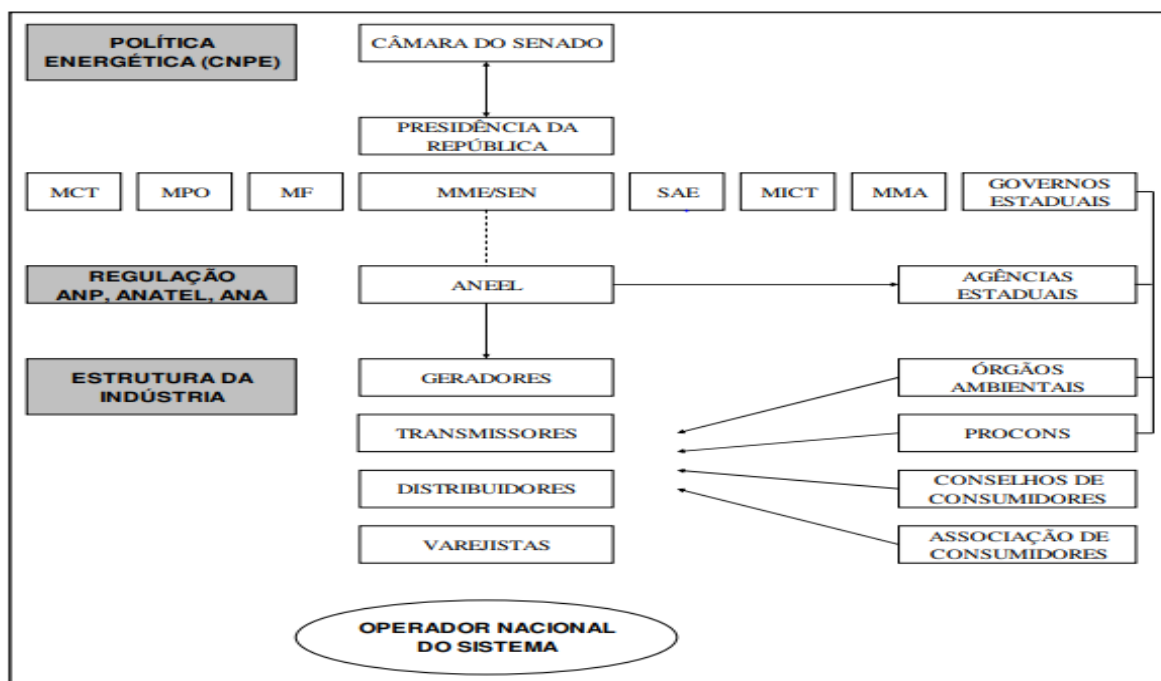
2 Estrutura da produção de energia no Brasil

2.1 Cadeia de produção de energia

Considerando a reestruturação do setor elétrico brasileiro ocorrida na década de 90, mais precisamente no tocante à desverticalização do setor elétrico, o Brasil passou a estabelecer segmentos bem delineados para a prestação dos serviços de energia elétrica, para tanto, vale ressaltar que esta medida tinha por entre seus objetivos o impulsionamento da concorrência, buscando portanto a eficiência, permitindo a entrada de novos participantes na indústria de energia elétrica brasileira, sendo tal instituto parte do projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro implementado pelo governo a partir de 1995, através do corpo consultivo internacional Coopers & Lybrand, consórcio com experiência demonstrada na Inglaterra naquela época.

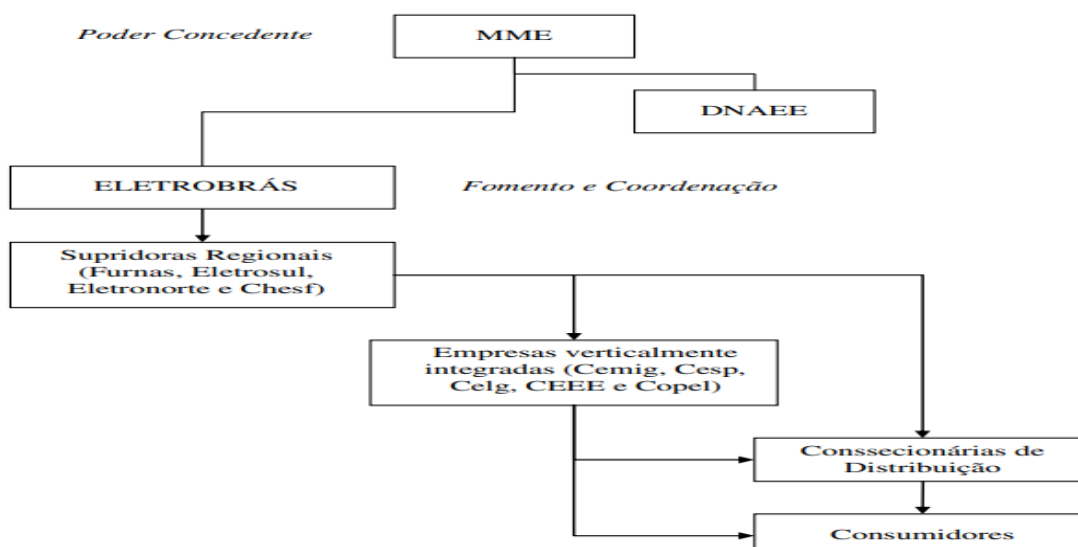
Em meados de 1997, o relatório proposto pelo consórcio trazia inúmeras modificações para a reestruturação, conforme mencionado acima, a estrutura estava mais bem traçada, uma vez que os empreendimentos tinham atribuições que não se confundiam umas com as outras. Neste raciocínio os segmentos do setor passaram a responder por uma só demanda, empresas que assumiam papel de geradora e distribuidora deveriam identificar-se com apenas um dos segmentos, resultando assim na estrutura organizacional de Geradoras, Transmissoras, Distribuidoras e Comercializadores de energia elétrica. Ainda mais importante no curso deste processo

foi a criação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, com capacidade de regular e fiscalizar o setor, que ao ver suas companhias privatizadas, necessitaria do braço do Estado para assegurar o interesse público (figura 1).



Fonte: TOLMASQUIM et al., 2002. Figura 1 - Nova Estrutura Institucional do Setor Elétrico Brasileiro a partir 1997.

Para uma melhor compreensão do modelo anterior segue abaixo um quadro da estrutura existente no Brasil, anterior à reestruturação.

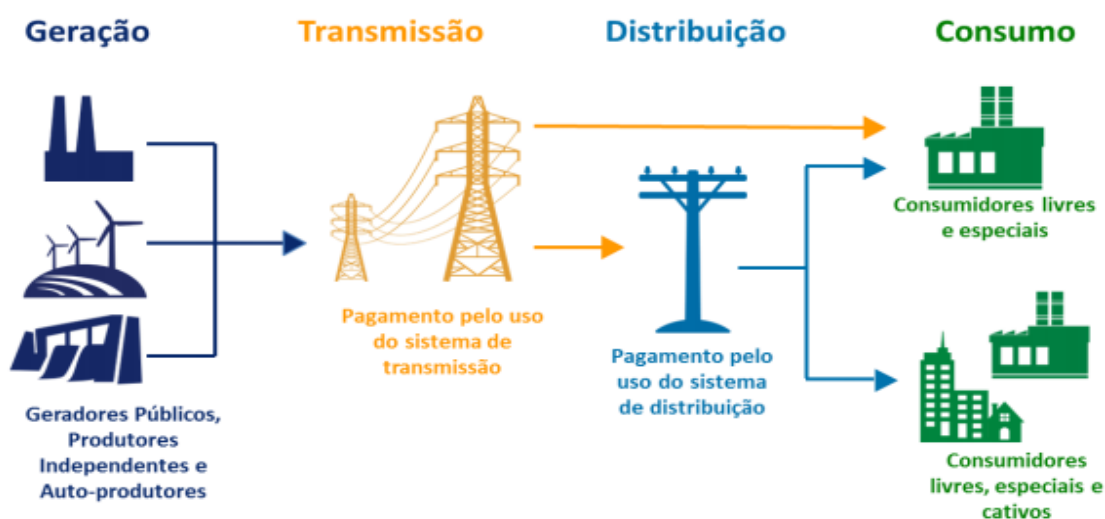


Fonte: Coopers & Lybrand, 1997. Figura 2 - Modelo Estrutural do Setor Elétrico Brasileiro pré reforma

Em síntese, cabe as geradoras produzir a eletricidade proveniente das Usinas Hidrelétricas e Termelétricas, ou ainda aquelas advindas de fontes alternativas. O papel das transmissoras de energia é transportar a energia até as subestações da distribuidora, haja vista que a energia ao sair das usinas concentra altas cargas que ao ser conduzida pelo sistema de transmissão, passa por fios e transformadores até o rebaixamento desta tensão na medida em que os consumidores na grande maioria utilizam tensões de 127 ou 220 volts.

Dá-se um maior destaque ao papel das Distribuidoras, sendo estas o canal de venda da energia com tensão adequada ao consumidor final, segundo se verificará mais adiante, este segmento é o único participante no Ambiente de Contratação Regulada, que ao comprar da geradora e receber da transmissora, fornece ao consumidor final.

Com a reformulação e abertura do mercado de energia nos segmentos de geração, uma variedade de potenciais comercializadores de energia passaram a existir, haja vista a iniciativa de pequenos produtores, autoprodutores, dando partida ao seguimento de comercialização da energia, anteriormente feitas apenas às concessionárias e após a idealização do ambiente de contratação livre, aos consumidores que se adequem às disposições previstas na Lei nº 9.095/1995 regulamentada pela Portaria nº 514/2018 do Ministério de Minas e Energia.



Fonte: ccee. 2018 – Figura 3. comercialização de energia.

Partindo deste entendimento, o consumidor brasileiro de energia pode se encaixar em duas categorias, podendo ser chamados de livres quando seu consumo for igual ou superior a 2.000 kW, em qualquer tensão, desde 1º (primeiro) de janeiro de 2020, consoante disposto na Portaria nº 514/2018 do Ministério de Minas e Energia, tendo a liberdade de contratar sua energia com qualquer fornecedor, desta forma o contrato é bilateral, possuindo flexibilidade de negociação, em contrapartida outra espécie de consumidor são os cativos, estes, por não consumirem a quantidade mínima supramencionada, precisam sujeitar-se a distribuidora local, com contratos fechados.

O quadro abaixo, disponibilizado pela Câmara de Comercialização de energia elétrica exemplifica bem como funciona os ambientes outrora tratados:

Quadro 1 – Características dos ambientes de contratação de energia: ACL e ACR

	Ambiente Livre	Ambiente Regulado
Participantes	Geradoras, comercializadoras, consumidores livres e especiais	Geradoras, distribuidoras e comercializadoras. As comercializadoras podem negociar energia somente nos leilões de energia existente – (Ajuste e A-1)
Contratação	Livre negociação entre os compradores e vendedores	Realizada por meio de leilões de energia promovidos pela CCEE, sob delegação da Aneel
Tipo de contrato	Acordo livremente estabelecido entre as partes	Regulado pela Aneel, denominado Contrato de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado (CCEAR)
Preço	Acordado entre comprador e vendedor	Estabelecido no leilão

Fonte: CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA (2014b).

A reestruturação na indústria energética era fundamental para a economia e desenvolvimento do país, que enfrentava crise no setor elétrico, principalmente devido as recentes tecnologias que alertavam para a necessidade de altos investimentos para expansão do setor, a partir dela permitiu-se à geração de energia novas possibilidades de produção como menores custo, como ocorre com a energia gerada pelas pequenas centrais hidrelétricas, nestas o investimento prévio torna-se menor na medida em que a carga a ser alcançada também é menor, outrossim, é o caso de autoprodutores que sobressaíram-se ante a oportunidade.

As medidas objetivavam quebrar as barreiras que impediam o ingresso de novos investidores no segmento e liberação do mercado livre a todos os consumidores, independente da tensão e carga, todavia, com a crise no setor elétrico em 2001 os empreendedores do ramo não se sentiram confiantes para assumir os riscos que a aplicação demandava, ademais o retorno para o que seria investido vislumbrava-se em médio e longo prazo, por conseguinte o sistema jurídico não demandava tanta segurança quanto o necessário, que motivou o recuo dos investimentos.

Destaque-se que apesar do contorno promovido pelo governo com a instalação de cotas de energia durante o racionamento, as consequências financeiras advindas pelo decréscimo na geração de energia resultou no Acordo Geral do Setor Elétrico, e por sua vez, na Lei nº 10.438/02 que essencialmente dividiu as percas entre todos os consumidores de energia elétrica através de recomposição de tarifa extraordinária, sendo 2,9% ao consumidores da classe residencial e 7,9% para os demais, excepcionados os residenciais de baixa renda ou de baixo consumo, atribuído pela respectiva lei, além de estabelecer a criação da Conta de Desenvolvimento Energético, diante da qual esta contribuição foi incluída nas tarifas dos consumidores finais, pelas transmissoras ou distribuidoras de energia, destinando-se a subsidiar diversas áreas, como os custos de energia do consumidor de baixa renda, o incentivo do uso de fontes alternativas, a universalização da energia elétrica, dentre outros.

Decerto que os planejamentos orquestrados pelo governo com a reestruturação não alcançaram os investimentos necessários. *Essa convivência inicial, difícil, entre regulador e regulados criou um ambiente de incerteza jurídica e regulatória. O resultado foi negativo sobre as decisões de investimentos, resultando no crescimento da oferta de energia abaixo do planejado* (Landau, p. 93. 2018).

2.2 DA regulação

Com a Lei nº 9.074 de 1995, o setor projeta um mercado mais flexível, a julgar por definir a cadeia energética com mais clareza, objetivando facilitar a abertura do mercado em dois desses segmentos, a saber, o de geração e comercialização de energia. No ano de 2004 o setor energético empreendeu mais uma grande reforma, com a Lei nº 10.848 de 2004, excluindo do Programa Nacional de Desestatização a ELETROBRÁS e suas controladas e trazendo condições acerca da comercialização da

energia elétrica, regulando as modalidades de contratação regulada e livre, figuras que já existiam desde 1995, na Lei nº 9074.

Em especial, no ambiente regulado de contratação as geradoras de energias, enquadradas em quaisquer espécies de produtor, são os vendedores, na extremidade compradora figuram as distribuidoras, a forma de contratação neste ambiente não comporta negociação. Inversamente, no ambiente de contratação livre, as cláusulas contratuais podem ser discutidas, com tratativas acerca de prazos e valores, em posição de vendedor podem estar presentes os pequenos geradores, quanto ao comprador comportam consumidores finais desde que preencham o requisito de limite mínimo da carga a ser comprada, na forma do art. 15 e 16 da Lei nº 9.074/95, *in verbis*:

“Respeitados os contratos de fornecimento vigentes, a prorrogação das atuais e as novas concessões serão feitas sem exclusividade de fornecimento de energia elétrica a consumidores com carga igual ou maior que 10.000 kW, atendidos em tensão igual ou superior a 69 kV, que podem optar por contratar seu fornecimento, no todo ou em parte, com produtor independente de energia elétrica. É de livre escolha dos novos consumidores, cuja carga seja igual ou maior que 3.000 kW, atendidos em qualquer tensão, o fornecedor com quem contratará sua compra de energia elétrica”.

Ainda no ano de 2004, o Mercado Atacadista de Energia deu lugar para a implantação da Câmara de Comercialização de Energia elétrica – CCEE que em primeiro momento agiria na *contabilização das operações de compra e venda e acerto de diferenças no curto prazo, a medição, cálculo do preço de liquidação de diferenças – PLD, liquidação, leilões*. Solange, p. 109. 2018.

Em 2005, o marco regulatório já apresentava indícios de estabilidade e a CCEE triplicava a quantidade de agentes, o mercado livre ressurgia mais uma vez e o marco regulatório alcançava números bastante otimistas para o mercado de energia elétrica, segundo Mauricio T. Tolmasquim, secretário-executivo do Ministério de Minas e Energia (2003-2005) já eram quase 90 mil MW contratados desde o marco regulatório de 2004 e com o incentivo à diversificação de fontes alternativas, estas se tornaram destaque atraindo os olhares dos investidores.

Inegavelmente o setor elétrico, dada as suas características, de altos investimentos, longo prazo de retorno para os lucros e essencialidade requer uma clara definição naquelas que podem ser consideradas falhas no mercado, sobretudo pra que estas falhas sejam suplantadas pela regulação previamente, oferecendo aos agentes equilíbrio na relação.

Para fins de melhor compreensão consta abaixo quadro comparativo do setor de energia elétrica brasileiro, catalogando suas principais alterações até o último marco regulatório no setor energético.

Modelo Anterior a 1995	Modelo de Livre Mercado (1995 a 2003)	Novo Modelo (2004)
Financiamento através de recursos públicos	Financiamento através de recursos públicos e privados	Financiamento através de recursos públicos e privados
Empresas verticalizadas	Empresas divididas por atividade: geração, transmissão, distribuição e comercialização	Empresas divididas por atividade: geração, transmissão, distribuição, comercialização, importação e exportação.
Empresas predominantemente estatais	Abertura e ênfase na privatização das Empresas	Convivência entre Empresas Estatais e Privadas
Monopólios - Competição inexistente	Competição na geração e comercialização	Competição na geração e comercialização
Consumidores Cativos	Consumidores Livres e Cativos	Consumidores Livres e Cativos
Tarifas reguladas em todos os segmentos	Preços livremente negociados na geração e comercialização	ACL: Preços livremente negociados na geração e comercialização. ACR: leilão e licitação pela menor tarifa
Mercado Regulado	Mercado Livre	Convivência entre Mercados Livre e Regulado

Planejamento Determinativo - Grupo Coordenador do Planejamento dos Sistemas Elétricos (GCPS)	Planejamento Indicativo pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE)	Planejamento pela Empresa de Pesquisa Energética (EPE)
Contratação: 100% do Mercado	Contratação: 85% do mercado (até agosto/2003) e 95% mercado (até dez./2004)	Contratação: 100% do mercado + reserva
Sobras/déficits do balanço energético rateados entre compradores	Sobras/déficits do balanço energético liquidados no MAE	Sobras/déficits do balanço energético liquidados na CCEE. Mecanismo de Compensação de Sobras e Déficits (MCSD) para as Distribuidoras.

Fonte: ccee – setor elétrico. Figura 3. Quadro comparativo entre os modelos de mercado no setor de energia elétrica brasileiro.

3 Concorrência no mercado energético brasileiro

3.1 Os consumidores

Em análise, a Abraceel constatou que entre os anos de 2003 e 2017 as empresas que migraram para o ambiente de contratação livre tiveram redução estimada em R\$83 bilhões, relaciona-se esta migração às perspectivas frustradas na redução do custo de energia proveniente da Medida Provisória nº 579/12, convertida na Lei nº 12.783/13, que com efeito apesar de proporcionarem redução nominal, seu real custo impactou nas tarifas de energia dos anos posteriores, segundo especialistas, o megawatt/hora saltou de R\$ 368,00 após essa redução para R\$ 428,00 no final de 2014 (Abraceel, 2018).

Ora, há que se ressaltar também que em 2015 as termelétricas foram ativadas em função da estiagem, logo, todas essas adversidades foram repassadas para o consumidor, encarecendo a energia e estimulando o ingresso ao mercado livre de energia elétrica. Com proposta da Câmara de Comercializadores de Energia Elétrica -

CCEE e aprovação da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL foram instituídos os comercializadores de energia, de acordo com a CCEE, como forma mais simplificada de entrada e atuação dos consumidores aderentes a este de contratação livre.

À luz desse novo cenário, algumas Consultas Públicas foram realizadas em 2016, buscando discutir sobre a expansão do mercado livre de energia como instrumento pra a redução da energia elétrica. O relatório proveniente desta consulta, merece destaque ao estabelecer que:

“De fato, se bem estruturado e implantado, o mercado livre é uma oportunidade para reduzir gastos com energia elétrica uma vez que permite maior flexibilidade e gestão de riscos, o que aumenta a eficiência econômica no setor elétrico e a produtividade das empresas, além de produzir um setor elétrico capaz de adaptar-se rapidamente à evolução tecnológica que deverá ser a tônica dos próximos anos (...)

Deve ser ressaltado que a liberdade de escolha do fornecedor de energia elétrica não garante por si só a redução de preços ao consumidor final. Trata-se de uma relação indireta: a liberdade de escolha aumenta a eficiência econômica por possibilitar melhor gestão de preferências e riscos que, **por meio de um processo concorrencial, pode resultar em menores preços de energia elétrica**” (grifo nosso). NOTA TÉCNICA Nº 4/2016 – MME.

No ano seguinte nova Consulta pública lançada pelo Ministério de Minas e Energia trouxe ponderações importantes que têm influenciado na abertura desse mercado. A Consulta Pública nº 33 de 2017, fez propostas chaves à legislação, possibilitando, por exemplo que o art 15 da Lei nº 9074/95 possa garantir uma diminuição anual no requisito mínimo de carga para a participação no ambiente de contratação livre bem como a Portaria nº 514/18 do Ministério de Minas e Energia, sendo estes instrumentos, preponderantes para o alcance da liberalização do ambiente de contratação livre a qualquer consumidor, com arcabouço técnico e representatividade necessárias para tanto.

O relatório desta Consulta pública, traz propostas que consideram sobremodo, a abertura do mercado aos consumidores de baixa tensão, não obstante que seja feita de forma cautelosa, proporcionando tempo para as distribuidoras se readequarem ao novo cenário, permitindo também que os varejistas se aperfeiçoem nesse ambiente de contratação e por fim que os resultados da abertura do mercados aos consumidores livres considerem-se estáveis. Neste sentido comporta o seguinte argumento acostado no relatório:

“Hoje já é permitido ao Grupo B atuar como autoprodutor instalando painéis solares em telhados, por exemplo, o que envolve um investimento e um risco muito maior que a escolha de outro fornecedor de energia que não seja a distribuidora. Não faz sentido deixar de fora da abertura do mercado o Grupo B, ainda mais sob a alegação de falta de conhecimento dos agentes que compõem este segmento. Além disto, a proposta é de faculdade de escolha e não de obrigatoriedade de migração para o ACL” NOTA TÉCNICA N° 33/2017 – MME.

Resta a compreensão de que o mercado de contratação livre deve ser amplamente discutido com a sociedade, na tentativa de sua real implantação, haja vista os benefícios que todos os consumidores podem alcançar, ou no mínimo escolher. Porquanto até o momento há impossibilidade de opções por parte da grande massa de consumidores de energia elétrica. *Ao fim de 2018, pouco mais de 30% do consumo de energia é atendido via transações realizadas no Ambiente de Contratação Livre.* Edvaldo Alves de Santana, p.138. 2018.



Fonte: ccee – dezembro 2018.

A portaria n° 514/18 do Ministério de Minas e Energia, por seu turno, trouxe regulamentação para a Lei 9074/95 no tocante aos limites de carga requisitados aos consumidores que almejam participar do ambiente de contratação livre, sendo corroborada pela Consulta Pública n° 63/2018-MME, realizada, a fim de trazer tecnicidade e amparo a Portaria, o relatório expressou em todos os aspectos tidos como positivo, a presença da concorrência, abaixo os tópicos relacionados:

“I. Redução do preço da energia elétrica devido ao aumento da concorrência entre os tipos de energia convencional e especial;
II. Aumento da eficiência devido ao aumento da competitividade advinda entre esses tipos de energia estimulará investimentos em inovação e modernização;
III. Aumento da igualdade de acesso dos consumidores ao ACL, permitindo, por exemplo, que competidores de um mesmo segmento econômico deixem de ser discriminados em função do seu porte de consumo, o que amplia a competição”.
NOTA TÉCNICA Nº 63/2018 – MME.

3.2 A eficiência

Em artigo, o diretor de estratégia da Abraceel, Frederico Rodrigues, lista uma série de motivos que fazem da liberalização do mercado de energia um fator essencial ao desenvolvimento do mercado e alcance dos benefícios que a concorrência pode trazer:

“o direito de escolha, a chamada “Portabilidade da conta de luz” permitirá que 80 milhões de consumidores brasileiros possam optar por seu fornecedor de energia, como hoje já ocorre na telefonia. Estima-se que portabilidade poderá gerar uma economia de R\$ 12 bilhões por ano nas contas de energia dos consumidores;
possibilidade de opção por energia limpa, pois os consumidores poderão escolher comprar energia exclusivamente de fontes renováveis, como eólica, solar, biomassa, resíduos sólidos e hidrelétricas de pequeno e grande porte;
o estímulo à geração distribuída, que possibilita que os consumidores produzam, utilizem e comercializem a própria energia gerada em suas residências ou negócios;
promove a igualdade de acesso, uma vez que, atualmente apenas grandes indústrias e comércio podem acessar o mercado livre e torna a indústria mais competitiva, já que mais de 6 milhões de indústrias, estabelecimentos comerciais e agronegócios no Brasil terão o direito de ir para o mercado livre de energia;
nos últimos 15 anos, os preços da energia no mercado livre foram em média 23% mais baratos que as tarifas reguladas das distribuidoras. Isso representa um potencial de redução de R\$7 bilhões ao ano nos custos de energia do setor produtivo;
incentivo à criação de novos produtos e serviços. A livre escolha incentiva a competição entre os fornecedores e a oferta de produtos diversificados aos consumidores, adequados às necessidades de cada um;
a transparência de preços incentiva o consumo em momentos de maior oferta e sinaliza a escassez, proporcionando eficiência no uso da eletricidade”. (2019, p. 6).

Por conseguinte, é inegável que liberar o acesso para todos os consumidores ao mercado livre de contratação de energia estimulará a concorrência neste setor, cumprindo desta forma as garantias fundamentais que este Estado estabeleceu em sua Constituição Federal. Decerto que a competitividade tende a ser um estímulo a entrega de um serviço cada vez mais eficiente. E a busca pela eficiência, faz ponderação aos meios e resultados, principalmente diante das novas tecnologias que impõem o

aperfeiçoamento do setor elétrico, em favorecimento à redução dos custos em razão das novas matrizes, que ainda por cima favorecem a diminuição de gases prejudiciais ao meio ambiente.

Desta maneira, os eventos em comento são inevitáveis, na verdade já são uma realidade, de sorte que foi aprovado na Comissão de Infraestrutura do Senado Federal o relatório do projeto de lei nº 232/2016, que legisferou sobre o Novo Marco Regulatório do setor elétrico, trazendo como um dos pontos principais, o livre mercado de energia, tornando plena a autonomia da vontade do consumidor, nas palavras do relator:

“Eles vão decidir se privilegiam uma fonte de energia ou se privilegiam o preço. Poderão moldar o contrato e o perfil de consumo a suas necessidades. A concorrência entre os que vendem energia deve reduzir o preço para o consumidor, tornar o fornecimento mais eficiente e elevar a produtividade das empresas” (Fonte: Agência Senado, 2020).

Exemplo de eficiência e aperfeiçoamento tem ocorrido no segmento de geração de energia distribuída, que proporciona hoje ao consumidor o empoderamento na escolha de sua matriz energética e já perfazem no Brasil mais de 1 GW de potência instalada, como micro e mini usinas, painéis solares, segundo dados da ANEEL em 2019. Os consumidores em geral carecem deste empoderamento que a livre contratação poderá proporcionar.

Não há mais pretextos para a continuação da impossibilidade de escolha por pelo menos *70% dos brasileiros querem escolher seu fornecedor de energia elétrica*, conforme dados apresentados pelo IBOPE em pesquisas anuais contratadas pela Abraceel. Estes consumidores vislumbram principalmente a economia em suas tarifas,

“no Brasil os poucos consumidores que podem e exercem o direito de comprar livremente sua energia obtiveram, em média, 23% de economia em relação àqueles consumidores cativos dos monopólios regionais nos últimos 15 anos, equivalente a R\$80 bilhões nesse período”. (ABRACEEL, 2019).

Destarte, a direção que oportuniza a transformação do modelo de mercado energético atual, é a abertura desse mercado, dando liberdade aos consumidores através da concorrência, que por muito tempo foi introduzida aos nacionais como algo improvável neste setor, *para a grande maioria dos consumidores brasileiros, contudo, essa bandeira tem pouco ou nenhum significado, resultado de décadas de desconhecimento e da falta de opções*. Rodrigues, p. 1, 2019.

Em consequência, o monopólio se manteve por muito tempo como inevitável, impedindo a liberdade de escolha dos consumidores, de livre iniciativa dos empreendedores, colocando o Brasil em posição contrária a outros países que têm seus mercados de consumo aberto. Digna-se encerrar com as palavras de Calixto Salomão:

“fica clara a necessidade, em setores caracterizados pela existência de redes, de preservar a concorrência através da garantia de concorrência entre redes”. (...) É fundamental garantir uma estrutura do mercado que estimule o consumidor para alternativas realmente diversas. As alternativas não devem ser só formais ou potenciais, mas configurar real alternativa de escolha. Só assim o processo de descoberta das melhores alternativas, instrumentalizado pela concorrência, realmente ocorrerá”. (2008, p. 126 e 127).

Conclusão

Por muito tempo o monopólio natural tornou-se resposta para a entrega do serviço essencial de distribuição de energia elétrica no Brasil, e para grande parte da população não há vislumbres para outra forma senão este.

Entretanto esta pesquisa buscou enfrentar esta problemática, acerca da inviabilização dos benefícios da concorrência no setor energético, em razão do monopólio existente, posicionando-se de forma que a liberalização do mercado de energia elétrica vem a ser uma alternativa a este modelo, proporcionando autonomia ao consumidor, com efeito, estimulando os efeitos da concorrência no setor.

Destarte, as informações coletadas aqui, pelo pesquisador, pretendem corroborar para a mudança no roteiro pré-estabelecido quanto ao tema em questão. Inegavelmente, a livre iniciativa traduz liberdade aos indivíduos para se tornarem protagonistas do desenvolvimento, e a abertura do mercado de contratação livre oportuniza aos consumidores a garantia do seu direito de escolha, bem como aos empreendedores a liberdade de iniciativa.

Uma vez aberto o mercado de contratação livre para todos os consumidores não significará por si só que todos os usuários migrarão em massa para esse ambiente, abandonando a contratação cativa, todavia gerará competitividade no setor, permitindo que os consumidores usufruam de sua liberdade de escolha, agindo com autonomia e alcançando os benefícios gerados pela concorrência, logo, as garantias constitucionais de livre iniciativa e livre concorrência serão alcançadas.

A abertura do mercado para livre contratação de energia assume bastante destaque por trazer uma realidade outrora inimaginável haja vista a única visualização

possível restava em monopólio natural, desta forma somente com a potencialização da concorrência neste setor haverá a preservação da livre iniciativa e impedimento de abusos de poder econômico.

O Direito à livre iniciativa decorrente dos direitos de primeira dimensão, está intrinsecamente conectado à livre concorrência, que apesar de dar liberdade à competitividade não pode ser entendido como atos desenfreados de competição. Em que pese a liberdade ser o elemento principal aqui, esta, só será alcançada quando todos tiverem as mesmas oportunidades, levando em consideração não apenas a entrada de novos concorrentes no mercado, mas também os reflexos que seus comportamentos retratam na sociedade.

Referências

A REESTRUTURAÇÃO DO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO E OS REFLEXOS EM UMA EMPRESA ESTATAL. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/88350>. Acesso em: 24 de abril de 2020.

BRASIL – Lei Federal n. 9.247 de 26 de dezembro de 1996 - Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9427compilada.htm. Acesso em: 26 de abril de 2020.

BRASIL – Lei Federal n. 10.438 de 26 de abril de 2002, dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10438.htm. Acesso em: 26 de abril de 2020.

BRASIL - Constituição Brasileira de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 27 de outubro de 2019.

BRASIL – Lei Federal n. 12.529 de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso dia: 27 de outubro de 2019.

BRASIL – Portaria nº 514, de 27 de dezembro de 2018 – MME. Regulamentação sobre os limites de carga, para contratação de energia.

CCEE - VINTE ANOS DO MERCADO BRASILEIRO DE ENERGIA ELÉTRICA. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/relatoriodeadministracao/assets/ccee-20-anos-livro-versao-digital.pdf>. Acesso em: 26 de abril de 2020.

COSTA, Carlos José de Castro. MONOPOLIO NATURAL: A LEGITIMAÇÃO DO MONOPÓLIO PARA MINIMIZAR OS CUSTOS DE PRODUÇÃO. CONPEDI, v. 1, p. 4745-4764. 2007. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/carlos_jose_de_castro_costa.pdf. Acesso em: 27 de outubro de 2019

DIREITO DA CONCORRÊNCIA. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/1220/1/Rafael%20Rocha%20de%20Macedo.pdf>. Acesso em: 05 de abril de 2020.

FGV - A DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. Disponível em: https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/file/A_Desconstitucionaliza%C3%A7%C3%A3o_Do_Direito_Da_Concorr%C3%Aancia.pdf. Acesso em: 05 de abril de 2020.

FGV - AVALIAÇÃO DAS REFORMAS RECENTES NO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM O DESENVOLVIMENTO DO MERCADO LIVRE DE ENERGIA. Disponível em: https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2018-10/17_avaliacao_das_reformas_recentes_no_setor_eletrico_brasileiro.pdf. Acesso em: 26 de abril de 2020.

FORGIONI, Paula. “Os Fundamentos do Antitruste”. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1998. p. 59 e 229.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Introdução ao direito da concorrência. São Paulo: Malheiros. 1996. p. 8.

MÉXICO - Constituição Mexicana 1917. Disponível em: https://web.archive.org/web/20110724055755/http://constitucion.rediris.es/principal/constituciones-mexico1917_1.htm#t1c1. Acesso dia: 27 de outubro de 2019.

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. Nota técnica nº 4. Brasília. 2016. Disponível em: http://www.mme.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=1f11e545-9664-9b73-5f3b-947e31830561&groupId=36070. Acesso em: 01 de maio de 2020.

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. Compilação Consulta Pública nº 33. Brasília. 2017. Disponível em: http://www.mme.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=a57e14f4-35f5-ea25-b1c6-12f8b68f6a19&groupId=36131. Acesso em: 01 de maio de 2020.

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. Compilação Consulta Pública nº 63. Brasília. 2018. Disponível em: http://www.mme.gov.br/web/guest/servicos/consultas-publicas?p_p_id=consultapublicammeportlet_WAR_consultapublicammeportlet&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_consultapublicammeportlet_WAR_consultapublicammeportlet_view=detalharConsulta&resourcePrimKey=522716&detalharConsulta=true&entryId=522718. Acesso em: 01 de maio de 2020.

OBRIGAÇÕES FISCAIS NA COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/Obriga%C3%A7%C3%B5es%20fiscais%20na%20comercializa%C3%A7%C3%A3o%20de%20energia%20el%C3%A9trica%20-12.07.2018.pdf>. Acesso em: 06 de maio de 2020.

O CONTROLE CONCORRENCIAL DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/89861>. Acesso em: 05 de abril de 2020.

O FUTURO DA ELETRICIDADE. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/the-future-of-electricity-new-technologies-transforming-the-grid-edge>. Acesso em: 05 de maio de 2020.

POR QUE ABRIR O MERCADO DE ENERGIA. Disponível em: <https://abraceel.com.br/wp-content/uploads/2019/09/Por-que-abrir-o-mercado-de-energia-el%C3%A9trica-Frederico-Rodrigues-2018.docx.pdf>. Acesso em: 01 de maio de 2020.

SHIEBER, Benjamin M. Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1966. p. 64.

22. COVID-19: UM BOM MOMENTO PARA A CAPTURA DE INFORMAÇÕES EM BANCO DE DADOS E REDES SOCIAIS DOS CONSUMIDORES SEM O SEU PRÉVIO CONSENTIMENTO

COVID-19: A GOOD TIME TO CAPTURE INFORMATION IN CONSUMERS' DATABASES AND SOCIAL NETWORKS WITHOUT THEIR PRIOR CONSENT



<https://10.0.142.240/10.36592/9786587424149-22>

*Roberta Eggert Poll*¹

Resumo

O artigo promove uma crítica sobre o aumento do número de informações que passaram a ser visíveis e disponíveis para os bancos de dados, em tempos de pandemia, que os colhem sem o prévio consentimento do usuário. Pretende-se, com o texto, responder a seguinte indagação: o enfrentamento da emergência da saúde pública decorrente da COVID 19 e a quantidade de informações obtidas dos consumidores durante este período – sem o seu prévio consentimento - devem ser conjuntamente analisados em prol da defesa do consumidor? Para a construção da pesquisa se utilizará do método dialético-dedutivo, adotando-se como técnica de pesquisa a revisão bibliográfica. Com isso, em primeiro propõe-se uma leitura acerca da necessidade de comunicação acerca da disponibilização de dados pessoais do consumidor em banco de dados mantido por órgãos públicos e privados. Também será trabalhada a questão da obtenção de dados do consumidor por meio de redes sociais sem o seu consentimento e, por fim, concentramo-nos na questão central – paralela ao momento de escrever esse texto (maio de 2020) – que é a pandemia do novo coronavírus, cuja atenção proeminente na mídia e na literatura acadêmica fizeram nascer o desejo por tal escrito. Ao fim, são ventiladas as conclusões da pesquisa no sentido de que em se tratando de compartilhamento de informações do consumidor

¹ Doutoranda em Direito pela PUC/RS. Bolsista CAPES. Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS. Especialista em Direito Público pela UNESA/RJ. Bacharela em Direito pela UNESA/RJ. Professora de Direito Penal e Criminologia na Dom Alberto. Advogada Criminalista sócia da Fayet Advocacia Criminal. E-mail: roberta@fayet.adv.br. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/5678667511758396>. O material em questão foi apresentado para publicação pela mesma instituição, sob orientação e coordenação do Professor Doutor Eugênio Facchini Neto.

pelos bancos de dados, deve ser observada a norma que assegura ao cadastrado o direito de ser informado previamente sobre a identidade do gestor e sobre o armazenamento e o objetivo do tratamento dos dados pessoais.

Palavras-chave: Consumidor. Banco de Dados. Covid 19. Informação. Redes sociais.

Abstract

The article criticizes the increase in the number of information that became visible and available to the databases, in times of pandemic, that collect it without the prior consent of the user. The text is intended to answer the following question: Should the confrontation with the public health emergency resulting from COVID 19 and the amount of information obtained from consumers during this period - without their prior consent - be jointly analyzed in favor of consumer protection? The research will be constructed using the dialectic-deductive method, adopting as research technique the bibliographic review. With this in mind, we first propose a reading about the need to communicate about the availability of personal consumer data in a database maintained by public and private bodies. We will also work on the issue of obtaining consumer data through social networks without their consent and, finally, we will focus on the central issue - parallel to the time of writing this text (May 2020) - which is the pandemic of the new coronavirus, whose prominent attention in the media and academic literature gave rise to the desire for such writing. In the end, the conclusions of the research are ventilated in the sense that when it comes to the sharing of consumer information by databases, the rule that assures the registered person the right to be informed in advance about the identity of the manager and about the storage and the purpose of the processing of personal data must be observed.

Keywords: Consumer. Database. Covid 19. Information. Social networks.

Introdução

De forma concomitante, dois fenômenos acabaram por inaugurar o ano de 2020: a atualização da jurisprudência do STJ no sentido de que o compartilhamento, via espelhamento, de informações de banco de dados (fornecidas pelo consumidor ou até mesmo divulgadas em redes sociais) não afasta a responsabilidade do gestor do banco de previamente comunicar o consumidor; e a pandemia do novo coronavírus, com toda a calamidade econômica e social, trazendo consigo a necessidade de

melhoramento estatal na área da saúde em escala mundial, ainda mais em nosso país, face a precariedade histórica de subsídios destinados a esta área, o que culminou na falta de atendimento de boa qualidade para a grande maioria da população brasileira.

Mas em qual aspecto esses dois temas, o compartilhamento de informações de banco de dados e a pandemia do coronavírus podem convergir? Pois bem. Este é o cenário no qual este artigo pretende transitar: primeiro pela análise da violação ao artigo 43 da Lei nº 8.078/90 (denominada de código de proteção e defesa do consumidor), cujo *caput* dispõe que: “*O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes*”, bem como as disposições da Lei nº 12.414/2011 e, depois, a ampliação da exposição da vida do consumidor nas redes sociais, em decorrência da necessidade de permanecer em isolamento social e, conseqüentemente, o respectivo aumento do número de informações que passaram a ser visíveis e disponíveis para os bancos de dados, que os colhem sem o seu prévio consentimento.

Nessa senda, o presente estudo pretende responder a seguinte indagação: o enfrentamento da emergência da saúde pública decorrente do novo coronavírus e a quantidade de informações obtidas dos consumidores durante este período – sem o seu prévio consentimento - devem ser conjuntamente analisadas em prol da defesa do consumidor?

Para construção do objeto de pesquisa, será utilizada a técnica de revisão bibliográfica, consistente em explicar o problema por meio das teorias publicadas em obras de um mesmo gênero, com resguardo em livros, periódicos e noticiosos *online*, partindo do geral para o particular, permitindo-se, a partir disso, a construção de conclusões. Os métodos empregados serão o dedutivo, consistente em utilizar o raciocínio lógico, o qual faz uso da dedução para obter a conclusão; e, no mesmo talante, o dialético, dado que objetiva se aproximar das discussões da realidade social, por meio da análise de uma situação concreta. De forma a auxiliar a pesquisa, será utilizado o recurso de vínculo à legislação e à doutrina acerca da matéria objeto do estudo.

Com essas considerações iniciais, o desafio será o de enfrentamento de cada um desses temas, começando pela análise da necessidade de comunicação acerca da disponibilização/comercialização de dados pessoais do consumidor em banco de dados mantido por órgãos públicos e privados. Também será trabalhada a questão da

obtenção de dados do consumidor por meio de redes sociais sem o seu consentimento e, por fim, concentramo-nos na questão central – paralela ao momento de escrever esse texto (maio de 2020) – que é a pandemia do novo coronavírus, cuja atenção proeminente na mídia e na literatura acadêmica fizeram nascer o desejo por tal escrito.

1 Dos bancos de dados e cadastros de consumidores: recentes alterações legislativas

Nos termos do art. 2º, incisos I e II da Lei nº 12.414/2011, considera-se banco de dados o conjunto de dados relativo à pessoa natural ou jurídica armazenados com a finalidade de subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro; tal banco é administrado pelo gestor que, nos mesmos termos legais, é a pessoa jurídica que atenda aos requisitos mínimos de funcionamento previstos nesta Lei e em regulamentação complementar, responsável pela administração de banco de dados, bem como pela coleta, pelo armazenamento, pela análise e pelo acesso de terceiros aos dados armazenados.

Embora na linguagem cotidiana as expressões “banco de dados” e “cadastro” se equiparem, no sentido de constituir uma “reunião organizada de informações sobre determinado objeto ou pessoas”,² o CDC as diferencia: arquivos de consumo seriam o gênero do qual banco de dados e cadastro de consumo são espécies. Pois bem, ultrapassada essa fase terminológica, é necessário adentrar na sistemática propriamente dita, de análise dos mecanismos existentes para o consumidor conhecer os empresários disponíveis no mercado de consumo e vice e versa.

É indubitável que as informações sobre o perfil do consumidor, mesmo aquelas de cunho estritamente pessoal, possuem valor econômico no mercado de consumo e, em razão disso, os bancos de dados constituem serviços de utilidade pública, seja para o consumidor, seja para o fornecedor. Em outras palavras, assim como é importante para o fornecedor, especialmente naquelas hipóteses de concessão de crédito, conhecer o perfil consumerista, com mais razão assiste o consumidor em ter conhecimento sobre os produtos e serviços colocados à sua disposição, a idoneidade

² MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 186.

do fornecedor, seu histórico, sua postura em lidar com vícios e defeitos e, até mesmo, sua responsabilidade social e jurídica.³

Nesse sentido, nos empresta sabedoria o Ministro Herman Benjamin, em passagem que trata brilhantemente das condições de utilização dos arquivos de consumo:

Não é qualquer pessoa que pode ter acesso às informações arquivadas sobre o consumidor. Os arquivos de consumo só se justificam quando destinados a servir ao bom funcionamento da sociedade de consumo. Não são instrumento de bisbilhotice da vida alheia. Têm uma função econômica e só esta. As informações dos arquivos de consumo só podem ser prestadas uma vez preenchidas duas condições: uma solicitação individual decorrente de uma necessidade de consumo. Fora disso, qualquer utilização implicará mau uso, sujeitando os infratores (o que dá e o que recebe) às sanções próprias contra a invasão de privacidade.⁴

Nessa toada, a gestão do banco de dados impõe estrita observância das respectivas normas de regência, na medida em que exercem importante papel, afastando ou diminuindo o anonimato de uma sociedade informacional massificada, permitindo, dessa forma, uma rápida análise da situação econômico/financeira do consumidor, sendo certo que tal atividade é potencialmente ofensiva à honra e a privacidade dos indivíduos, consoante preleciona o art. 5º, inciso X, da Constituição Federal.⁵ Nesse sentido, bem esclarece Leonardo Roscoe Bressa:

“O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em diálogo com a Lei do Cadastro Positivo (Lei 12.414/2011), permite, desde que rigorosamente atendidas as exigências de ambos os diplomas, o tratamento de informações negativa e positiva. Todavia, quando não observados tais limites, tanto a conduta do fornecedor (empresário), quanto da entidade de proteção ao crédito, passam ao campo da ilegalidade, ensejando dever de indenizar.”⁶

Dentre as exigências da legislação, destaca-se o dever de informação, que vai ao encontro da temática central deste artigo - COVID-19: um bom momento para captura de informações em banco de dados e redes sociais dos consumidores –, que tem como uma de suas vertentes o dever de comunicar por escrito ao consumidor a abertura de

³ MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 185.

⁴ BENJAMIN, Herman. Código de Defesa do Direito do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 330.

⁵ MIRAGEM, Bruno. O Direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito. Revista de Direito do Consumidor, v. 43, p. 111-132, jul./set. 2002.

⁶ BESSA, Leonardo Roscoe. Responsabilidade civil dos bancos dos dados de proteção ao crédito: diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Cadastro Positivo. Revista de Direito do Consumidor: RDC, v. 23, n. 92, mar./abr. 2014.

cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo, quando não solicitada por ele, consoante determina o §2º, do artigo 43, da Lei nº 8.078/90, *in verbis*: “a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele”.

Lado outro, certo é que a sociedade informacional do século XXI não é um elemento estático, estando em constante transformação; mas esse processo de mudança, em que as novas tecnologias são as principais responsáveis por novas configurações econômicas, não autoriza a mácula à legislação, ao ponto de eliminarmos o consentimento informado do consumidor a respeito da coleta de seus dados.⁷ Tal imposição, aliás, vinha expressamente prevista na redação originária da Lei nº 12.414/2011:

Art. 4º A abertura de cadastro requer autorização prévia do potencial cadastrado mediante consentimento informado por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada.

§ 1º Após a abertura do cadastro, a anotação de informação em banco de dados independe de autorização e de comunicação ao cadastrado.

§ 2º Atendido o disposto no caput, as fontes ficam autorizadas, nas condições estabelecidas nesta Lei, a fornecer aos bancos de dados as informações necessárias à formação do histórico das pessoas cadastradas.

§ 3º (VETADO).

O texto, no entanto, foi alterado recentemente pela Lei Complementar nº 166/2019, passando a vigorar com a seguinte redação:

Art. 4º O gestor está autorizado, nas condições estabelecidas nesta Lei, a:

I - abrir cadastro em banco de dados com informações de adimplemento de pessoas naturais e jurídicas;

II - fazer anotações no cadastro de que trata o inciso I do caput deste artigo;

III - compartilhar as informações cadastrais e de adimplemento armazenadas com outros bancos de dados; e

IV - disponibilizar a consulentes:

a) a nota ou pontuação de crédito elaborada com base nas informações de adimplemento armazenadas; e

b) o histórico de crédito, mediante prévia autorização específica do cadastrado.

§ 1º Após a abertura do cadastro, a anotação de informação em banco de dados independe de autorização e de comunicação ao cadastrado.

§ 2º Atendido o disposto no caput, as fontes ficam autorizadas, nas condições estabelecidas nesta Lei, a fornecer aos bancos de dados as informações necessárias à formação do histórico das pessoas cadastradas.

§ 1º (Revogado)

§ 2º (Revogado)

⁷ PASQUALOTTO, Adalberto; BUBLITZ, Michelle Dias. Desafios do presente e do futuro para as relações de consumo ante indústria 4.0 e a economia colaborativa. Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo, v. 3, p. 62-81, 2018, p. 65.

§ 3º (VETADO)

§ 4º A comunicação ao cadastrado deve:

I - ocorrer em até 30 (trinta) dias após a abertura do cadastro no banco de dados, sem custo para o cadastrado;

II - ser realizada pelo gestor, diretamente ou por intermédio de fontes; e

III - informar de maneira clara e objetiva os canais disponíveis para o cancelamento do cadastro no banco de dados.

§ 5º Fica dispensada a comunicação de que trata o § 4º deste artigo caso o cadastrado já tenha cadastro aberto em outro banco de dados.

§ 6º Para o envio da comunicação de que trata o § 4º deste artigo, devem ser utilizados os dados pessoais, como endereço residencial, comercial, eletrônico, fornecidos pelo cadastrado à fonte.

§ 7º As informações do cadastrado somente poderão ser disponibilizadas a consulentes 60 (sessenta) dias após a abertura do cadastro, observado o disposto no § 8º deste artigo e no art. 15 desta Lei.

§ 8º É obrigação do gestor manter procedimentos adequados para comprovar a autenticidade e a validade da autorização de que trata a alínea b do inciso IV do caput deste artigo.

A nova redação se mostra menos rigorosa no que tange ao cumprimento do dever de informar o consumidor sobre o seu cadastro – já que o texto original exigia autorização prévia mediante o consentimento informado por meio da aposição de assinatura prévia, seja mediante instrumento específico (autorização) seja em cláusula apartada (em contrato de adesão, por exemplo).

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, há tempos tem o entendimento consolidado no sentido de que: “*a ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, §2º, do CDC, enseja o direito à compensação por danos morais, salvo quando preexistir a inscrição desabonadora regularmente realizada*”.⁸

Com essa posição, indica-se que medidas efetivas para o enfrentamento da emergência da saúde pública decorrente do novo coronavírus e a e a quantidade de informações obtidas dos consumidores durante este período – sem o seu prévio consentimento informado - devem ser conjuntamente analisadas, a fim de se estabelecer um sistema maior de proteção a parte mais vulnerável desta relação, que se sujeita aos mais diversos problemas como, por exemplo, o preenchimento de cadastro, com inúmeras informações pessoais, em uma compra pela internet, cujos dados pessoais e sigilosos, na maioria das vezes não seriam necessários ou recolhidos

⁸ Enunciado 385 da Súmula do STJ: “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.”.

em uma compra física. Tal temática, no entanto, pela profundidade do assunto em questão, será desenvolvida no próximo tópico.

2 O e-commerce como nunca visto: pandemia que aumentou o consumo material virtual e expôs informações dos consumidores sem o seu prévio consentimento

“O texto constitucional impõe uma ordem protetiva em benefício do consumidor enquanto sujeito débil”.⁹ Em razão disso, que a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da necessidade de consentimento informado, construída sob o enfoque do registro de informações negativas do consumidor, tem incidência também para o registro de informações positivas, na medida em que sob as duas circunstâncias (positiva e negativa), o consumidor tem o direito de tomar conhecimento das informações a seu respeito que estão sendo colhidas, gravadas e comercializadas por empresários (fornecedores), sem a sua autorização.¹⁰

Até porque, do direito ao consentimento informado decorrem outros dois, quais sejam: o direito de acesso aos dados armazenados e o direito à retificação das informações incorretas. Nesse sentido, inclusive, nos empresta sabedoria, mais uma vez, Leonardo Roscoe Bessa:

“Em sua origem, a privacidade estava associada ao direito de ser deixado em paz – right to be let alone. A preocupação atual, entretanto, é proteger o cidadão em relação aos modernos – e cada vez mais eficientes – mecanismos de informática de tratamento (coleta, armazenamento e difusão) de dados. Soma-se a isso a crescente tendência de análise, juízos de valor das pessoas a partir de um perfil digital, ou seja, de dados obtidos friamente em redes eletrônicas, pela internet, por transferências não autorizadas que, invariavelmente, não correspondem a situações reais, ensejando tratamento discriminatório, julgamentos rápidos e equivocados ou acesso a informações que integram dados sensíveis. Esta nova configuração de tratamento de dados, permitida pelo progresso na área da informática apresenta, ao lado de benefícios, ameaça à dignidade da pessoa humana, a direitos da personalidade, podendo significar a perda ou significativa diminuição de autonomia e liberdade pessoais”.¹¹

⁹ PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentabilidade e efetividade da defesa do consumidor. Revista Direitos Fundamentais & Justiça, ano 3, n. 9, out./dez., 2009, p. 75.

¹⁰ PASQUALOTTO, Adalberto; BASTOS, Ísis Boll de Araújo. Aplicação dos meios adequados de transformação dos conflitos nas relações de consumo. Revista Brasileira de Direito Comercial, v. III, p. 5-19, 2017.

¹¹ BESSA, Leonardo Roscoe. Responsabilidade civil dos bancos dos dados de proteção ao crédito: diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Cadastro Positivo. Revista de Direito do Consumidor: RDC, v. 23, n. 92, mar./abr. 2014.

A questão ganha patamares ainda maiores de preocupação diante da possibilidade de compartilhamento das informações do consumidor pelos bancos de dados¹² – prática autorizada pela legislação (art. 4º, inciso III e art. 9º, ambos da Lei nº 12.414/2011), mas que as vezes é realizada fora dos padrões legais, justamente pela dificuldade de controle rígido.

A troca de informações por espelhamento de acordo com a prática criada pelo setor consumerista, significa compartilhar informações, cuja origem pertence a outro banco de dados, sem contudo, realizar retificações ou até mesmo o cancelamento das informações compartilhadas (quando necessário), ao argumento de que tais dados não fazem parte da base da entidade que recebeu as informações. Desta forma, se o consumidor constata, por exemplo, que a dívida já havia sido quitada sendo necessária a exclusão da informação de restrição ao crédito, a entidade que espalha a informação “por espelhamento”, não retifica a informação e sugere ao consumidor, nitidamente lesionado, que se dirija diretamente ao arquivo de consumo que criou a inscrição. Ou seja, enquanto não for realizada essa ação de retificação/cancelamento de dado diretamente na entidade que originou o apontamento, o registro continua sendo divulgado por todos os arquivos de consumo.¹³

Tal mecanismo, no entanto, é contrário ao aspecto preventivo que deve existir nas relações entre consumidor e fornecedor, tal como preconiza José Geraldo Brito Filomeno:

“(…) grande a responsabilidade dos produtores ou fornecedores no sentido de: (...) c) preventivamente, ainda, estabelecer canais de comunicação com o público consumidor, quer para informações, quer para ouvir sugestões, quer para reparar danos já causados, e para que outros não ocorram, mediante mecanismos de solução conciliatória”.¹⁴

Assim, a inobservância de quaisquer dos deveres associados ao tratamento (que inclui a coleta, o armazenamento e a transferência) dos dados do consumidor – dentre os quais se insere o dever de informar – faz nascer uma pretensão indenizatória pelos danos causados e da de fazer cessar, imediatamente, a ofensa aos direitos da personalidade, na forma do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, art. 927, do

¹² MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 185-186.

¹³ BESSA, Leonardo Roscoe. Práticas comerciais: banco de dados e direitos dos consumidores. Revista de Direito do Consumidor: RDC, v. 23, n. 95, set./out. 2014.

¹⁴ FILOMENO, José Geraldo Brito. Comentários aos arts. 4º e 5º do Código de Defesa do Consumidor. In: GRIONOVER, Ada Pellegrini. Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 67-68.

Código Civil e art. 12 a 25 da Lei nº 8.078/90.

Pois bem, se existem deveres de tratamento das informações obtidas do consumidor, o que fazer então quando é o próprio consumidor que disponibiliza tais dados de forma gratuita e voluntária em suas redes sociais? A pergunta surge, na medida em que a pandemia do Covid-19 escancarou o número de horas que os indivíduos passaram a trocar informações nos mais diversos canais informáticos. O *e-commerce* se expandiu para os mais diversos bens e produtos, e os bancos de dados foram inflados com informações precisas e preciosas sobre o consumidor. De outro lado, as empresas que confrontam informações prestadas pelo consumidor ao fornecedor, com aquelas armazenadas no banco de dados, não se responsabilizam diante da incompletude ou inconsistência de informações, na medida em que não há necessidade de notificação prévia, de acordo com o art. 43 da Lei nº 8.078/98 e as recentes inovações promovidas na Lei nº 12.414/2011.

O cenário que temos, portanto, é este: o consumidor fornece as informações, alimentando o banco de dados por meio de suas redes sociais; os fornecedores trocam informações por espelhamento e as empresas que apenas disponibilizam esses dados para prevenção de fraudes e etc., não se responsabilizam, já que não há necessidade de notificação prévia.

Juridicamente, no entanto, não há como se conformar com tal situação fática. Isto porque, em se tratando de compartilhamento de informações do consumidor pelos bancos de dados, deve ser observada a norma prevista no art. 5º, inciso V, da Lei nº 12.414/2011, a qual assegura ao cadastrado o direito de ser informado previamente sobre a identidade do gestor e sobre o armazenamento e o objetivo do tratamento dos dados pessoais.¹⁵

E esse foi, inclusive, o entendimento adotado pela Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial nº 1758799/MG, em que um banco de dados foi condenado ao pagamento de danos morais por uso indevido e comercialização de informações pessoais e sigilosas de um consumidor, por ter descumprido o dever de informa-lo sobre a abertura do cadastro e o compartilhamento de seus dados, obstando-lhe, por conseguinte, o acesso ao conteúdo daquelas informações pessoais armazenadas e a sua eventual retificação.

¹⁵ BESSA, Leonardo Roscoe. Práticas comerciais: banco de dados e direitos dos consumidores. Revista de Direito do Consumidor: RDC, v. 23, n. 95, set./out. 2014.

A título de esclarecimento, extrai-se o seguinte trecho do voto que elucida a situação fático-jurídica:

“Como se vê, além de violar o dever de informação, o banco de dados mantido pela recorrente faz anotações de informações excessivas – como as relativas aos possíveis parentes, aos residentes no mesmo endereço, e aos vizinhos dos endereços pesquisados – as quais em nada contribuem para a avaliação da situação econômica do cadastrado, como exige o § 1º do art. 3º da Lei 12.414/2011, e que, por isso, são expressamente proibidas pelo § 3º, I, do mesmo dispositivo legal. Convém salientar que o fato, por si só, de se tratarem de dados “usualmente fornecidos pelos próprios consumidores quando da realização de qualquer compra no comércio, que não se afiguram como os chamados dados sensíveis ou sigilosos” (fl. 496, e-STJ), como assegura a recorrente, não afasta a sua responsabilidade. Evidentemente, quando o consumidor fornece seus dados para a realização de uma compra no comércio ele não está, implícita e automaticamente, autorizando o comerciante a divulgá-los no mercado; está apenas cumprindo as condições necessárias à concretização do respectivo negócio jurídico entabulado apenas entre as duas partes, confiando ao fornecedor a proteção de suas informações pessoais.

Do mesmo modo, o fato de alguém publicar em rede social uma informação de caráter pessoal não implica o consentimento, aos usuários que acessam o conteúdo, de utilização de seus dados para qualquer outra finalidade, ainda mais com fins lucrativos.

Por todo o exposto, não merecem reparos os fundamentos do TJMG para reconhecer a caracterização do dano moral; vejamos:

Assim, tenho que a conduta da apelada enseja indenização por danos morais, considerando, sobretudo, o sentimento de insegurança experimentado pelo apelante ao perceber que seus dados pessoais como número de telefone, CPF, endereço e filiação se encontravam disponibilizados em banco de dados de fácil acesso por terceiros.

A conduta da apelada é no mínimo inconsequente na medida em que facilita o acesso aos dados pessoais da pessoa cadastrada, sem o seu consentimento expresso, o que favorece prática de atos ilícitos ou contratações fraudulentas por terceiros de má-fé. A invasão de privacidade é flagrante. (fl. 432, e-STJ)

Configura-se, pois, a ocorrência de dano moral *in re ipsa*.¹⁶

O artigo 5º, inciso V, da Lei nº 12.414/2011 é cristalino ao asseverar que é direito do consumidor “*ser informado previamente sobre o armazenamento, a identidade do gestor do banco de dados, o objetivo do tratamento dos dados pessoais e os destinatários dos dados em caso de compartilhamento*”. Desta forma, o fato de se tratar de dados gratuitamente fornecidos pelos próprios consumidores, em suas redes sociais, quando de qualquer compra via e-commerce que não se afiguram, à priori, com

¹⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1758799. Minas Gerais. Relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data do Julgamento: 12/11/2019. Data da Publicação: 19/11/2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1888267&num_registro=201700065219&data=20191119&formato=PDF>. Acesso em: 28 maio 2020.

os chamados dados sensíveis ou sigilosos, por si só, não afasta a responsabilidade do gestor do banco de dados, em razão de que quando o consumidor o faz "*não está, implícita e automaticamente, autorizando o comerciante a divulgá-los no mercado*"¹⁷

Com essa afirmativa, sustenta-se que os dados compartilhados por consumidores durante a Covid-19, permanecem sob a tutela do art. 43, da Lei 8.078/90, bem como a Lei nº 12.414/2011, eis que o consumidor fornece seus dados para a realização de uma compra no comércio apenas para cumprir as condições necessárias à finalização do respectivo negócio de compra e venda, confiando, desta forma, ao fornecedor a proteção de suas informações pessoais e sigilosas. Esta concretização do negócio jurídico não autoriza implícita e automaticamente o comerciante a divulgar os dados informados no mercado de consumo, muito menos a compartilhá-los em banco de dados.

O fato de alguém publicar em rede social uma informação de caráter pessoal não implica o consentimento, aos usuários que acessam o conteúdo, de utilização de seus dados para qualquer outra finalidade, ainda mais com fins lucrativos.

É necessário que haja, portanto, limites ao compartilhamento de dados, justamente para que a sistemática de proteção, tanto ao consumidor quanto ao fornecedor, que foi criada pelo desenvolvimento e ampliação dos bancos de dados não perca seu objetivo último, que é subsidiar a concessão de crédito, a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais e empresariais que impliquem risco financeiro.

Conclusão

Quanto mais complexas se tornam as relações humanas, mais se reproduzem os conflitos interpessoais. Não por outro motivo que a Constituição Federal impõe uma ordem protetiva em proveito do consumidor, enquanto sujeito vulnerável. Essa proteção é a ele direcionada na tentativa de promover uma igualização, por meio da imposição de regras mínimas em relações que são faticamente desiguais.

¹⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1758799. Minas Gerais. Relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data do Julgamento: 12/11/2019. Data da Publicação: 19/11/2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1888267&num_registro=201700065219&data=20191119&formato=PDF>. Acesso em: 28 maio 2020.

A pandemia da Covid-19 escancarou ainda mais essa desigualdade nas relações entre fornecedor e consumidor, seja a partir da captura não autorizada de dados via redes sociais, seja por meio do compartilhamento de dados obtidos por meio da realização de uma compra via e-commerce.

Ao final deste estudo, portanto, conclui-se que o problema inicialmente proposto – se o enfrentamento da emergência da saúde pública decorrente do coronavírus e a quantidade de informações obtidas dos consumidores durante este período – sem o seu prévio consentimento - devem ser conjuntamente analisadas, em prol da defesa do consumidor – restou devidamente respondido, a partir da dicção do art. 43, da Lei nº 8.078/90 e a Lei nº 12.414/2011, pois em se tratando de compartilhamento de informações do consumidor pelos bancos de dados, deve ser observada a norma que assegura ao cadastrado o direito de ser informado previamente sobre a identidade do gestor e sobre o armazenamento e o objetivo do tratamento dos dados pessoais.

Neste fim, pedimos vênia, para trazer um trecho da literatura contemporânea que bem se adapta ao conteúdo proposto neste artigo: “*Renda-se, como eu me rendi. Mergulhe no que você não conhece como eu mergulhei. Não se preocupe em entender, viver ultrapassa qualquer entendimento*”. Clarice Lispector.

Referências

BENJAMIN, Herman. Código de Defesa do Direito do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

BESSA, Leonardo Roscoe. Práticas comerciais: banco de dados e direitos dos consumidores. Revista de Direito do Consumidor: RDC, v. 23, n. 95, set./out. 2014.

BESSA, Leonardo Roscoe. Responsabilidade civil dos bancos dos dados de proteção ao crédito: diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Cadastro Positivo. Revista de Direito do Consumidor: RDC, v. 23, n. 92, mar./abr. 2014.

BRASIL, Lei Complementar nº 166, de 8 de abril de 2010. Altera a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, e a Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011, para dispor sobre os cadastros positivos de crédito e regular a responsabilidade civil dos operadores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp166.htm>. Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL, Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de

peças jurídicas, para formação de histórico de crédito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm>. Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1758799. Minas Gerais. Relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data do Julgamento: 12/11/2019. Data da Publicação: 19/11/2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1888267&num_registro=201700065219&data=20191119&formato=PDF>. Acesso em: 28 maio 2020.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Comentários aos arts. 4º e 5º do Código de Defesa do Consumidor. In: GRIONOVER, Ada Pellegrini. Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7º ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. O Direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito. Revista de Direito do Consumidor, v. 43, p. 111-132, jul./set. 2002.

PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentabilidade e efetividade da defesa do consumidor. Revista Direitos Fundamentais & Justiça, ano 3, n. 9, out./dez., 2009.

PASQUALOTTO, Adalberto; BASTOS, Ísis Boll de Araújo. Aplicação dos meios adequados de transformação dos conflitos nas relações de consumo. Revista Brasileira de Direito Comercial, v. III, p. 5-19, 2017.

PASQUALOTTO, Adalberto; BUBLITZ, Michelle Dias. Desafios do presente e do futuro para as relações de consumo ante indústria 4.0 e a economia colaborativa. Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo, v. 3, p. 62-81, 2018.

23. A ANÁLISE ECONÔMICA DOS CONTRATOS EM TEMPOS DE PANDEMIA (COVID-19)

ECONOMIC ANALYSIS OF CONTRACTS IN PANDEMIC TIMES (COVID-19)



<https://10.0.142.240/10.36592/9786587424149-23>

*Tiago Faganello*¹

Resumo

O presente artigo tem por objetivo trazer alguns insights da Análise Econômica do Direito que podem auxiliar na interpretação dos contratos durante a Pandemia.

Abstract

This article aims to bring some insights from the Economic Analysis of Law that may help in the interpretation of contracts during the Pandemic.

Keywords: Contracts; Economics Analysis of Law; Pandemic.

1 introdução: a pandemia do Covid-19 e os contratos

É fato inegável que a pandemia do Covid-19 gerou um verdadeiro caos político, social, econômico, ético e jurídico. Estamos passando por um tempo em que tudo é superlativo: o número de doentes, a projeção de óbitos e as informações desconstruídas².

No campo jurídico não é diferente, em especial no âmbito dos contratos. Em recente julgado, por exemplo, afirmou-se que vivemos "*em tempo de guerra*"³.

¹ Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista CAPES. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogado. O material em questão foi apresentado para publicação pela mesma instituição, sob orientação e coordenação do Professor Doutor Ricardo Lupion.

² O parágrafo inicial de "Um Conto de Duas Cidades", de Charles Dickens, reproduz os sentimentos atuais: "*Aquele foi o melhor dos tempos, foi o pior dos tempos, foi a idade da razão, a idade da insensatez, a época da crença, a época da incredulidade, a estação da Luz, a estação das Trevas, a primavera da esperança, o inverno do desespero, tínhamos tudo diante de nós, não tínhamos nada diante de nós, todos iríamos direto para o Paraíso, todos iríamos direto no sentido oposto (...)*". DICKENS, Charles. **Um Conto de Duas Cidades**. São Paulo: Estação Liberdade, 2010.

³ <http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=60781>.

Analisando-se as recentes publicações e produções intelectuais, facilmente se constata que a doutrina e os legisladores⁴ têm procurado responder aos anseios dos agentes econômicos ao presente momento.

Consideremos o exemplo de um contrato de locação comercial de bem imóvel junto a um determinado shopping center que eventualmente é impedido de exercer as suas atividades por força de legislação. Qual a solução a ser dada em relação ao preço da locação ou até mesmo à vigência do contrato? Qual o enquadramento jurídico para solução: é caso de força maior ou quebra da base do negócio ou alteração das circunstâncias do negócio? Ou, ainda, seria caso de onerosidade excessiva? Todas essas questões e os eventuais problemas de soluções rápidas e imprecisas foram abordadas pontualmente por José Fernando Simão⁵, Jorge Cesa⁶ e Ana Frazão⁷ e, portanto, evitaremos ingressar nesse terreno já que bem analisadas pelos referidos autores.

Não se desconhece que o Conselho Nacional de Justiça tem incentivado e recomendado soluções negociais aos conflitos. O Tribunal de Justiça de São, por exemplo, editou projeto-piloto⁸ de conciliação e mediação pré-processuais para disputas empresariais decorrentes dos efeitos da pandemia do Covid-19.

Ocorre que no afã da solução rápida – e por vezes imediatistas e simplistas-, são inúmeras as ações judiciais requerendo flexibilização do pagamento de tributos, suspensão de aluguéis, desoneração de ativos de empresas em dificuldade econômica, postergação do pagamento de empréstimos e a renegociação de contratos.

De fato, a solução para tais casos vai muito além de uma mera subsunção do fato à norma. Não se está diante de “casos simples”⁹, no qual o exercício hermenêutico é (quase) automático ou menos problemático. Pelo contrário, trata-se de situações de

⁴ Vide Projeto de Lei 1.179/2020 – Lei 14.010/2020.

⁵ SIMÃO, José Fernando. O contrato nos tempos da covid-19. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323599/o-contrato-nos-tempos-da-covid-19--esquecam-a-forca-maior-e-pensem-na-base-do-negocio> Acesso em 13/05/2020.

⁶ CESA, Jorge. Caso fortuito e força maior: as questões em torno dos conceitos Ocorrência de caso fortuito e força maior como hipótese de isenção, mitigação e da execução de certos deveres. **Jota**. Disponível em: [jota.info/opiniao-e-analise/artigos/caso-fortuito-e-forca-maior-as-questoes-em-torno-dos-conceitos-20032020](https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/caso-fortuito-e-forca-maior-as-questoes-em-torno-dos-conceitos-20032020) Acesso 13/05/2020.

⁷ FRAZÃO, Ana. Impactos da Covid-19 sobre os contratos. **Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/impactos-da-covid-19-sobre-os-contratos-19042020> Acesso em 13/05/2020.

⁸ https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Coronavirus/Comunicados_CG_N11-2020.pdf

⁹ Para aprofundamento vide: DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1982; HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

“casos difíceis”, nos quais a atividade do intérprete é mais complexa em razão de situações não tão familiares ou recorrentes e, portanto, a aplicação do direito requer uma tarefa exegética com outras lentes.

Em relação aos contratos, tal questão acentua-se ainda mais, considerando que a estrutura obrigacional e a econômico-financeira de determinada relação jurídica pode ser drasticamente afetada por um terceiro alheio a vontade das partes.

Ocorre que decisões proferidas neste cenário podem gerar um ambiente de incerteza e insegurança jurídica, bem como de oportunismo pelos agentes econômicos. Em outras palavras: soluções adotadas por exigências de curto prazo podem, ao final, se tornarem fonte de um cenário de insegurança jurídica e de aumento de custos e incertezas.

Em razão da complexidade dos problemas jurídicos, da necessidade de se compreender o todo e das diversas variáveis envolvidas em um “caso difícil”, a interdisciplinaridade é considerada hoje um elemento-chave para se pensar o Direito e, conseqüentemente, os contratos.

Por consequência, neste artigo procurar-se-á trazer ao campo dos contratos alguns breves conceitos oriundos do movimento da Análise Econômica do Direito que, ao nosso ver, podem contribuir na tomada de decisão pelos indivíduos.

A ideia, sempre que possível, será utilizar como exemplo a hipótese fática do contrato de locação comercial em shopping center.

2 Noções da análise econômica do direito aos contrato

Não é objetivo deste tópico expor por completo uma teoria econômica do contrato e suas relações com Direito. O que se propõe nos próximos parágrafos é apresentar alguns breves *insights* da Análise Econômica do Direito em relação aos contratos que, diante do cenário atual, podem contribuir para que tenhamos uma visão menos simplificada do problema e, por consequência, soluções mais adequadas sejam adotadas (pelos indivíduos, pelos julgadores e pelos legisladores).

2.1 O Contrato na Economia

Um dos conceitos fundamentais da economia é que vivemos em um mundo de

recursos limitados e de restrições¹⁰, mas os desejos e as necessidades dos agentes econômicos são infundáveis e os mais variados possíveis.

É inviável supor que cada agente econômico produza tudo aquilo que seja necessário para sua sobrevivência, para a satisfação de suas vontades ou, ainda, para organização e produção de sua atividade econômica.

Tal mundo de limitações e restrições acentua-se ainda mais em uma época em que a sociedade é caracterizada fortemente por contextos de desenvolvimento informacional e tecnológico típicos de um mundo globalizado, ocasionando diversas alterações nas mais diversas áreas do conhecimento, da vida social e da atividade econômica¹¹.

As trocas econômicas são, assim, imprescindíveis em uma sociedade.

O espaço destinado à realização das trocas econômicas é o mercado, o qual tem por objetivo facilitar a circulação da titularidade de interesses ou de direitos.

As trocas econômicas serão realizadas por meio de contratos (acordos voluntários) que permitem a circularização da titularidade de direitos, bem como representam o exercício da autonomia das partes dentro do contexto de liberdade negocial propiciados por uma economia de mercado.

Em termos singelos, a parte precisando de um bem (um imóvel para locação; um insumo para a sua produção; um aparelho de televisão, etc;) socorre-se do mercado para satisfação das necessidades.

É evidente que tal questão ganha relevo em contratos que se projetam no tempo, ou seja, que não são instantâneos. Estes contratos que se projetam no tempo

¹⁰ Em relação ao conceito de restrições, escassez e limitações dentro da ciência economia Robert H. Frank esclarece que: “Essa reação, no entanto, assume uma visão muito estreita do termo escassez, pois *sempre* há importantes recursos com oferta reduzida. Quando morreu, Aristóteles Onassis possuía vários bilhões de dólares, uma vez que tinha mais dinheiro do que jamais poderia ter gasto [...]. Mesmo assim, ele enfrentou um problema de escassez muito maior do que a grande parte de nós um dia já pensou em enfrentar. Onassis era vítima de *miastenia grave*, uma doença neurológica autoimune debilitante e progressiva, e, por esse motivo, para ele, a escassez que importava não era a de dinheiro, mas sim de tempo, energia e habilidade física necessários para realizar atividades comuns do dia a dia. O tempo é um recurso escasso para todos, não apenas para os portadores de doenças terminais. Portanto, ao decidir que filmes ver, por exemplo, é o tempo, e não o preço do ingresso que restringe a maioria de nós. [...] Todavia, tempo e dinheiro não são os únicos recursos escassos importantes. Considere, por exemplo, a escolha econômica que você enfrenta entre quando um amigo convida para um bufê de café da manhã: você tem que decidir como completar seu prazo [...]. Você possui, diante de si, uma mesa inteira com suas comidas preferidas e tem de decidir quais comer e em que quantidades. Comer mais um *waffle* significa necessariamente ter menos espaço para mais ovos mexidos, e mesmo que essa situação não envolva dinheiro, sua escolha não deixa de ser uma decisão econômica”. FRANK, Robert H. **Microeconomia e Comportamento**. Tradução Christiane de Brito Andrei. 8. ed. Porto Alegre: AMGH, 2013. p. 3.

¹¹ Nesse sentido vide: FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

representam uma alocação de riscos por parte dos agentes. Por exemplo, um contrato de locação de firmado por prazo determinado não representa uma escolha aleatória entre as Partes – a fixação do prazo é fruto de alocação de riscos (escolha voluntária) entre as partes, considerando tanto questões econômicas como jurídicas.

As partes, ao celebrarem o contrato, buscam antever os riscos usualmente inerentes ao objeto da relação contratual determinando as consequências jurídicas na hipótese de eventual concretização. Essas estipulações naturalmente possuem um valor patrimonial e que as partes levam em conta ao negociar, predispor e redigir o clausulado contratual. Todavia, como no caso da pandemia, podem acontecer contingências não previstas contratualmente que acabam por afetar a matriz inicial de riscos do contrato.

Com efeito, é importante que o intérprete tenha em consideração que as trocas realizadas entre as Partes são fruto de escolhas voluntárias entre as Partes dentro de uma realidade fática subjacente. O contrato – instrumento - que formaliza a vontade das Partes, neste sentido, é representativo de uma troca realizada no mercado e que, portanto, não pode ser ignorada. Contudo, o reconhecimento desta realidade fática subjacente não significa que o Direito deverá ser norteado por decisões unicamente de caráter exclusivamente econômico.

2.2 Racionalidade Plena v. Racionalidade Limitada

No procedimento de escolha voluntárias, tem-se que o indivíduo é plenamente racional¹² (*homo economicus*) e, portanto, todas as decisões são sopesadas (custos e benefícios), dentro de um cenário de informação plena, simétrica e irrestrita.

Adotando novamente o exemplo de um contrato de locação comercial, o modelo da racionalidade plena parte do pressuposto que as Partes contratantes (a) maximizam suas utilidades (b) a partir de um conjunto estável de preferências e (c) acumulam uma quantidade ótima de informações em uma variedade de mercados¹³.

¹² Racionalidade ilimitada ou plena dos agentes. BECKER, Gary S. **The economic approach to human behavior**. Chicago: Chicago University Press, 1976. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 32. POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 7. ed. New York: Aspen, 2007. p. 3-4; 15-16. SALAMA, Bruno. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, p. 16, 2008. RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito: Uma introdução**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 13.

¹³ SANTOLIM, Cesar. Behavioral Law and Economics e a Teoria dos Contratos. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 3, p. 408-409, 2015.

Estes pressupostos acabam refletindo nas escolhas voluntárias das partes e, por consequência, na redação das cláusulas de um contrato. Adotando estas premissas, poderíamos considerar que as Partes seriam capazes de redigir um contrato considerado completo¹⁴.

Porém, inúmeros estudos¹⁵ apresentados ao longo dos últimos anos questionam a premissa básica da racionalidade ilimitada do agente, procurando descrever como o “homem real”¹⁶ age e toma decisões.

Os desvios à racionalidade absoluta são objetos de estudo inicialmente desenvolvidos por Herbert Simon¹⁷. A crítica central do autor está no que ele chamou de racionalidade limitada (*bounded rationality*) do indivíduo, considerando que existem limitações e restrições impostas ao agente em relação ao conhecimento (não é possível saber de tudo), ao processamento cognitivo do conhecimento e das informações obtidas.

Daniel Kahneman e Amos Tversky¹⁸, por sua vez, demonstraram que as decisões dos agentes são influenciadas por vieses (*biases*) ou heurísticas e, portanto, não seguem um padrão linear de racionalidade plena.

Este “homem real” nem sempre agirá de maneira racional e/ou de acordo com o modelo de racionalidade plena. Por vezes, tomará decisões em cenários de assimetria informativa e/ou influenciadas por vieses ou heurísticas e que, em momentos como os atuais, poderão ser exploradas como argumentos para encerramento do vínculo contratual e/ou gerar situações de oportunismo contratual.

2.3 Custos de Transação

As trocas realizadas pelos agentes no mercado não são isentas de custos ou fricções. Por exemplo, uma empresa antes de locar um imóvel junto a um determinado

¹⁴ Vide, no ponto, contratos completos e incompletos.

¹⁵ SIMON, Herbert A. Theories of decision making in economics and behavioral Science. **American Economic Review**, v. 49, p. 253-283, 1959. KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. 1. ed. São Paulo: Objetiva, 2012. TONETTO, Leandro.; KALIL, Lisiane.; MELO, Wilson V.; SCHNEIDER, Daniela G.; STEIN, Lillian. M. O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza. **Estudos de Psicologia**, v.23, p. 181-189. 2006. DAMÁSIO, António. **E o cérebro criou o homem**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

¹⁶ JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass. R.; THALLER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. **Stanford Law Review**, v. 50, p. 1471-1550, 1998.

¹⁷ SIMON, Herbert A. Theories of decision making in economics and behavioral Science. **American Economic Review**, v. 49, p. 253-283, 1959.

¹⁸ TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. **Science**, v. 185, p. 1124-1131, 1974.

shopping realizará previamente os seguintes questionamentos e estudos: (i) qual o público/mercado consumidor? (ii) qual shopping se encaixa com este público/mercado consumidor? (iii) quantos imóveis possuem disponíveis para locação naquele shopping? (iv) qual o valor do aluguel? (v) quais as garantias contratuais exigidas por cada um dos proprietários das lojas disponíveis?

Estes custos ou fricções são chamados de custos de transação. Os custos de transação são aqueles custos que de “alguma forma oneram a operação, mesmo quando não representado por dispêndios financeiros feitos pelos agentes, mas que decorrem do conjunto de medidas tomadas para realizar uma transação”¹⁹.

O estudo e a existência dos custos de transação destacam como os custos incidentes em cada operação econômica condicionam as escolhas das partes e também do legislador.

A negociação, busca de informação, elaboração e o monitoramento de um contrato tendem a se tornar mais dispendiosos quanto maiores os riscos, certezas e fricções existentes naquela determinada operação econômica.

Pensando-se em uma relação na qual as partes desejam formalizar uma relação jurídica de longa duração, mediante a celebração de um de locação, os custos representam um papel significativo. Os custos de busca de informação, de negociação, de redação do instrumento contratual, de descrever todas as possíveis contingências e “estados da natureza” e de monitorar (observar) o cumprimento das obrigações da contraparte não podem ser desconsiderados.

As partes envolvidas em uma relação jurídica cujo vínculo se perdura no tempo enfrentarão, inexoravelmente, ao longo da execução do objeto contratual, diversas situações que são inerentes ou peculiares a obrigações que se executam ao longo do tempo como, por exemplo, problemas de agência, problemas de partilha de informação, mudanças de circunstâncias (econômicas e sociais).

Entretanto, a predisposição de todas as contingências futuras e a alocação de todos os riscos existentes não passam de um arquétipo ideal. Na realidade da atividade empresarial, torna-se custoso, demorado e, até mesmo inviável, estabelecer um regime

¹⁹ SZTAJN, Rachel. Externalidade e Custos de Transação: a redistribuição de direitos no Código Civil de 2002. In: ÁVILA, Humberto. (Org). **Fundamentos do Estado de Direito**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 321. Luciano Timm conceitua os custos de transação como sendo os custos “necessários para a efetivação de transações comerciais. [...] Os custos de transação podem ser de três tipos: (i) custos de procura e obtenção de informações; (ii) custos de negociação; (iii) custos para garantir a execução do contrato”. TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 189.

de cláusulas que comporte todas e quaisquer situações e contingências que possam ocorrer ao longo de uma relação jurídica, o que nos leva ao próximo ponto.

2.4 Oportunismo

Os indivíduos ao firmarem contratos que se prolongam no tempo não possuem capacidade de prever todas as futuras contingências e hipóteses que podem afetar ocorrer ao longo da vigência da relação jurídica. Cláusulas relativas ao reajuste de aluguel e extinção da relação contratual são plenamente verificáveis na prática. Contudo, quantos contratos de locação poderão ser identificados no nosso cotidiano que regulam as consequências jurídicas de uma possível pandemia?

Em momentos de crise ou dificuldade, as Partes tendem a adotar comportamentos (tomar decisões) que afetam o equilíbrio de repartição dos ganhos que cada uma das partes estabeleceu quando do ingresso na relação jurídica.

É o caso dos inúmeros pedidos de repactuação dos valores dos contratos de locação comercial. Em situações específicas, não se pode negar que a parte – de fato – possa se enquadrar em um contexto-fático que possa ensejar a repactuação.

Contudo, o oportunismo contratual surge a partir do comportamento dos demais indivíduos no mercado (os outros locatários) que não se enquadram em uma situação específica de necessidade também passam a buscar tal repactuação.

Segundo Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau o comportamento oportunista nos contratos pode ser definido como o agir de uma das partes envolvidas na relação contratual “que, por astúcia ou força, tenta obter para si vantagem na repartição dos ganhos conjuntos do contrato em detrimento do outro contratante”²⁰.

Conforme destaca a doutrina, esse tipo de comportamento acaba por prejudicar a cooperação entre os envolvidos e, a longo prazo, gera um acréscimo de custos posteriores²¹.

²⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 422.

²¹ SANTOLIM, Cesar; GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. A tomada de decisões em momentos de crise como o da Covid-19. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-01/santolim-giannakos-tomada-decisoes-momentos-crise#:~:text=A%20tomada%20de%20decis%C3%B5es%20em,como%20o%20da%20Covid%2D19&text=A%20premissa%20central%20da%20teoria,de%20suas%20possibilidades%20de%20compra.> Acesso em 20/06/2020.

Logo, a análise do comportamento das partes e a compreensão da tomada das decisões nestes momentos é relevante na análise dos problemas. Trata-se, sem sombra de dúvidas, de um dos grandes campos de pesquisa que envolve, ao menos, três áreas distintas: Direito, Economia e Psicologia.

2.5 Externalidades

As externalidades são consequências não almejadas decorrentes da atuação de um determinado indivíduo. Estas consequências afetam a situação de terceiros²², impondo custos (externalidades negativas) ou benefícios (externalidades positivas)²³.

No exemplo do contrato de locação comercial, imagine-se a seguinte situação: o locatário de um imóvel ingressa em juízo requerendo liminarmente a suspensão de pagamentos do aluguel em razão da pandemia. O julgador, sensibilizado pela situação, acolhe o pedido e determina a suspensão imediata do pagamento do aluguel.

A decisão proferida pelo julgador poderá afetar terceiros? É evidente que sim.

Os demais indivíduos (locatários) – incentivados pela decisão que suspende o pagamento do aluguel – começam a ingressar em juízo requerendo também a suspensão do pagamento do aluguel ou a sua repactuação em termos mais benéficos.

Por outro lado, os locadores passarão a exigir mais garantias contratuais para fins de mitigar as incertezas e os riscos envolvidos na contratação, diminuindo a acessibilidade de imóveis para os interessados que não possuem condições de atenderem as exigências dos locadores.

Assim, decisões que venham a ser tomadas (sejam pelos indivíduos ou até mesmo pelos julgadores ou pelos legisladores) podem invariavelmente gerar consequências não previstas e, até mesmo, afetar e/ou inviabilizar um mercado específico.

²² Sobre o efeito contatual perante terceiros vide: PENTEADO, Luciano Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

²³ “[...] os benefícios de uma troca poderão se refletir em outras partes que não aquelas explicitamente envolvidas nela. Além disso, os custos da troca poderão se refletir em outras partes”. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução Luís Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 61.

Considerações Finais

As respostas (onerosidade excessiva, quebra da base do negócio, alterações das circunstâncias, caso fortuito ou força maior, etc) do sistema normativo existente do direito contratual são suficientes isoladamente para compreender e responder os “acidentes contratuais” decorrentes da pandemia? Nos parece que a Análise Econômica pode auxiliar na tomada de decisão pelos indivíduos e contribuir para soluções jurídicas mais adequadas neste momento.

Isto não quer dizer que a Economia ou a racionalidade econômica de uma determinada operação deverá prevalecer em relação ao Direito ou nortear todo o arquétipo legislativo. Pelo contrário. O Direito, ao reconhecer a existência desta realidade, poderá trazer soluções mais adequadas a um momento de crise e que não sejam focadas apenas em resultados de curto prazo.

Bibliografia

BECKER, Gary S. **The economic approach to human behavior**. Chicago: Chicago University Press, 1976.

CESA, Jorge. Caso fortuito e força maior: as questões em torno dos conceitos Ocorrência de caso fortuito e força maior como hipótese de isenção, mitigação e da execução de certos deveres. **Jota**. Disponível em: jota.info/opiniao-e-analise/artigos/caso-fortuito-e-forca-maior-as-questoes-em-torno-dos-conceitos-20032020 Acesso 13/05/2020.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução Luís Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DAMÁSIO, António. **E o cérebro criou o homem**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

DICKENS, Charles. Um Conto de Duas Cidades. São Paulo: Estação Liberdade, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRAZÃO, Ana. Impactos da Covid-19 sobre os contratos. **Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/impactos-da-covid-19-sobre-os-contratos-19042020> Acesso em 13/05/2020.

FRANK, Robert H. **Microeconomia e Comportamento**. Tradução Christiane de Brito Andrei. 8. ed. Porto Alegre: AMGH, 2013.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass. R.; THALLER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. **Stanford Law Review**, v. 50, p. 1471-1550, 1998.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. 1. ed. São Paulo: Objetiva, 2012.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015.

PENTEADO, Luciano Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 7. ed. New York: Aspen, 2007.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito: Uma introdução**. Coimbra: Almedina, 2007.

SALAMA, Bruno. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, p. 16, 2008.

SANTOLIM, Cesar. Behavioral Law and Economics e a Teoria dos Contratos. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 3, p. 408-409, 2015.

SANTOLIM, Cesar; GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. A tomada de decisões em momentos de crise como o da Covid-19. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-01/santolim-giannakos-tomada-decisoes-momentos-crise#:~:text=A%20tomada%20de%20decis%C3%B5es%20em,como%20o%20da%20Covid%2D19&text=A%20premissa%20central%20da%20teoria,de%20suas%20possibilidades%20de%20compra>. Acesso em 20/06/2020.

SIMÃO, José Fernando. O contrato nos tempos da covid-19. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio. **Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323599/o-contrato-nos-tempos-da-covid-19--esquecam-a-forca-maior-e-pensem-na-base-do-negocio>. Acesso em 13/05/2020.

SIMON, Herbert A. Theories of decision making in economics and behavioral Science. **American Economic Review**, v. 49, p. 253-283, 1959.

SZTAJN, Rachel. Externalidade e Custos de Transação: a redistribuição de direitos no Código Civil de 2002. In: ÁVILA, Humberto. (Org). **Fundamentos do Estado de Direito**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TONETTO, Leandro.; KALIL, Lisiane.; MELO, Wilson V.; SCHNEIDER, Daniela G.; STEIN, Lillian. M. O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza. **Estudos de Psicologia**, v.23, p. 181-189. 2006.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. **Science**, v. 185, p. 1124-1131, 1974.

24. CONTRIBUIÇÕES DA EXTRAFISCALIDADE AO DESENVOLVIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE CONTROLE DO COVID-19

CONTRIBUTIONS FROM EXTRAFISCALITY TO THE DEVELOPMENT OF COVID-19 PUBLIC CONTROL POLICIES



<https://10.0.142.240/10.36592/9786587424149-24>

Diogo de Barros Vidor¹

Bruna Lietz²

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo abordar as contribuições da extrafiscalidade como meio ao desenvolvimento de políticas públicas voltadas ao controle do COVID-19 no Estado brasileiro. Com uma análise da intervenção do Estado posta na ordem econômica e das funções inerentes aos tributos extrafiscais se expõe o papel deste instrumento como meio de direcionar condutas. Ademais, pela exposição dos atuais usos da extrafiscalidade no enfrentamento ao COVID-19 e sua importância para o fomento à pesquisa se verifica a fundamentalidade deste instrumento estatal para o combate da pandemia. A pesquisa tem natureza teórica e original, aplicando como método de abordagem o indutivo. Ao final, conclui-se que a extrafiscalidade apresenta-se no presente momento como um instituto jurídico de elementar importância para que a população tenha acesso aos insumos necessários a prevenção e combate ao COVID-19, como para o desenvolvimento de pesquisas voltadas ao tratamento terapêutico e a imunização da população mundial.

Palavras-chave: tributação; extrafiscalidade; políticas públicas; Covid-19.

¹ Mestrando em Direito na área de concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Tributário pela UCS. Professor nas disciplinas em Direito Tributário e Processo Tributário na Faculdade Dom Alberto. Advogado. Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/9485050724774190>. E-mail: diogo.barros@domalberto.edu.br.

² Mestranda em Direito na área de concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul com bolsa CAPES/PROEX. Especialista em Direito do Estado pela UFRGS. Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional pela Uniasselvi. Advogada. Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/7133022323811404>. E-mail: bruna.lietz@edu.pucrs.br. O material em questão foi apresentado para publicação pela mesma instituição, sob orientação e coordenação do Professor Doutor Paulo Caliendo.

Abstract

This paper aims to address the contributions of extrafiscality as a means of developing public policies aimed at controlling COVID-19 in the Brazilian State. With an analysis of the State's intervention in the economic order and the functions inherent to extrafiscality taxes, the role of this instrument as a means of directing conduct is exposed. Furthermore, due to the exposure of the current uses of extrafiscality in the fight against COVID-19 and its importance for the promotion of research, it is possible to verify the fundamentality of this state instrument for combating the pandemic. The research has a theoretical and original nature, applying the inductive as a method of approach. In the end, it is concluded that extrafiscality presents itself at the present moment as a legal institute of elementary importance so that the population has access to the necessary inputs to prevent and combat COVID-19, as well as for the development of research aimed at therapeutic treatment and the immunization of the world population.

Keywords: taxation; extrafiscality; public policy; Covid-19.

Introdução

A pandemia de COVID-19 está impactando profundamente as relações sociais, gerando novas demandas ao Estado. Dentre estas, destacam-se os instrumentos necessários para o enfrentamento da doença, assim como o desenvolvimento de pesquisas voltadas ao tratamento terapêutico e a imunização da população mundial.

Neste panorama, a tributação tem uma relevância fundamental, especialmente por constituir não somente a principal fonte de receita para as políticas públicas estatais, mas representar instrumento capaz de dirigir o comportamento dos agentes econômicos. Assim, a presente pesquisa buscará desenvolver como a extrafiscalidade pode contribuir no combate, pelo Estado, a COVID-19.

A aplicação de tributos extrafiscais com o fim ordenador, interventivo ou redistributivo já tem sido empregado no Estado brasileiro em diversas hipóteses para a realização de valores consagrados na ordem jurídica constitucional. Assim, a hipótese levantada é no sentido de que o Estado pode utilizar da tributação para promover valores constitucionais que refletem medidas para o enfrentamento da pandemia.

A presente pesquisa tem como objetivo geral identificar os possíveis contributos da extrafiscalidade para o combate à COVID-19, sendo seus objetivos específicos à exposição da distinção das normas fiscais e extrafiscais através da sua função; e estabelecer os casos em que a extrafiscalidade é empregada atualmente no Estado brasileiro e potenciais empregos.

Assim, inicialmente será realizada uma exposição da intervenção do Estado na ordem econômica e social, para em momento posterior formular considerações em torno da tributação extrafiscal, notadamente sua função e distinção da fiscal. Por fim, irá se expor como a extrafiscalidade pode contribuir para o combate da COVID-19, expondo a política fiscal adotada pelo Governo Federal e a potencialidade da tributação extrafiscal como instrumento de estímulo ao desenvolvimento de tecnologias voltadas ao tratamento terapêutico e a imunização da população mundial.

O trabalho, de natureza original e teórica, terá como base pesquisa bibliográfica e documental. O método de abordagem será o dedutivo, eis que partindo-se do uso da extrafiscalidade como promotora de valores jurídicos através dos agentes econômicos, se buscará definir sua aplicabilidade quando ao combate ao COVID-19.

Assim, diante das premissas metodológicas acima referidas, faz-se a análise do tema, buscando estabelecer este em uma perspectiva jurídica geral para posteriormente direcioná-lo às medidas que são necessárias para o combate a pandemia.

1 A intervenção do Estado na ordem econômica e social

A intervenção do Estado na ordem econômica teve início do século XIX, na Inglaterra, com o propósito de realizar a correção de distorções no mercado causadas pela concentração de capital, a intervenção era realizada em caráter pontual e excepcional. Naquele contexto, o mundo vivia sob os princípios do liberalismo político³.

No século XX, com o surgimento das economias de guerra, o Estado passa a assumir novas funções para com o cidadão, com a intervenção na ordem econômica e social. Passa-se ao estágio da constitucionalização da ordem econômica e social,

³ CARVALHOSA, Modesto. **Direito Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.122.

notadamente na constituição Alemã de Weimar⁴, em 1919, fenômeno que se verifica na maioria das constituições ocidentais⁵.

O Estado neste novo contexto assume deveres positivos, tal fenômeno é descrito por MONCADA ao afirmar que o Estado passa a assumir o “papel positivo da norma jurídica na conformação da vida econômica e social”⁶, tornando-se “responsável principal pela condução e operatividade das forças econômicas, enquanto verdadeira alavancada da sociedade atual”⁷.

Desde o preâmbulo de nossa Constituição se verifica os deveres positivos do Estado em assegurar o exercício dos direitos sociais, a liberdade, o bem-estar e o desenvolvimento. A doutrina de GRAU entende que estamos sob a regência de uma Constituição dirigente, que significa “o conjunto de diretrizes, programas e fins que anuncia, a serem pelo Estado e pela sociedade realizados, a ela confere o caráter de plano global normativo, do Estado e da sociedade”⁸. Neste mesmo sentido, entende LEÃO “que o Estado desenhado pelo constituinte não se limita a complementar o sistema de mercado, mas passa a direcioná-lo deliberadamente em função de fins específicos como o progresso, a estabilidade, a justiça e a liberdade econômica”⁹.

Os direitos fundamentais estão relacionados com o contexto das alterações da intervenção do Estado na economia. Com o advento do Estado Democrático de Direito, no âmbito da relação jurídica-tributária, os direitos fundamentais deixam de ser compreendidos, apenas, como limitações do poder estatal¹⁰ no que se referiam às imposições feitas aos cidadãos. Os direitos fundamentais passaram a exigir do Estado prestações positivas cujos custos são suportados através da tributação e que podem ser efetivados através de uma tributação extrafiscal. A tributação legitima-se em virtude de ser no Estado fiscal o principal meio de arrecadação dos recursos que promovem as

⁴ GUEDES, Marco Aurelio Peri. **Estado e Ordem Econômica e Social: A experiência constitucional da República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934**. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

⁵ GRAU, Eros Roberto. Art. 170, caput. CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SALET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1785.

⁶ MONCADA, Luís S. Cabral. **Direito Econômico**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 29.

⁷ MONCADA, Luís S. Cabral. **Direito Econômico**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 28.

⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 2ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.199.

⁹ LEÃO, Martha Toribio. **Controle da Extrafiscalidade**. Série Doutrina Tributária v. XVI. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p.35.

¹⁰ Observa Nabais que (2015, pp. 48-49) os direitos fundamentais deixaram de ser os clássicos de liberdade integrando-se a outros direitos, como direitos à participação política, aos direitos sociais e aos direitos ecológicos que passaram a demandar novas exigências dos indivíduos face ao Estado.

políticas públicas, assim como induzir comportamentos que levem a efetivação de direitos fundamentais.

O constituinte diante da necessidade de possibilitar meios a tornar eficaz aqueles direitos fundamentais, dispôs de instrumentos, entre eles instrumentos tributários, conforme esclarece LEÃO ao afirmar que o “constituinte escolheu determinados instrumentos para a concretização dessa nova ordem econômica e social. E, dentre os instrumentos de que o Estado pode se valer para essa transformação, estão as normas tributárias”¹¹.

Nesse contexto, o tributo que historicamente foi compreendido em sua função arrecadatória, a qual segue sendo a principal fonte de receitas públicas¹², torna-se instrumento ao atingimento de outros fins que não o arrecadatório, para tornar-se instrumento a “induzir a concretização de direitos fundamentais e tarefas públicas”¹³, o que passa ser instituído como “forma de proteção do meio ambiente, de estímulo à família, incentivo à cultura, entre outro”.¹⁴

Entre os fins constitucionalmente assegurados, merece destaque na presente pesquisa o direito à saúde, que segundo SARLET recebe “dupla fundamentalidade formal e material da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais em geral, especialmente em virtude de seu regime jurídico privilegiado”¹⁵.

O referido autor refere que o artigo 196 da Constituição Federal reconhece à saúde como direito-dever, impondo ao poder pública a obrigatoriedade de sua efetividade, tanto a proteção à saúde individual como a pública. Em relação ao seu conteúdo, o dever do Estado compreende aspectos de promoção, recuperação e proteção, cujo sentido atribuído por SARLET se reveste no dever do Estado em exercer a “saúde curativa”, no sentido de possibilitar meios que permitam o acesso ao tratamento adequando ou meios paliativos que permitam a melhoria da qualidade de vida do indivíduos. Ainda o mesmo autor, refere que não cabe aqui assegurar o mínimo

¹¹ LEÃO, Martha Toribio. **Controle da Extrafiscalidade**. Série Doutrina Tributária v. XVI. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p.36.

¹² As Receitas Correntes, no ano-calendário de 2019, representaram 55,97% das receitas auferidas pela União. Deste total, 82% correspondeu a soma das Contribuições, Impostos, Taxas e Contribuições de Melhoria, ou seja, decorrente da arrecadação de tributos. Disponível em <http://www.portaldatransparencia.gov.br/receitas?ano=2019>.

¹³ CALIENDO, Paulo. **Curso de Direito Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 159.

¹⁴ CALIENDO, Paulo. **Curso de Direito Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p.163.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 196, caput. CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SALET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1931.

vital ao cidadão, no sentido de promover a saúde em patamares mínimos à condição de sobrevivência, pelo contrário. SARLET afirmar que o dever estatal é de garantir o “mais alto nível possível de saúde”, o que extraí do próprio texto constitucional e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), o qual o Brasil é signatário¹⁶.

Neste sentido, o dever do Estado de promover na sua máxima eficácia a efetividade do direito à saúde deve compreender a adoção de todos os meios possíveis, entre os quais, a criação de políticas tributárias extrafiscais que estimulem a adoção de práticas que estimulem e promovam a proteção ao COVID-19, bem como estimule à indústria nacional ao desenvolvimento de tecnologias em pesquisa e desenvolvimento de técnicas que proporcionem a diminuição da propagação da doença e o tratamento à população infectada.

Contudo, antes de adentrarmos na análise dos instrumentos tributários voltados à realização daqueles fins, deve-se previamente realizar a distinção entre tributação fiscal e extrafiscal, que passaremos à análise dos critérios a sua definição e do modo de sua aplicação.

2 A função das normas extrafiscais e o desenvolvimento de políticas públicas.

A definição de extrafiscalidade não é apresentada na Constituição Federal¹⁷ ao definir a competência tributária aos entes federados, assim como o Código Tributário Nacional¹⁸ ao estabelecer as principais normas que regem a tributação. Deste modo, a doutrina passa assumir uma função elementar na definição da extrafiscalidade, especialmente em sua distinção com as normas fiscais.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 196, caput. CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SALET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1933.

¹⁷ A Constituição Federal não emprega a expressão extrafiscalidade em seu texto. A existência desta e seu uso no texto constitucional decorre das hipóteses que estão expressamente previstas de uso da tributação com finalidade não fiscal, mas interventiva, ordenatória ou reguladora, como, por exemplo, o disposto no artigo 153, parágrafo quarto, inciso primeiro que define que o imposto sobre propriedade territorial rural poderá ser progressivo para desestimular a manutenção de propriedades improdutivas.

¹⁸ Tal lei não traz a distinção entre normas fiscais e extrafiscais, conceituando o tributo em seu artigo 3º como “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Nesta perspectiva, pode-se definir que as normas fiscais e extrafiscais se distinguem em razão da sua função. As normas fiscais estão inseridas no ordenamento com a função de arrecadar receitas públicas, ao passo que as normas extrafiscais são destinadas à realização de outros fins que não focalizados na arrecadação. A esse respeito, a doutrina de CATÃO faz a seguinte distinção:

A doutrina clássica convencionou chamar de função fiscal aquela preocupada simplesmente na coleta e concretização das receitas tributárias. Ou seja, quando o Estado legitimamente exerce seu poder de tributar, de acordo com uma determinada carga média aplicada indistintamente a toda a coletividade, atua “fiscalmente”. Por outro lado quando essa atividade é reduzida setorialmente, visando-se estimular especificamente determinada atividade, grupo ou valor juridicamente protegido com a cultura ou o meio-ambiente, convencionou-se denominar de função “extrafiscal” ou “extrafiscalidade”¹⁹.

Um dos primeiros conceitos na doutrina brasileira de extrafiscalidade foi proposto por ATALIBA que define esta como “o emprego dos instrumentos tributários – evidentemente, por quem os tem à disposição – como objetivos não fiscais, mas ordinatórios”²⁰. Posteriormente, o mesmo autor propôs definição mais abrangente e adequada, no sentido de que a extrafiscalidade consiste “no uso de instrumentos tributários para obtenção de finalidades não arrecadatórias, mas estimulantes, indutoras ou coibidoras de comportamentos, tendo em vista outros fins, a realização de outros valores constitucionalmente consagrados”²¹.

Assim, a identificação da norma extrafiscal se faz pela exclusão da função meramente arrecadatória em vista de outros fins, mas BOMFIM adverte que estes outros “fins são prescritos pelo próprio direito positivo, sendo certo que, no caso do direito brasileiro, foram todos eles definidos pelo texto constitucional”²².

Contudo, ainda adverte BOMFIM a respeito do equívoco de parte da doutrina em não distinguir a finalidade dos efeitos realizados pela norma, para o autor: “enquanto os efeitos são apreciáveis do ponto de vista econômico, a finalidade de uma

¹⁹ CATÃO, Marcos André Vinha. **Regime Jurídicos dos Incentivos Fiscais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 04.

²⁰ ATALIBA, Geraldo. **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 150.

²¹ ATALIBA, Geraldo. IPTU: progressividade. *Revista de Direito Público*, v. 23, n. 93, 1990, p. 236.

²² BOMFIM, Diego. **Extrafiscalidade: Identificação, Fundamentação, Limite e Controle**. São Paulo: Noese, 2015, p.15.

dada norma tributária pode ser juridicamente apreciada, destacada e levada em considerações para fins de interpretação”²³.

Ao conceituar as normas extrafiscais, CALIENDO faz a distinção entre o conceito ampliado e o restritivo, sendo o último aplicável ao nosso ordenamento, o qual designa como “o conceito restritivo da extrafiscalidade a compreende como fenômeno que se refere as normas jurídicas que autorizam competência tributária ordenadora, interventiva ou redistributiva”²⁴. Ainda, propõe como elementos à sua caracterização o “i) fim constitucional pretendido; ii) meio utilizado e a iii) técnica adotada”²⁵.

Assim, o *fim constitucional pretendido* refere-se à realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, seja na esfera econômica e social, que pode se referir à proteção ao meio ambiente, à saúde, à pesquisa, entre outras definidas no plano constitucional. O *meio utilizado* poderá ser a ordenação, redistribuição ou a intervenção. A ordenação, segundo CALIENDO consiste no “uso de mecanismos administrativos fiscais de proteção do interesse público”²⁶, cita como exemplo o artigo 182, parágrafo 4º, inciso II, da Constituição Federal, que prevê a possibilidade do IPTU progressivo como meio de estímulo ao proprietário urbano em cumprir à função social do imóvel, de modo a evitar que o imóvel seja não edificado, subutilizado ou não utilizado, sem que haja a interferência sobre o domínio econômico. A redistribuição consiste na “transferência fiscal de recursos entre indivíduos, em uma modalidade reformadora da realidade social”²⁷, valendo-se da norma extrafiscal para corrigir as distorções sociais decorrentes da desigualdade econômica e social.

A indução consiste em mecanismo destinado a induzir ou desestimular determinados comportamentos dos agentes econômicos. A doutrina de SCHOUERI denominada tal função de “norma indutora” ou extrafiscalidade em sentido estrito, e esclarece que atua sob o comportamento humano criando estímulos ao destinatário da

²³ BOMFIM, Diego. Extrafiscalidade: Identificação, Fundamentação, Limite e Controle. São Paulo: Noese, 2015, p. 43.

²⁴ CALIENDO, Paulo. Tributação e Ordem Econômica: os tributos podem ser utilizados como instrumentos de indução econômica? Rev. direitos fundam. democ., v. 20, n. 20, jul./dez., 2016, p.197.

²⁵ P. 197.

²⁶ CALIENDO, Paulo. **Tributação e Ordem Econômica: os tributos podem ser utilizados como instrumentos de indução econômica?** Rev. direitos fundam. democ., v. 20, n. 20, jul./dez., 2016, p. 197.

²⁷ CALIENDO, Paulo. **Tributação e Ordem Econômica: os tributos podem ser utilizados como instrumentos de indução econômica?** Rev. direitos fundam. democ., v. 20, n. 20, jul./dez., 2016, p. 197.

norma à realização da conduta prevista em lei, ou, não desejando sua prática, estabelece mecanismo que desencoraje à sua realização. Contudo, a norma indutora pressupõe a possibilidade do seu destinatário não realizar o comando normativa, sem que isso resulte em ilícito.²⁸

Em relação a técnica adotada refere-se aos instrumentos normativos que serão utilizados pelo legislador para concretização da norma extrafiscal, sendo exemplos das técnicas: a seletividade, a progressividade, isenções fiscais, depreciação acelerada, crédito presumidos, redução de alíquota, entre outras²⁹.

Definidas as questões conceituais que circundam a extrafiscalidade, cumpre resgatarmos as lições BECKER ao sustentar que o Direito Tributário não possui um objetivo próprio e deve ser compreendido como “um instrumento a serviço de uma política”, cujo fim deste deve ser o desenvolvimento econômico-social.³⁰ Neste sentido, assume maior importância a tributação extrafiscal, pois o pressuposto à sua instituição é a realização de fins constitucionais, os quais devem estar alinhados as políticas públicas eleitas como prioritárias na Constituição Federal. Aqui, as políticas públicas têm o sentido proposto por DELLARI, ao conceituar como:

[...] 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 determinados³¹.

Portanto, a tributação extrafiscal está inserida no bojo das iniciativas das ações governamentais que visam à realização dos fins constitucionais, os quais em última análise buscam concretizar direitos fundamentais e o bem estar social. Inserido neste contexto, GESTO expõe em seu estudo a importância da tributação extrafiscal na promoção de melhorias nas políticas de saúde pública, utilizando como exemplo o estímulo há comportamentos saudáveis pela população na prevenção do câncer de

²⁸ SCHOUERI, Luis Eduardo. **Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, p.32-44.

²⁹ CALIENDO, Paulo. **Tributação e Ordem Econômica: os tributos podem ser utilizados como instrumentos de indução econômica?** Rev. direitos fundam. democ., v. 20, n. 20, jul./dez., 2016, p. 199.

³⁰ BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 5ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 638-639.

³¹ BUCCI, Maria Paula Dellari. **O conceito de política pública em direito**. In: Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. BUCCI, Maria Paula Dellari (coord.). São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

pele, o desestímulo ao consumo de produtos não saudáveis à vida ou com a utilização dos meios de redistribuição de renda, utilizando os instrumentos tributários como meio à promoção de políticas de proteção à saúde pública.³²

A partir deste contexto será descrita as iniciativas do Governo Federal adotadas de combate ao COVID-19 a partir da tributação extrafiscal, bem como analisar outras iniciativas extrafiscais que poderiam ser adotadas no campo da pesquisa e desenvolvimento visando o combate ao COVID-19.

3 Contribuições da Extrafiscalidade ao Combate da COVID-19

3.1 Política Fiscal adotada pelo Governo Federal visando o estímulo aos agentes econômicos no combate ao COVID-19

A Organização Mundial da Saúde (OMS) publicou inúmeros materiais informativos que difundem práticas de proteção básica a serem adotadas pela população mundial voltadas a redução da transmissão e infecção do COVID-19, os quais vão desde a utilização de produtos de higiene à base de álcool e água com sabão utilizados na higienização regular das mãos, a utilização de máscaras e procedimento de assepsia de ambientes públicos e privados, bem como a recomendação de práticas de isolamento social, com seus desdobramentos e prevenções no ambiente doméstico, do trabalho, em espaços públicos, entre outros³³. Ainda, as recomendações elaboradas pela OMS tratam dos sintomas e sinais clínicos de infecção pelo COVID-19, com a recomendação do monitoramento da temperatura corporal, entre outros sinais como a tosse e a falta de ar, que resultam na recomendação imediata de atendimento médico³⁴.

³² GESTO, Martin da Silva. **Tributação e Financiamento dos Direitos Fundamentais**: a promoção de políticas públicas por meio da tributação. Dissertação (Direito). Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica. Porto Alegre. 2016, p. 75-78.

³³ Coronavirus disease (COVID-19) advice for the public. World Health Organization. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public>. Acesso em: 10/06/2020.

³⁴ Medidas básicas de proteção contra o novo coronavírus. Organização Mundial da Saúde, 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public>>. Acesso em: 10/06/2020.

Neste sentido, no Brasil, desde a descoberta do primeiro caso conhecido de COVID-19, em 29/02/2020³⁵, houve o aumento substancial na utilização daqueles produtos básicos de proteção e prevenção ao COVID-19, o que ensejou no aumento do consumo e no desequilíbrio entre oferta e demanda ³⁶, o que resultou no desabastecimento de alguns itens e na elevação dos preços.

Com a finalidade de melhorar o acesso à população a tais itens de proteção e prevenção ao COVID-19, assegurando o direito à saúde da população, o Governo Federal inicialmente editou o Decreto nº 10.302, de 1º de abril de 2020, que passou a prever a redução a zero da alíquota do Imposto de Produtos Industrializados (IPI), da data da publicação até 31 de setembro de 2020, aos produtos importados, entre os quais os termômetros, luvas e artigos de laboratório e farmácia³⁷.

Posteriormente sobrevieram Resoluções ³⁸ publicadas pela Câmara do Comércio Exterior (CAMEX), vinculada ao Ministério da Economia, concedendo redução temporária, para zero por cento, da alíquota do Imposto de Importação (II), além da simplificação dos processos aduaneiros, tendo por finalidade a facilitação no “combate à pandemia do Corona Vírus / Covid-19”. Tais medidas abrangem até o presente momento 313 produtos destinados ao combate à pandemia do COVID-19³⁹, entre os itens incluem-se:

Medicamentos e princípios ativos, equipamentos médico-hospitalares, insumos para fabricação de equipamentos médico-hospitalares, álcool em gel e insumo para fabricação de álcool em gel, aventais médicos, máscaras e luvas, componente de câmeras de medição térmica, equipamentos para diagnósticos e testes de detecção do vírus, equipamentos para auxílio respiratório, produtos para limpeza e higienização⁴⁰.

Na seara tributária, o IPI e o II são impostos com reconhecida função extrafiscal⁴¹, os quais juntamente o com Imposto de Exportação (IE) e Imposto sobre

³⁵ Painel de casos de doença pelo coronavírus 2019 (COVID-19) no Brasil pelo Ministério da Saúde. Ministério da Saúde. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 10/06/2020.

³⁶ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 235-250.

³⁷ Produtos registrados no Código TIPI sob o nº 9025.11.10, nº 4015.19.00 e nº 3926.90.40, respectivamente.

³⁸ Resolução Camex nº 17/2020, nº 22/2020, nº 28/2020, nº 31/2020, nº 32/2020, nº 33/2020, nº 34/2020, nº 44/2020 e nº 52/2020.

³⁹ Data base da presente pesquisa é 19/06/2020.

⁴⁰ Importação para combate ao COVID-19. Ministério da Economia. Disponível em: <<http://receita.economia.gov.br/orientacao/aduaneira/manuais/despacho-de-importacao/importacoes-para-combate-ao-covid-19>>. Acesso em: 12/06/2020.

⁴¹ BERTI, Flávio de Azambuja. **Impostos: Extrafiscalidade e Não-Confisco**. 2ed. Curitiba: Juruá, 2006.

Operações Financeiras (IOF) possuem notável finalidade de intervenção econômica⁴², o que justifica a mitigação de algumas regras e princípios – anterioridades e legalidade, por exemplo - de incidência tributária⁴³.

No presente caso, mediante emprego da técnica de redução de alíquota, as normas tributárias em questão têm por finalidade assegurar meios de proteção à saúde pública, estimulando e facilitando à importação de produtos e equipamento de prevenção, diagnóstico e tratamento da COVID-19⁴⁴.

Ademais, também é de ressaltar que aquele desiderato constitucional também será alcançado com a correção do desequilíbrio entre oferta e demanda, além de reduzir externalidades negativas, seja decorrente da redução dos custos dos impostos incidentes na operação de importação ou na redução dos custos burocráticos que decorrem da importação destes produtos.

Tais medidas adotadas pelo Governo Federal visam o atendimento imediato do desabastecimento de medicamentos, insumos e materiais utilizados no combate ao COVID-19, os quais se somam a outras iniciativas governamentais que permitem o fornecimento amplo e o acesso à população dos materiais de proteção e a disponibilização de insumos e materiais de tratamento aos serviços de saúde pública e privada.

Outro aspecto de igual relevância diz respeito a norma indutora na promoção da pesquisa e desenvolvimento que permita fornecer soluções científicas ao tratamento terapêutico da COVID-19 e ao desenvolvimento de meios de imunização para prevenir a propagação entre a população.

3.2 A extrafiscalidade como instrumento de estímulo ao desenvolvimento de tecnologias voltadas ao tratamento terapêutico e a imunização da população mundial em relação ao COVID-19

O contexto mundial da pandemia causou a mobilização das nações na realização

⁴² VELLOSO, Andrei Pitten. **Constituição Tributária Interpretada**. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 325.

⁴³ CALIEDO, Paulo. **Curso de Direito Tributário**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

⁴⁴ Segundo dados disponibilizados pelo Observatório de Política Fiscal da FGV|IBRE, as medidas de desoneração do IPI e II representa cerca de 2,8 bilhões de reais e representam 0,04% do PIB. Observatório de Política Fiscal atualiza lista de medidas de combate ao COVID-19. Observatório de Política Fiscal. Disponível em: <<https://observatorio-politica-fiscal.ibre.fgv.br/posts/observatorio-de-politica-fiscal-atualiza-lista-de-medidas-no-combate-ao-covid-19>>. Acesso em: 20/06/2020.

de pesquisa e desenvolvimento que forneçam soluções em vacinas capazes de imunizar à população mundial e na definição técnica dos possíveis tratamentos terapêuticos contra a COVID-19. Diante tais desafios mundiais, a OMS em 30 de janeiro declarou que a pandemia constitui uma Emergência de Saúde Pública de Interesse Internacional (PHEIC). No mês seguinte, cientistas mundiais se reuniram na OMS para discutir o nível de conhecimento a respeito do COVID-19 e acordaram em acelerar a pesquisa para combater o avanço da pandemia e firmaram o compromisso de apoiar plataformas globais de pesquisa no intuito de preparar melhor as noções para futuras epidemias imprevistas⁴⁵.

Em razão de tais definições, em março de 2020, a OMS convocou o comitê P&D *Blueprint*, instituído em maio de 2016, com o objetivo de realizar pesquisa e desenvolvimento para prevenir e combater pandemias mundiais, atuando na gestão de projeto, no aceleração de pesquisas pandêmicas e sugerindo novas normas de adaptação aos períodos pandêmicos⁴⁶. Diariamente o banco de dados do comitê P&D *Blueprint* é atualizado por diversos países que estudam possíveis tratamentos a serem utilizados na infecção do COVID-19.

Entre as pesquisas realizadas até o presente momento, DÍAZ-CASTRILLÓN e TORO-MONTOYA realizaram uma revisão de aspectos relacionados aos patógenos, manifestações clínicas, diagnóstico e o tratamento da COVID-19. Referem no estudo a ausência de definição científica sobre o tema, mas relatam a existência de pesquisas em curso de tratamento com medicamentos antimaláricos (cloroquina, hidroxicloroquina), imunomoduladores e terapia biológica com a utilização de plasma de pacientes convalescentes do COVID-19⁴⁷. Ainda referem que existem estudos utilizando o interferón beta (IFN- β), corticoides, antibióticos e vitamina C e se identificou que a combinação de antiviral associado à cloroquina tem efeito inibidor do vírus *in vitro*⁴⁸.

⁴⁵ R&D Blueprint and COVID-19. World Health Organization. Disponível em: <<https://www.who.int/teams/blueprint/covid-19>>. Acesso em: 12/06/2020.

⁴⁶ An R&D Blueprint for Action to Prevent Epidemics. Disponível em: <https://www.who.int/docs/default-source/blue-print/an-randd-blueprint-for-action-to-prevent-epidemics-update-2017.pdf?sfvrsn=4c31073a_1&download=true>. Acesso em: 12/06/2020.

⁴⁷ DÍAZ-CASTRILLÓN, Francisco Javier; TORO-MONTOYA, Ana Isabel. SARS-CoV-2/COVID-19: el virus, la enfermedad y la pandemia. Volumen 24, Número 3. Medellín: Colômbia. Editora Medica Colombiana S.A., 2020. p. 197-199.

⁴⁸ DÍAZ-CASTRILLÓN, Francisco Javier; TORO-MONTOYA, Ana Isabel. SARS-CoV-2/COVID-19: el virus, la enfermedad y la pandemia. Volumen 24, Número 3. Medellín: Colômbia. Editora Medica Colombiana S.A., 2020. p. 197-199.

Outro importante segmento coordenado pelo comitê P&D *Blueprint* é no desenvolvimento de vacinas ao COVID-19, que poderá oferecer ao sistema de saúde uma resposta na imunização da população mundial. O último relatório divulgado indica que o grupo de pesquisadores está definindo critérios para determinar quais vacinas candidatas pelos pesquisadores serão testadas e como será avaliada sua eficácia⁴⁹.

Até o presente momento não há estudo conclusivo sobre eficácia no tratamento terapêutico e de técnicas de imunização contra o COVID-19. Contudo, é premente a necessidade do estímulo estatal no desenvolvimento de tecnologias na área da saúde que ofereçam tais soluções, como é necessário o contínuo investimento nesta área, em razão da comprovada necessidade de melhoria nas técnicas de prevenção de pandemias.

Inserido neste contexto se sobressai a importância da extrafiscalidade como meio a induzir o desenvolvimento tecnológico, enquanto faceta do desenvolvimento nacional, o qual é previsto como objetivo da República Federativa, conforme ressalta CALIENDO e MUNIZ⁵⁰:

Adotando o desenvolvimento nacional como um objetivo fundamental, a Constituição Fundamental determina a busca pela mudança efetiva de um cenário social antiquado. Meta ao qual o direito não pode se furtar, sob pena se distanciar da realidade.

Neste sentido, CALIENDO destaca a importância do incentivo ao desenvolvimento tecnológico para solucionar problemas brasileiros do setor produtivo nacional – sugerindo-se aqui soluções tecnológicas globais ao tratamento e imunização ao COVID-19 –, o que resulta na indissociável necessidade de convergência entre a política fiscal e fomento à pesquisa e o desenvolvimento⁵¹.

⁴⁹ WHO working group – Vaccine Prioritization for COVID-19 Vaccines. Disponível em: <<https://www.who.int/publications/m/item/who-working-group-vaccine-prioritization-for-covid-19-vaccines>>. Acesso em: 12/06/2020.

⁵⁰ CALIENDO, Paulo; MUNIZ, Veyzon. **Política fiscal e desenvolvimento tecnológico-empresarial: uma análise crítica sobre inovação e tributação**. Revista de Direito Brasileira, ano 4, vol.8, Maio/Ago, 2014, p.181.

⁵¹ CALIENDO, Paulo. **Tributação da Inovação: Observações da Inovação**. In: SAAVEDRA, Giovanni; LUPION, Ricardo. (Org.). **Direitos Fundamentais: direito privado e a inovação**. Porto Alegre: EdIPUCRS, 2012.

Assim, o Estado por meio de técnicas de desoneração tributária poderá estimular a pesquisa e o desenvolvimento, gerando externalidade positivas a toda a sociedade⁵², nesse sentido é o entendimento de BUFFON e JACOB⁵³:

Uma das formas de instigar a indústria à criação de produtos e processos inovadores é a criação de benefícios fiscais atrativos. Conforme visto, isto se denomina extrafiscalidade em sua face desonerativa quando o Estado reduz a pressão fiscal visando concretizar objetivos postos constitucionalmente, e não apenas para arrecadar tributos para custear as despesas do Estado. Pode-se destacar, que a extrafiscalidade se traduz, neste caso, na redução, por lei infraconstitucional, dos tributos instituídos para as empresas como forma de incentivo à pesquisa e desenvolvimento de inovação tecnológica.

No cenário internacional, CALIENDO e MUNIZ ao realizarem avaliação do tratamento fiscal das inovações tecnológicas no ambiente normativo em países da União Europeia como Espanha e Portugal verificam que há benefícios fiscais com despesas realizadas em inovação tecnológica, mas países como Alemanha, países nórdicos e Reino Unido, têm como política fiscal o estímulo à importação de altas tecnologias para adoção no processo produtivo interno. Reconhecem, ainda, que embora significativos os incentivos fiscais concedidos sob diferentes aspectos pelos países da União Europeia ficam aquém dos estímulos tributários realizados nos EUA às empresas inovadoras⁵⁴.

Na pesquisa realizada por LAKS, traça uma retrospectiva da legislação tributária brasileira voltada ao desenvolvimento tecnológico e verifica que a política fiscal indutora se intensificou a partir da década de 90, recebendo maior importância na década seguinte. Entre os incentivos fiscais vigentes destaca a Lei do Bem (Lei nº 11.196/05), que prevê reduções de base de cálculo de tributos, dedutibilidade de dispêndios, depreciação acelerada, crédito tributário, entre outros instrumentos relacionados aos tributos federais⁵⁵. Contudo, LAKS *apud* ARAÚJO e MEMÓRIA reconhece a “importância dos incentivos fiscais para o desenvolvimento de P&D no

⁵² CARVALHO, Cristiano. **Teoria da Decisão Tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.162-166.

⁵³ BUFFON, Marciano; JACOB, Lilian Ramos. **Os incentivos fiscais no ramo tecnológico como instrumento do desenvolvimento nacional**. Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 6, n. 12, p. 131.

⁵⁴ CALIENDO, Paulo; MUNIZ, Veyzon. **Política fiscal e desenvolvimento tecnológico-empresarial**: uma análise crítica sobre inovação e tributação. Revista de Direito Brasileira. ano 4, vol.8, Maio/Ago. 2014, p.185-187.

⁵⁵ LAKS, Larissa Rodrigues. **Extrafiscalidade e incentivos à inovação tecnológica**. Revista do Direito Público, Londrina, v.11, n.2, Ago.2016, p. 244-249.

Brasil, mas constatam que ainda são poucas as empresas que fazem uso dos benefícios da Lei do Bem”⁵⁶.

No âmbito da Lei do Bem as empresas devem apresentar anualmente um formulário ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), que irá avaliar o atendimento aos requisitos técnicos e poderá aprovar ou não os projetos realizados. No ano-base de 2014, no setor farmacêutico, 48 empresas acessaram o benefício fiscal, num total de 899 projetos, com investimento em R\$ 604,54 milhões, que resultou numa renúncia de receita de R\$ 141,96 milhões. No ano-base de 2015, o mesmo setor reduziu o número de empresas para 45, de projetos para 579, mas aumentou-se o valor do investimento para R\$ 692,71 milhões e a renúncia de receita em R\$ 158,29 milhões⁵⁷. Contudo, não há dados divulgados que permitam avaliação quantitativa a respeito das tecnologias geradas e do proveito à coletividade frente à renúncia de receita pública realizada com a Lei do Bem pelo setor farmacêutico.

Diante o contexto geral do ambiente de inovação em nosso país, CALIENDO e MUNIZ chegaram a conclusão que “o maior problema à inovação no Brasil encontra-se justamente no sistema tributário, pesado e complexo, que desestimula o empreendedorismo no país”⁵⁸.

Portanto, em que pese o ordenamento constitucional estabeleça como fim relevante o incentivo à pesquisa e o desenvolvimento de novas tecnologias que proporcionem a melhoria ao ambiente econômico e social, a legislação é incipiente, com utilização de recursos pouco acessados pelos agentes privados, o que resulta em desestímulo ao empreendedorismo disruptivo e inovador no país. Ainda, no atual momento pandêmico em que nos encontramos, cuja solução para a crise epidemiológica perpassa inexoravelmente pela descoberta do tratamento terapêutico e da imunização da população mundial, o governo federal não lançou mão de norma tributárias indutoras que convergissem ao encontro de soluções para a maior crise epidemiológica vivida pela população mundial dos últimos cem anos.

⁵⁶ LAKS, Larissa Rodrigues. **Extrafiscalidade e incentivos à inovação tecnológica**. Revista do Direito Público, Londrina, v.11, n.2, Ago.2016, p.248.

⁵⁷ Resultados obtidos. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. Disponível em: http://www.mctic.gov.br/mctic/opencms/tecnologia/Lei_do_bem/Noticia/Resltados.html#. Acesso em: 21/06/2020.

⁵⁸ CALIENDO, Paulo; MUNIZ, Veyzon. **Política fiscal e desenvolvimento tecnológico-empresarial**: uma análise crítica sobre inovação e tributação. Revista de Direito Brasileira. ano 4, vol.8, Maio/Ago, 2014, p.193.

Conclusão

O Estado tem um papel fundamental no combate ao COVID-19, notadamente para promover o acesso da população aos insumos que são necessários para a prevenção da doença, assim como fomentar as pesquisas que visam encontrar medicamentos para o tratamento terapêutico e imunização da população.

A extrafiscalidade apresenta-se como um instrumento conferido ao Estado com capacidade para induzir o comportamento dos agentes econômicos, com o fim de permitir que valores fundamentais da ordem jurídicas sejam efetivados. No contexto da presente pandemia, notadamente, os relacionados a saúde, a dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento científico e tecnológico.

A tributação extrafiscal, na análise empreendida no presente estudo, mostrou-se como um contributo possível para o Estado combater a COVID-19. Este contributo, aliás, já pode ser verificado através de medidas empregadas pelo Governo Federal que modificam tributos e simplificam o processo de importação de insumos necessários ao enfrentamento da pandemia. Ademais, o emprego da extrafiscalidade apresenta o potencial de desenvolver a pesquisa e inovação, que são elementares para o encontro de um tratamento terapêutico e a imunização da população mundial em relação ao COVID-19.

O emprego dos tributos além da função arrecadatória não é uma novidade, entretanto os desafios sociais e os valores jurídicos que lhe são relacionados estão em constante mudança. A pandemia que se está a enfrentar é uma situação nova, que demanda ao Estado medidas para que os direitos fundamentais sejam tutelados, recebem, assim, a extrafiscalidade aplicação em novos contextos.

A constante mudança na sociedade, especialmente tendo em consideração o papel dirigente da ordem jurídica constitucional nacional, demanda uma reflexão constante das contribuições que institutos jurídicos já existentes podem dar. O tema da extrafiscalidade, dente modo, está a ser desenvolvido inicialmente diante a contextos como o atual, sendo elementar a continuidade de elaboração das pesquisas que abordem este papel da tributação.

Referências Bibliográficas

ATALIBA, Geraldo. **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

_____. IPTU: progressividade. São Paulo, v. 23, n. ja/mar. 1990, p. 233-238, 1990.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 5ed. São Paulo: Marcial Pons, 2010.

BERTI, Flávio de Azambuja. **Impostos: Extrafiscalidade e Não-Confisco**. 2ªed. Curitiba: Juruá, 2006.

BOMFIM, Diego. **Extrafiscalidade: identificação, fundamentação, limite e controle**. São Paulo: Noeses, 2015.

BRASIL. Controladoria Geral da União. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/orcamento>. Acesso em: 21 jun 2020.

BRASIL. Decreto 10.302/2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10302.htm. Acesso em: 21 jun 2020.

BRASIL. Ministério da Economia - Importações para combate ao Covid-19. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/orientacao/aduaneira/manuais/despacho-de-importacao/importacoes-para-combate-ao-covid-19>. Acesso em: 21 jun 2020.

BRASIL. Resolução CAMEX nº 17 de 17/03/2020. Disponível em: <http://camex.gov.br/component/content/article/resolucoes-camex-e-outros-normativos/58-resolucoes-da-camex/2670-resolucao-n-17-de-17-de-marco-de-2020>. Acesso em: 21 jun 2020.

BRASIL. Painel Coronavírus. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 21 jun 2020.

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

BUFFON, Marciano; JACOB, Lilian Ramos. **Os incentivos fiscais no ramo tecnológico como instrumento do desenvolvimento nacional**. Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 6, n. 12, p. 121-144.

CALIENDO, Paulo. **Curso de Direito Tributário**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

_____. Tributação e ordem econômica: os tributos podem ser utilizados como instrumentos de indução econômica?. In: **Revista de direitos fundamentais e democracia**, v. 20, n. 20, p. 193-234, jul./dez. 2016.

_____. **Tributação da Inovação: Observações da Inovação.** In: SAAVEDRA, Giovani; LUPION, Ricardo. (Org.). *Direitos Fundamentais: direito privado e a inovação.* Porto Alegre: EdiPUCRS, 2012

_____; MUNIZ, Veyzon. **Política fiscal e desenvolvimento tecnológico-empresarial:** uma análise crítica sobre inovação e tributação. *Revista de Direito Brasileira.* ano 4, vol.8, p.179-196, maio/Ago. 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SALET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria da Decisão Tributária.** São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHOSA, Modesto. **Direito Econômico.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CATÃO, Marcos André Vinha. **Regime Jurídicos dos Incentivos Fiscais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

DIAZ-CASTRILLÓN, Francisco Javier; TORO-MONTOYA, Ana Isabel. **SARS-CoV-2/COVID-19: el virus, la enfermedad y la pandemia.** v. 24, nº 3, 2020. p. 183-205.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **A Extrafiscalidade e a Concretização do Princípio da Redução das Desigualdades Regionais.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GESTO, Martin da Silva. **Tributação e Financiamento dos Direitos Fundamentais:** a promoção de políticas públicas por meio da tributação. Dissertação (Direito). Faculdade de Direito. Pontífca Universidade Católica. Porto Alegre. 2016.

GUEDES, Marco Aurelio Peri. **Estado e Ordem Econômica e Social:** a experiência constitucional de República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 2ª ed. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 1991.

_____. Art 170, *caput*. CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SALET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 196, *caput*. CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SALET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SCHOUERI, Luis Eduardo. **Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

LAKS, Larissa Rodrigues. **Extrafiscalidade e incentivos à inovação tecnológica**. Revista do Direito Público, Londrina, v.11, n.2, p.230-259, Ago.2016.

LEÃO, Martha Toribio. **Controle da Extrafiscalidade**. Série Doutrina Tributária v. XVI. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MONCADA, Luís S. Cabral. **Direito Económico**. Coimbra: Almedina, 2018.

NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 7ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Coronavirus disease (COVID-19) advice for the public**. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public>. Acesso em: 21 jun 2020.

VELLOSO, Andrei Pitten. **Constituição Tributária Interpretada**. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

25. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR OMISSÃO E A COVID-19

STATE'S EXTRA-CONTRACTUAL RESPONSIBILITY FOR OMISSION AND COVID-19



<https://10.0.142.240/10.36592/9786587424149-25>

Tales Schmidke Barbosa¹

Resumo

No atual cenário de emergência de saúde pública de importância internacional a visitação da origem e evolução da responsabilidade extracontratual do Estado é de extrema importância para a sua releitura, visando zelar sempre pelo direito fundamental à boa administração pública. Toda vez que a omissão do Estado prejudicar as garantias dos direitos fundamentais e do ordenamento legal vigente, este deverá ser responsabilizado, subjetiva ou objetivamente, conforme o caso. Para a análise do regime de aplicação à responsabilidade do Estado, será realizada uma descrição da evolução da responsabilidade extracontratual e também do conceito teórico da responsabilidade por omissão. Desse modo, no decorrer do caminho será possível observar que o regime da responsabilidade objetiva se aproxima da subjetiva de maneira que o efeito prático consequencial é o mesmo.

Palavras-chave: Responsabilidade extracontratual. Omissão estatal. COVID-19.

Abstract

Due to the current scenario of public health emergency in the whole world, visiting the origin and evolution of the State's non-contractual responsibility is extremely important for its re-reading, aiming to ensure the fundamental right to good public administration. Whenever the omission of the State damages the guarantees of fundamental rights and the legal order in force, it shall be held responsible, subjectively, or objectively, as the case may be. For the analysis of the regime applicable to State liability, by default, a description of the evolution of non-

¹ Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Advogado e Consultor em direito Público. E-mail: tales.barbosa@edu.pucrs.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0348263639766304>. O material em questão foi apresentado para publicação pela mesma instituição, sob orientação e coordenação da Professora Doutora Regina Linden Ruaro.

contractual liability and also of liability for default will be made. So, along the way, it will be possible to observe that the regime of objective responsibility comes close to subjective since the consequential practical effect is the same. Keywords: Extra-contractual responsibility. State omission. COVID-19.

Introdução

O mundo vive um momento delicado. Desde o reconhecimento pela Organização Mundial da Saúde (OMS) da *emergência de saúde pública de importância internacional* (ESPII), grau máximo de alerta contemplado no Regulamento Sanitário Internacional², o Poder Público mundial viu-se diante de uma situação jamais imaginada.

Com o número de pacientes contaminados pelo coronavírus (COVID-19) aumentando significativamente, e em alguns países exponencialmente, os governantes preocupam-se em manter o foco na contenção da circulação do vírus.

Como já noticiado na imprensa, diversos parentes dos mortos contaminados pela COVID-19, na Itália, foram à Justiça em razão da suposta omissão e negligência dos órgãos estatais durante a pandemia requerendo a responsabilização do Estado.

Nesse sentido, surge a reflexão quanto à possibilidade de responsabilização do Estado brasileiro por eventuais omissões praticadas sob o fundamento de adoção da responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do § 6º, do art. 37, da Constituição Federal (CF) de 1988.

Nos casos de omissão, a doutrina e a jurisprudência brasileira possuem divergência de entendimento quanto à responsabilização do Estado. Os subjetivistas adotam a teoria francesa da *faute de service*, e os objetivistas adotam o art. 37, § 6º da CF de 1988, como critério de fundamentação.

Nessa senda é que a investigação dessa problemática será levada a efeito, no presente estudo, para buscar argumentos no sentido de entender qual o regime de responsabilidade deve ser aplicado às omissões administrativas durante a pandemia. O método de abordagem utilizado para a realização deste trabalho é o hipotético-

² O texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado da 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde (OMS), foi promulgado através do Decreto nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020.

dedutivo, por meio de pesquisas do tipo bibliográficas e explicativas, com interpretação sistemática.

1 A evolução da responsabilidade extracontratual do Estado

A responsabilidade extracontratual do Estado é a obrigação imposta a reparar danos por ele causados a terceiros em decorrência de suas atitudes ou omissões. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado é a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que sejam a ele (o Estado) imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos³.

No sistema jurídico brasileiro, a responsabilidade civil extracontratual da administração pública perpassou do princípio da irresponsabilidade estatal para a responsabilidade com culpa, e desta para a responsabilidade civilística, culminando, mais à frente, na responsabilidade pública. Cabe registrar que parte da doutrina discorda se em algum momento a teoria da irresponsabilidade estatal vigeu, considerando que no Brasil Colônia se teve um Estado plenamente irresponsável⁴.

A teoria de irresponsabilidade estatal foi adotada durante a Constituição do Império de 1824 e na Constituição Republicana de 1891, em que era temperado por suas consequências gravosas para terceiros pela admissão da responsabilidade do servidor público, e não do Estado.

Na segunda metade do século XIX, após admitida a responsabilidade do Estado, a teoria evoluiu de uma responsabilidade subjetiva, baseada na culpa para a responsabilidade objetiva, ancorada na relação de causa e efeito entre o comportamento administrativo e o evento danoso⁵.

Na tentativa de resolver a questão da responsabilidade civil do Estado por meio dos princípios objetivos expressos na teoria da responsabilidade sem culpa ou

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 1021.

⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. Responsabilidade extracontratual do Estado no direito brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, p. 151, 1971, *apud* SODRE, Jorge Irajá Louro. *Da responsabilidade civil extracontratual da administração pública brasileira devido às omissões: entre o monarca irresponsável e o estado segurador universal – critérios objetivos de fixação da responsabilidade estatal*. 2017. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2017.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 1031.

fundados em uma culpa especial do serviço público quando lesivo a terceiros, surgiram as teses de culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral, todas identificadas no eixo da responsabilidade objetiva da administração⁶.

A *teoria da culpa administrativa* representou o primeiro passo de transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese da responsabilidade objetiva do risco administrativo, levando em conta a *faute de service* transportada da doutrina francesa⁷. A *teoria do risco administrativo* não exige qualquer falta do serviço nem culpa de seus agentes bastando existir a lesão. Já na *teoria do risco integral*, modalidade extremada da doutrina, o Estado ficaria na posição de segurador universal e seria obrigado a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros.

É possível notar que o Direito brasileiro sempre oscilou entre as doutrinas subjetiva e objetiva da responsabilidade extracontratual do Estado, pois embora diversos juristas tenham lutado pela adoção da responsabilidade sem culpa, fundada na teoria do risco e iniciada na França, encontraram oposição dos civilistas apegados à doutrina da culpa, dominante no Direito Privado, porém inadequada para o Direito Público⁸.

Acolhendo a doutrina subjetivista da época, o Código Civil Brasileiro de 1916, estabeleceu em seu art. 15, que:

As pessoas jurídicas de Direito Público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem dano a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Ficou consagrada neste dispositivo a teoria da culpa como fundamento da responsabilidade extracontratual do Estado, assim permanecendo até o advento da Constituição de 1946, que acolheu a teoria objetiva do risco administrativo e é a diretriz mantida na Constituição vigente.

A Constituição Federal de 1988 disse, em seu artigo 37, § 6º, que:

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 625.

⁷ Cabe destacar que alguns autores entendem que a *faute du service* não é modalidade de responsabilidade objetiva, mas sim subjetiva, porque baseada no dolo, estando entre um dos autores que negam tal modalidade Celso Antônio Bandeira de Mello.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 1031.

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Seguindo essa linha e, em razão da revogação, em parte, do art.15 do antigo Código Civil pela Constituição de 1946, o art. 46, do atual Código de 2002, estabeleceu que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”. Não fez menção, contudo, às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, que respondem objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros.

O fato é que a doutrina e a jurisprudência seguiram na mesma linha quanto às ações do Estado, lastreadas na responsabilidade extracontratual objetiva positivada desde a Constituição de 1946, que em seu artigo 194, definiu que “as pessoas jurídicas de direito público interno seriam civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros”. Contudo, fragmentaram-se quanto à natureza dessa responsabilidade nos casos de omissões.

Nesse sentido, é que o tópico seguinte esclarecerá as divergências existentes na doutrina e a miscelânea de fundamentos jurídicos que acompanham a jurisprudência brasileira, onde há diversas decisões que utilizam os mesmos critérios de fundamentação para aplicar regime de responsabilização distinto.

2 Responsabilidade extracontratual do Estado por omissão

Quanto à responsabilização objetiva do Estado em suas condutas comissivas tem-se entendimento pacífico e unificado, e o fundamento é expresso no § 6º do art. 37, da Constituição Federal de 1988. Porém, há fragmentação de entendimento quando a responsabilidade se refere a uma conduta omissiva.

Um dos fundamentos desta dicotomia em relação à aplicação do regime de responsabilidade objetiva na conduta omissiva era a vigência do art. 15 do Código Civil de 1916, revogado pelo Código Civil de 2002, que, em seu art. 43, praticamente repetiu o que diz o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido é que surge a reflexão da possibilidade de aplicação do regime de responsabilidade objetiva quando das omissões do Estado, pois não se percebe no dispositivo da Constituição Federal (art. 37, § 6º) a exigência de culpa. Logo, com a revogação do art. 15 do Código Civil de 1916, qual seria o motivo de não aplicação deste regime de responsabilidade? As explicações são as mais diversas.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, nos casos em que não é uma atuação do Estado que produz o dano, mas, por omissão sua, evento alheio que causa um dano que o Poder Público tinha o dever de evitar é sempre aplicável o regime da responsabilidade subjetiva. Na sua observação, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano, onde só faria sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo, no entendimento do autor, é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constitua em dada obrigação (dolo)⁹.

Em posição contrária, o jurista Juarez Freitas sublinha que a Administração Pública deve ser proporcionalmente responsabilizada por toda e qualquer quebra nuclear de proporcionalidade. Assim, as condutas comissivas ou omissivas, havendo nexos causal com evento danoso injusto, serão sempre antijurídicas, no mínimo por violarem o referido princípio da proporcionalidade. No seu entendimento, se configurada a antijuridicidade (ação ou omissão anômala e desproporcional, haverá nexos causal e dever de indenizar, não existindo assim motivos para indagar sobre a ilicitude (culpa ou dolo) do agente, mas somente acerca da antijuridicidade dos efeitos¹⁰.

Como se vê, há uma difusão de conceitos e fundamentos jurídicos para a fixação de responsabilidade da Administração Pública quando de omissões administrativas. Tem-se da responsabilidade subjetiva até a objetiva, sob as mesmas razões, denotando um objetivo claro de, primeiramente, assegurar à vítima seu direito ressarcitório, para,

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 1041.

¹⁰ FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 101.

em um segundo momento, desvelar a fonte dessa responsabilidade estatal¹¹.

Dentro deste contexto é que, não raras vezes, a jurisprudência desenvolve suas razões de decidir nos casos de omissões, baseada na *faute de service*, para ao final declarar a responsabilidade objetiva do Poder Público. Ora, a *faute de service* nada mais é do que a teoria subjetiva importada da França com a peculiaridade de, no Brasil, discutir-se apenas nos casos de omissões, quando que, nos demais sistemas, também poderá ocorrer em ações.

O que se denota em relação ao regime de responsabilidade por omissão é que existem correntes divergentes a *prima facie*, quando ao fim e ao cabo chegam no mesmo destino, pois independentemente do regime de responsabilidade adotado, objetiva ou subjetiva, ambas irão gerar um dever de indenizar, tornando inócua a discussão sobre qual dos regimes será a responsabilização¹².

A conclusão acima apontada se dá por diversos motivos, um deles é a presunção de culpa na aplicação da responsabilidade subjetiva nos casos de condutas omissivas, como defende Celso Antônio Bandeira de Mello. O autor afirma que nos casos de responsabilidade por omissão, isto é, em que sustenta a responsabilidade subjetiva, deve-se considerar que vigora uma presunção de culpa do Poder Público, onde o lesado não necessita fazer a prova de que existiu culpa ou dolo, como uma espécie de inversão de ônus probatório, onde a entidade pública deveria provar que sua omissão não decorreu de negligência, imprudência ou imperícia (hipóteses de culpa) ou de dolo, excluindo assim sua responsabilidade¹³.

Dentro dessa perspectiva, não se vê grandes diferenças de aplicação do regime subjetivo com presunção de culpa, para o regime objetivo do risco administrativo, tendo papel primordial, nestes casos, o nexa da causalidade. Tanto é que nos casos de responsabilidade objetiva o Estado se exime de responder se faltar o nexa entre seu comportamento comissivo e o dano. É o que defende o mesmo autor, que qualifica como subjetiva a responsabilidade por omissão com presunção de culpa¹⁴. Logo, a

¹¹SODRE, Jorge Irajá Louro. *Da responsabilidade civil extracontratual da administração pública brasileira devido às omissões: entre o monarca irresponsável e o estado segurador universal – critérios objetivos de fixação da responsabilidade estatal*. 2017. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre.

¹²DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 801.

¹³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 1045.

¹⁴Ibid. p. 1052.

presunção de culpa, na responsabilidade subjetiva, aproxima-se sobremaneira da aplicação da responsabilidade objetiva, em que a culpa do lesado não é considerada excludente de responsabilidade.

É nesse núcleo que se opera a divergência existente de entendimento entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em que o primeiro entende ser aplicável a responsabilidade objetiva nas omissões administrativas, enquanto o segundo entende pela aplicação da responsabilidade subjetiva.

Há que se destacar, portanto, que mesmo acolhendo a tese da responsabilidade objetiva, alguns ministros do STF entendem pela objetivação da culpa, destacando que a responsabilidade continua a envolver um elemento subjetivo¹⁵.

2 A omissão do estado e a Covid-19

O tema é amplo quando se refere às omissões do Estado, principalmente no caso atual, em que uma pandemia assola o mundo, de modo que a Organização Mundial de Saúde reconheceu a emergência de saúde pública de importância internacional em grau máximo de alerta, contemplado no Regulamento Sanitário Internacional. O momento é ímpar para a humanidade e, naturalmente, também para o Direito.

No Brasil, além da fonte normativa primária de proteção, por meio das garantias dos direitos fundamentais, a norma aplicável ao caso é a Lei nº 13.979/2020, que regulamentou as medidas de combate à pandemia, destacando-se o isolamento, a quarentena, a realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, tratamentos médicos específicos e outras medidas não menos importantes.

No entanto, quando o assunto é a omissão do Estado, a matéria não se limita aos pacientes e população afetada pela contaminação, pois existem profissionais de saúde, por exemplo, que devem receber do Estado todos os mecanismos de proteção para o exercício de sua função.

Em Madri, os trabalhadores do sistema de saúde manifestaram-se sobre o lema “Necessidades Sanitárias”, em que enfermeiros e médicos fizeram dois minutos de

¹⁵ Decisão disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=>. Acesso em: 7 jul. 2020.

silêncio às portas de vários hospitais da capital espanhola, enquanto levantavam faixas com frases como “Quem se importa com quem se importa conosco?”¹⁶.

Na Espanha, o Presidente da Associação de Profissionais da Magistratura da Cataluña, Pablo Martín Baró, afirmou que o judiciário já foi provocado para questões de prevenção e condições de trabalho de profissionais da área de saúde e de segurança¹⁷.

Nesse sentido, exsurge não só a possibilidade de responsabilização por ausência ou deficiência no atendimento médico às vítimas contaminadas pelo coronavírus, mas também de trabalhadores em razão da omissão do Estado de proteção adequada pela função exercida pelos profissionais de saúde.

Aliás, estima-se, na Espanha, que mais de 12% do total de infectados sejam profissionais de saúde¹⁸, o que poderá gerar dever de indenizar pela omissão do Estado dentro dos critérios estabelecidos no regime de aplicação de responsabilidade.

Com isso, não há dúvidas que o Poder Judiciário brasileiro também enfrentará por muito tempo discussões que se referem à problemática causada pelo coronavírus, não só em relação à saúde, mas também no assunto referente às informações, tanto quanto aos dados estatísticos como também ao número de mortes e de pacientes contaminados pela COVID-19.

Conclusão

Independentemente do regime de aplicação de responsabilidade extracontratual do Estado nos casos de omissão é bem provável que no Brasil possam vir a ser propostas ações, tanto individuais quanto coletivas, em razão de suposta negligência do Estado pela forma de atendimento das instituições hospitalares ou, também, pela omissão de informações em relação à pandemia da COVID-19.

¹⁶ TRABALHADORES de saúde protestam em Madri por melhores condições. *Notícias UOL*, maio 2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2020/05/25/trabalhadores-de-saude-protestam-em-madri-para-exigir-melhores-condicoes.htm> Acesso em: 07 jul. 2020.

¹⁷ Escola Superior do Ministério Público da União. Magistrado espanhol fala dos desafios do Judiciário no enfrentamento à COVID-19 em seu país. *ESMPU*, 2020. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/a-escola/comunicacao/noticias/magistrado-espanhol-fala-dos-desafios-do-judiciario-no-enfrentamento-a-covid-19-em-seu-pais>. Acesso em: 07 jul. 2020.

¹⁸ AO MENOS 12% dos 28,5 mil infectados por coronavírus na Espanha são profissionais da saúde. *G1*, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/03/22/quase-3-500-profissionais-da-saude-contaminados-por-coronavirus-na-espanha.ghtml>. Acesso em: 07 jul. 2020.

A teoria do § 6º, do art. 37 da Constituição Federal de 1988, adota a responsabilização na modalidade objetiva ao Estado, porém o entendimento da doutrina e da jurisprudência diverge quando o dano se refere às omissões administrativas, em que pese não se visualize, na prática, uma grande diferença de aplicação do regime subjetivo, com presunção de culpa, para o regime objetivo do risco administrativo, tendo papel primordial, nestes casos, o nexos da causalidade e o evento dano injusto, o que por si só caracteriza a antijuridicidade.

Quando o próprio Estado tiver que fazer prova, no regime subjetivo com presunção de culpa, que sua omissão não decorreu de negligência, imprudência, imperícia ou dolo, a discussão perde sua importância, uma vez que grande parte da doutrina e da jurisprudência brasileira que fundamenta suas decisões na aplicação da responsabilidade objetiva, considera que o que há é uma objetivação da culpa, o que ao fim e ao cabo tem o mesmo resultado.

Portanto, é possível, sim, responsabilizar o Estado pelas omissões ocorridas durante a pandemia, de forma que as ações serão examinadas concretamente para se definir, a partir da constatação de nexos causal, em consonância com os caracteres da omissão estatal, se há ou não responsabilidade na indenização do dano.

Ademais, a releitura da responsabilidade extracontratual do Estado, com base no direito fundamental à boa administração pública, leva a crer que é possível a responsabilização objetiva pela falha omissiva da administração na guarda da integridade dos trabalhadores da saúde, por exemplo, não existindo motivo para indagação da existência de dolo ou culpa, principalmente por considerar que parte da doutrina optante pela responsabilidade subjetiva considera a existência de sua presunção.

Referências

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 jul. 2020;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional nº 106/2020**. Brasília: Senado Federal, 2020;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. ***Direito administrativo***. 29. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016;

FERNANDÉZ RODRÍGUEZ, Tomas Ramon. ***Discricionalidad y jurisdicción revisora***. *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, n. 2, jul./set. 1974;

FREITAS, Juarez. ***Direito fundamental à boa administração pública***. 3. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2014;

MEIRELLES, Hely Lopes. ***Direito administrativo brasileiro***. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004;

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

SODRE, Jorge Irajá Louro. ***Da responsabilidade civil extracontratual da administração pública brasileira devido às omissões: entre o monarca irresponsável e o estado segurador universal – critérios objetivos de fixação da responsabilidade estatal***. 2017. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, PUCRS, Porto Alegre, 2017.

26. UM BREVE ESTUDO COMPARATIVO DAS MEDIDAS TRIBUTÁRIAS DO COVID-19: BRASIL, ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA E PAÍSES DA UNIÃO EUROPEIA

A BRIEF COMPARATIVE STUDY OF COVID-19 TAX MEASURES: BRAZIL, UNITED STATES OF AMERICA AND EUROPEAN UNION



<https://10.0.142.240/10.36592/9786587424149-26>

Diego Galbinski¹

Resumo

Este breve estudo compara as principais medidas tributárias utilizadas pelo Brasil, Estados Unidos da América e países da União Europeia (Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Itália e Portugal) para apoiar seus contribuintes durante o estado pandêmico da contaminação do Covid-19 causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2). De acordo com este estudo, o número de medidas tributárias utilizadas pelo Brasil superou o número de medidas tributárias adotadas pelos Estados Unidos da América e países da União Europeia (Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Itália e Portugal). Todavia, isso não significa que o Brasil tenha apoiado mais seus contribuintes, porque os Estados Unidos da América e os países da União Europeia (Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Itália e Portugal) concederam maior número de subvenções econômicas, seja porque aparentemente acreditam menos que o Brasil na utilização de medidas tributárias para fins extrafiscais; seja porque o Brasil já estava sofrendo antes da pandemia uma profunda grave crise fiscal.

Palavras-chave: Direito Tributário Comparado. Medidas Tributárias. Apoio para Contribuintes. Coronavírus. Covid-19. Brasil. Estados Unidos da América. União Europeia.

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com estágio de doutoramento no Max-Planck-Institut für Steurrecht und Öffentliche Finanzen (MPI). Pesquisador do Grupo Avançado de Estudos Tributários (GTAX) do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com formação complementar em Direito Tributário Internacional pela Westfälische Wilhelms - Universität Münster (WWUM). O material em questão foi apresentado para publicação pela mesma instituição, sob orientação e coordenação do Professor Doutor Paulo Caliendo.

Abstract

This brief study compares the main tax measures adopted by Brazil, United States of America and European Union, namely Germany, Belgium, Spain, France, Italy and Portugal, to support its taxpayers during the pandemic of Covid-19. The comparison shows that the number of tax measures applied by Brazil has overcome the number of tax measures used by United States of America and European Union (Germany, Belgium, Spain, France, Italy and Portugal). However, this conclusion does not mean that Brazil has supported its taxpayers more than United States of America and European Union (Germany, Belgium, Spain, France, Italy and Portugal), because the other compared countries have granted, for example, a greater number of economic subsidies, either because apparently they believe less than Brazil in the use of tax measures for non fiscal purposes; either because Brazil already was suffering a deep fiscal crisis before the pandemic.

Keywords Comparative Tax Law. Tax Measures. Support to Taxpayers. Coronavirus. Covid-19. Brazil. United States of America. European Union.

1 Introdução

O presente artigo objetiva o estudo comparativo das principais medidas tributárias utilizadas pelo Brasil para apoiar seus contribuintes durante o estado pandêmico da contaminação do Covid-19 causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2). Nos estreitos limites deste estudo, as principais medidas tributárias adotadas pelo Brasil serão comparadas com as principais medidas tributárias utilizadas pelos Estados Unidos da América e países da União Europeia (Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Itália e Portugal).

2 Principais medidas tributárias do Brasil

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou o estado da contaminação do Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2), como *pandemia*. No Brasil, a ocorrência do estado de calamidade pública, decorrente da emergência de importância internacional, relacionada ao novo coronavírus (Covid-19), foi declarada pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020.

Dentre as medidas de contenção dos impactos na saúde pública que foram tomadas pelas autoridades políticas e sanitárias, a de maior repercussão econômica foi a *restrição de circulação de bens, serviços e pessoas*. Para apoiar seus contribuintes, as principais medidas tributárias utilizadas pela União foram as seguintes:

(i) prorrogação do prazo para o recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), por 3 (três) meses (Medida Provisória n. 927, de 22 de março de 2020);

(ii) prorrogação do prazo para o recolhimento da parcela dos tributos federais do Simples Nacional, por 6 (seis) meses (Resolução CGSN n. 152, de 18 de março de 2020);

(iii) redução a o (zero) das alíquotas do Imposto de Importação (II) para produtos de uso médico-hospitalar, até 30 de setembro de 2020 (Resolução CAMEX n. 17, de 17 de março de 2020);

(iv) redução a o (zero) das alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) sobre produtos de uso médico-hospitalar (Decreto n. 10.285, de 20 de março de 2020);

(v) prorrogação do prazo de validade das certidões negativas de débito ou das certidões positivas de débito com efeito de negativa, por 90 (noventa) dias (Portaria Conjunta RFB/PGFN n. 555, de 24 de março de 2020);

(vi) redução de 50% (cinquenta por cento) das alíquotas de contribuições para serviços sociais autônomos (SESI, SENAI, SESC, SEST, SENAT, SENAR e SESCOOP), até 30 de junho de 2020 (Medida Provisória n. 932, de 31 de março de 2020);

(vii) prorrogação da data da entrega da Declaração de Ajuste Anual do Imposto sobre a Renda das Pessoas Físicas (IRPF) para 30 de junho de 2020 (Instrução Normativa RFB n. 1.930, de 1. de abril de 2020);

(viii) prorrogação do prazo para o recolhimento das contribuições previdenciárias devidas pelas empresas sobre a folha de salários e demais rendimentos de salários e demais rendimentos do trabalho e pelos empregadores domésticos, relativas às competências de março, abril e maio de 2020, para o prazo de vencimento das competências de julho, setembro e outubro de 2020, respectivamente (Portaria ME n. 139, de 3 de abril de 2020; Portaria ME n. 245, de 15 de junho de 2020);

(ix) prorrogação do prazo para o recolhimento da Contribuição para o PIS/PASEP e Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS),

relativas às competências de março, abril e maio de 2020, para o prazo de vencimento das competências de julho, setembro e outubro de 2020, respectivamente (Portaria ME n. 139, de 3 de abril de 2020; Portaria ME n. 245, de 15 de junho de 2020);

(x) prorrogação do prazo para o recolhimento da Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB) e da Contribuição para o FUNRURAL, relativas às competências de março, abril e maio de 2020, para o prazo de vencimento das competências de julho, setembro e outubro de 2020, respectivamente (Portaria ME n. 150, de 8 de abril de 2020; Portaria ME n. 245, de 15 de junho de 2020).

3 Principais medidas tributárias dos Estados Unidos da América e Países da União Europeia

Em face do caráter pandêmico do estado da contaminação do Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2), a restrição de circulação de bens, serviços e pessoas também foi medida de contenção dos impactos na saúde pública adotada por autoridades políticas e sanitárias de outros países. A exemplo do Brasil, os Estados Unidos da América e países da União Europeia, como Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Itália e Portugal, utilizaram medidas tributárias para apoiar seus contribuintes com problemas de fluxo de caixa.

As principais medidas foram as seguintes:

(i) Estados Unidos da América:

(a) prorrogação do prazo para o recolhimento de impostos, até 15 de julho de 2020;

(b) parcelamento do imposto da seguridade social em 2 (parcelas), com vencimento em 31 de dezembro de 2021 e 31 de dezembro de 2022, respectivamente;

(ii) Alemanha:

(a) prorrogação do prazo para o recolhimento de impostos devidos por empresas para 31 de dezembro de 2020;

(b) prorrogação, por 3 (três) meses, do prazo para o recolhimento de impostos diretos;

(c) redução da alíquota dos impostos sobre importação e exportação;

(d) prorrogação do prazo para o recolhimento do IVA, até 31 de maio de 2020;

(e) redução da alíquota sobre do imposto incidente sobre serviços alimentícios;

(iii) Bélgica:

(a) prorrogação, por 2 (dois) meses, do prazo para o recolhimento dos impostos;

(b) prorrogação do prazo para o recolhimento do IVA;

(c) antecipação do ressarcimento de créditos fiscais das empresas;

(iv) Espanha:

(a) prorrogação, por 6 (seis) meses, do prazo para o recolhimento de impostos devidos por pequenas e médias empresas e por trabalhadores por conta própria (autônomos);

(b) prorrogação, até 20 de maio de 2020, do prazo para o recolhimento do IVA devido por empresas que auferiram receita bruta anual inferior a 600.000 (seiscentos mil) euros;

(v) França:

(a) prorrogação, por 3 (três) meses, do prazo para o recolhimento de impostos;

(b) antecipação do ressarcimento de créditos do IVA.

(vi) Itália:

(a) prorrogação, até 31 de maio de 2020, do prazo para o recolhimento de impostos nas zonas afetadas;

(b) prorrogação, até 30 de junho de 2020, do prazo para o recolhimento do IVA e das contribuições sociais devidos por pequenas e grandes empresas que sofreram, respectivamente, redução de, no mínimo, 33% (trinta e três por cento) e 50% (cinquenta por cento) da receita, respectivamente;

(viii) Portugal:

(a) parcelamento do IVA, IRS, IRC.

(b) prorrogação do prazo para o recolhimento da taxa social única devido pelas empresas afetadas;

(c) prorrogação, por 3 (três) meses, do prazo para o recolhimento dos impostos corporativos ou societários;

(d) prorrogação da entrega da declaração de IRC e respectivo pagamento para 31 de julho;

(e) parcelamento do pagamento do IVA.²

² CIAT/IOTA/OECD. **Tax Administration Responses to COVID-19: Measures Taken to Support Taxpayers.** Paris: OECD, 2020. Disponível em: <https://read.oecd-library.org>. Acesso em: 18.07.2020.

4 Comparação das medidas tributárias do Brasil, Estados Unidos da América e Países da União Européia

O direito tributário comparado é um método jurídico que utiliza as técnicas do direito comparado geral para o estudo comparativo do direito tributário. Em relação a outras comparações, como a do direito privado, a comparação do direito tributário é recente. Até a precipitação do fenômeno da globalização, que causou a evolução das relações econômicas, sobretudo das relações econômicas internacionais, o direito tributário era *nacionalmente centrípeda*.³

No viés de método jurídico, o direito tributário exerce *função cognitiva*, porque o estudo de outros sistemas tributários ajuda o jurista a entender melhor seu sistema tributário, e *função normativa*, pois o legislador tende a adotar soluções para seu sistema tributário que provaram ser viáveis em outros sistemas tributários. O direito tributário comparado sugere como um problema específico pode ser adequadamente resolvido em determinadas circunstâncias econômicas e sociais: o propósito do direito tributário comparado é convencer o legislador através de exemplos de outros sistemas tributários a decidir a favor da boa política fiscal no seu próprio sistema tributário.⁴

No caso do Brasil, as medidas utilizadas pela União para apoiar seus contribuintes durante o estado pandêmico da contaminação do Covid-19 causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2) podem ser agrupadas nas seguintes categorias tributárias:

(i) *diferimento*: prorrogação do prazo para o cumprimento de obrigações tributárias principais ou acessórias;

³ GARBARINO, Carlo. Le Basi Teorici ed i Metodi del Diritto Tributario Comparato. **Diritto Pubblico Comparato ed Europeo**. Torino: G. Giappichelli, vol. 3, 2004. BARASSI, Marco. Comparazione Giuridica e Studio del Diritto Tributario Straniero. UCKMAR, Victor [A cura di]. **Diritto Tributario Internazionale**. Milano: CEDAM, 2005. SACCHETTO, Claudio. Introduction. BARASSI, Marco. SACCHETTO, Claudio [Eds.]. **Introduction to Comparative Tax Law**. Soveria Mannelli: Rubertino, 2008. MÖSSNER, Jörg Manfred. Why and How to Compare Tax Law. BARASSI, Marco; SACCHETTO, Claudio [Ed.]. **Introduction to Comparative Tax Law**. Soveria Mannelli: Rubertino, 2008. GARBARINO, Carlo. An Evolutionary Approach to Comparative Taxation: Methods and Agenda for Research. **American Journal of Comparative Law**. Michigan: American Society of Comparative Law, vol. 57, n. 3, jul. 2009. AULT, Hugh J.; ARNOLD, Brian J. [Eds.]. **Comparative Income Taxation**. 3 ed. Hague: Kluwer Law International, 2010. AVI-YONAH, Reuven S.; SARTORI, Nicola; MARIAN, Omri. **Global Perspectives on Income Tax Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

⁴ THURONYL, Victor; BROOKS, Kim; KOLOZS, Borbala. **Comparative Tax Law**. 2 ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2016, p. 1-3.

(ii) *isenção (parcial ou total)*: redução de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) de alíquotas de tributos federais;

(iii) *moratória*: extensão do prazo de duração de parcelamentos;

(iv) *suspensão da exigibilidade do crédito tributário*: prorrogação do prazo de validade das certidões negativas de débito ou das certidões positiva de débito com efeito de negativa.

Em comparação a outros países, é possível observar que o Brasil utilizou maior número de categorias tributárias: por exemplo, Estados Unidos da América utilizou apenas *diferimento e moratória*; Alemanha, *diferimento e isenção (parcial)*; Espanha, *diferimento*; Itália, *diferimento*; Portugal, *diferimento e moratória*. De outro lado, Bélgica e França utilizaram uma categoria tributária que não foi adotada pelo Brasil: a *antecipação do ressarcimento de créditos fiscais*.

Todavia, o fato de o Brasil ter adotado maior número de categorias tributárias não significa, necessariamente, que tenha apoiado mais seus contribuintes durante o estado pandêmico da contaminação do Covid-19 causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2). Apesar de ter utilizado menor número de categorias tributárias, os Estados Unidos da América e os países da União Europeia (Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Itália e Portugal) concederam maior número de subvenções econômicas que o Brasil.

Portanto, ao invés de terem apoiado menos seus contribuintes, o estudo comparativo pode demonstrar que os Estados Unidos da América e os países da União Europeia (Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Itália e Portugal) acreditam menos que o Brasil na utilização de categorias tributárias para fins extrafiscais. Além disso, pode esclarecer que o Brasil utilizou maior número de categorias tributárias, por ter entregue menor quantidade de dinheiro para pessoas e empresas, em relação aos Estados Unidos da América e os países da União Europeia (Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Itália e Portugal), devido à grave crise fiscal que já estava a sofrer antes da pandemia.

Conclusão

A comparação das principais medidas utilizadas pelo Brasil com as principais medidas adotadas pelos Estados Unidos da América e países da União Europeia (Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Itália e Portugal) afirma que o Brasil utilizou

maior número de categorias tributárias para apoiar seus contribuintes durante o estado pandêmico da contaminação do Covid-19 causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2). Entretanto, isso não significa necessariamente que o Brasil tenha apoiado mais seus contribuintes, porque os Estados Unidos da América e os países da União Europeia (Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Itália e Portugal) concederam maior número de subvenções econômicas.

Portanto, o estudo comparativo pode demonstrar que os Estados Unidos da América e os países da União Europeia (Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Itália e Portugal) acreditam menos que o Brasil na utilização de categorias tributárias para fins extrafiscais. Além disso, pode esclarecer que o Brasil utilizou maior número de categorias tributárias, por ter entregue menor quantidade de dinheiro para pessoas e empresas, em relação aos Estados Unidos da América e os países da União Europeia (Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Itália e Portugal), devido à grave crise fiscal que já estava a sofrer antes da pandemia.

Referências Bibliográficas

AULT, Hugh J.; ARNOLD, Brian J. [Eds.]. **Comparative Income Taxation**. 3 ed. Hague: Kluwer Law International, 2010.

AVI-YONAH, Reuven S.; SARTORI, Nicola; MARIAN, Omri. **Global Perspectives on Income Tax Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

BARASSI, Marco. *Comparazione Giuridica e Studio del Diritto Tributario Straniero*. UCKMAR, Victor [A cura di]. **Diritto Tributario Internazionale**. Milano: CEDAM, 2005.

CIAT/IOTA/OECD. **Tax Administration Responses to COVID-19: Measures Taken to Support Taxpayers**. Paris: OECD, 2020.

GARBARINO, Carlo. *Le Basi Teorici ed i Metodi del Diritto Tributario Comparato*. **Diritto Pubblico Comparato ed Europeo**. Torino: G. Giappichelli, vol. 3, 2004.

GARBARINO, Carlo. *An Evolutionary Approach to Comparative Taxation: Methods and Agenda for Research*. **American Journal of Comparative Law**. Michigan: American Society of Comparative Law, vol. 57, n. 3, jul. 2009.

MÖSSNER, Jörg Manfred. *Why and How to Compare Tax Law*. BARASSI, Marco; SACCHETTO, Claudio [Ed.]. **Introduction to Comparative Tax Law**. Soveria Mannelli: Rubertino, 2008.

SACCHETTO, Claudio. Introduction. BARASSI, Marco. SACCHETTO, Claudio [Eds.]. **Introduction to Comparative Tax Law**. Soveria Mannelli: Rubertino, 2008.

THURONYL, Victor; BROOKS, Kim; KOLOZS, Borbala. **Comparative Tax Law**. 2 ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2016.

27. TAX COMPLIANCE EM TEMPOS DE PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19): DIFERIMENTO DE RECOLHIMENTOS

*TAX COMPLIANCE IN TIMES OF THE CORONAVIRUS PANDEMIC (COVID-19):
DEFERRAL OF PAYMENTS*



<https://10.0.142.240/10.36592/9786587424149-27>

Marcelo Pasetti¹

Resumo

Vivemos novos tempos em decorrência da pandemia do coronavírus (Covid-19), o que não afasta a necessidade da manutenção de boas práticas como fundamento estratégico de negócios, inclusive, para evitar prejuízos fiscais. Diante deste cenário econômico, discute-se sobre a imprescindível revisão e adequação de um Programa de Compliance tributário para retornos de informação de acordo com a possibilidade de diferimento de pagamento de tributos e, assim, recuperar o fluxo de caixa das empresas. A discussão se dá a partir dos pilares de um Programa de Integridade previstos pelo Decreto 8.420/2015.

Palavras-chave: Pandemia. Coronavírus. Conformidade tributária. Diferimento de pagamentos.

Abstract

We live in new times due to the coronavirus pandemic (Covid-19), which does not rule out the need to maintain good practices as a strategic business foundation, including, to avoid tax losses. In view of this economic scenario, it is discussed the essential review and adaptation of a tax Compliance Program for returns of information according to the possibility of deferred payment of taxes and, thus, recover the cash

¹ Mestre em Direito pela PUCRS, Área de Concentração em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado. Especialista em Direito do Estado pela UFRGS e em Direito Processual Civil pela PUCRS. MBAs em Direito Tributário e em Direito Empresarial pela FGV. Autor do livro “Inteligência artificial aplicada ao direito tributário: um novo modelo na construção de uma justiça fiscal?” (Lumen Juris, 2019). Presidente da Comissão de Direito Tributário de Porto Alegre da Associação Brasileira de Advogados – ABA Sul. Membro da Comissão Especial de Compliance da OAB/RS. Membro da Comissão Nacional de Compliance da Associação Brasileira de Advogados – ABA. Advogado. E-mail: marcelo@pas.adv.br. Doutorando pela PUCRS. O material em questão foi apresentado para publicação pela mesma instituição, sob orientação e coordenação do Professor Doutor Paulo Caliendo.

flow of the companies. The discussion is based on the pillars of an Integrity Program provided for in Decree 8,420 / 2015.

Keywords: Pandemic. Coronavirus. Tax compliance. Deferral of payments.

Introdução

O futuro da economia no Brasil vivencia novos tempos em decorrência da pandemia do coronavírus (Covid-19). Por isso, é oportuno discutir a manutenção de boas práticas para assegurar o cumprimento de normas legais e, especialmente, como fundamento estratégico de negócios em princípios éticos e de transparência, mitigando situações de exposição aos riscos e redução de perdas oriundas de fraudes internas.

Na consecução da elaboração de um Programa de Compliance, é essencial entender o ambiente no qual está inserida a empresa e, assim, tornar possível sistematizar a gestão de riscos, seus objetivos, obrigações e riscos de cada uma de suas atividades por temática, de maneira que cada uma delas retrate uma parte rigorosa do programa.

Na parte específica, o *Tax compliance* (Compliance tributário) possui o objetivo de realizar um planejamento de retornos de informação, sob pena de produzir perante o Fisco uma lista de discrepâncias desnecessárias.

Sem dúvida, será preciso adequar o Compliance tributário como forma de impedir um enfraquecimento da empresa na atual conjuntura, pois o desafio de pagamento dos tributos neste período é ponto central para evitar maiores prejuízos fiscais e manter sua reputação.

Deveras, o diferimento tributário se mostra uma alternativa para não agravar a crise e recuperar o fluxo de caixa das empresas. Isso porque a pandemia modificou o cenário nacional e internacional em razão das medidas de isolamento social, que exigiram o fechamento total ou parcial de muitos estabelecimentos.

Tax compliance (conformidade tributária)

Com efeito, é acertado o significado de um Programa de Compliance², um conjunto de boas práticas para assegurar o cumprimento de normas legais e, especialmente, como fundamento estratégico de negócios em princípios éticos e de transparência, mitigando situações de exposição aos riscos e redução de perdas oriundas de fraudes internas.

A propósito, a Lei 12.846/2013³, também conhecida como Lei Anticorrupção, disciplinou a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, sendo que o Decreto 8.420/2015⁴, que a regulamentou, inclusive, em seu art. 42, carreou quais os pilares necessários para considerar como válido e aplicável um Programa de Integridade para prevenir e atenuar danos reputacionais e regulatórios.

Nessa linha, a elaboração de um Programa de Integridade tem “a finalidade de determinar uma cultura ética, ou seja, vinculada às questões comportamentais.”⁵, cujos mecanismos e procedimentos internos buscam o comprometimento e apoio da alteração e direção pela instância responsável pelo programa; acurada análise de perfil de risco; suas diretrizes para elaboração dos programas; constante comunicação e treinamentos; efetivos canais de denúncia; adoção de medidas disciplinares; ações de remediação; e estratégia de monitoramento contínuo.

Em outras palavras, um Programa de Integridade será implementado de acordo com Normas específicas para um Sistema de Gestão, no caso, a ISO DIS 37301:2020, em especial o Órgão de Governança (se houver, Conselho de Administração), que rege o comportamento e a cultura daquela organização envolvida, bem como deverá considerar a possibilidade de desvios intencionais. Esses exemplos de ações devem ser executados na implementação de um Sistema de Gestão de Compliance, que, em hipótese alguma, será abrangente ou mesmo prescritivo, porém, o propósito será

² PASETTI, Marcelo. **Compliance no Agronegócio**. Disponível em: <<https://direitoagrario.com/>>. Acesso em: 28 de maio de 2020.

³ BRASIL. **Lei n. 12.846**, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 28 de maio de 2020.

⁴ **Decreto n. 8.420**, de 18 de março 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 28 de maio de 2020.

⁵ PASETTI, Marcelo. **Inteligência artificial aplicada ao direito tributário: um novo modelo na construção de uma justiça fiscal?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

resguardar a empresa como um todo de comportamentos que poderão impactar os resultados para *stakeholders*, funcionários, fornecedores e mercados.⁶

De modo geral, estar em conformidade será entender o contexto legal e regulatório; contextos sociais, culturais e ambientais; tecnologia; a situação econômica; estruturas, políticas, procedimentos, processos e recursos internos; modelo de negócios, incluindo estratégia, natureza, tamanho e complexidade da escala e sustentabilidade das atividades e operações da organização; a natureza e o escopo das relações comerciais com terceiros; a atual cultura de integridade.

Especificamente, o *Tax Compliance* (Compliance tributário) possui objetivo de realizar um planejamento de retornos de informação, sob pena de produzir perante o Fisco uma lista de discrepâncias desnecessárias⁷, as quais devem ser analisadas e avaliadas criticamente para identificar as causas-raiz de eventual não conformidade no tocante ao espoco tributário de um Sistema de Gestão de Compliance.

Em particular, o escopo de conformidade tributária de um Programa de Compliance está intrinsecamente ligado ao planejamento tributário, o qual é realizado pela empresa contribuinte no início de cada exercício fiscal, na busca da melhor forma para cumprir suas obrigações tributárias principais, acessórias e deveres de cooperação com o Fisco. Nessa toada:

[...] é seguro afirmar que um modelo de compliance fiscal terá como propósito um modelo de planejamento tributário, em que o usuário, ao descrever os fatos, terá informações de todas as etapas, principalmente, em relação ao resultado final desejado, adequando possíveis padrões de transação com as consequências fiscais pretendidas.⁸

Doutro modo, o planejamento tributário sofrerá impactos do desempenho da economia, porém não eram esperadas as incertezas e adversidades impostas pela pandemia do coronavírus (Covid-19), que afetou o resultado financeiro das empresas, o que por si só autoriza a reavaliar os riscos e as políticas de compliance pré-determinadas quando do início do exercício fiscal, sob pena de ocorrer a bancarrota da própria organização. Nesse diapasão, é oportuno trazer à tona a flexibilização carreada por normas tributárias para tomada de decisões ao enfretamento dessa crise

⁶ Material disponibilizado no Curso FUTURA ISO 37301, O PRÓXIMO DESAFIO PARA O COMPLIANCE, COM BASE NO ISO DIS 37301:2020 ATSG – Academia Tecnológica de Sistemas de Gestão, março 2020.

⁷ PASETTI, Marcelo, op. cit., 2019.

⁸ PASETTI, Marcelo, op. cit., 2019, p. 182.

pandêmica, de sorte que as escolhas continuem sendo em resguardar o principal ativo de uma empresa, a reputação.

Tributação e a pandemia da Covid-19

Em decorrência da pandemia da Covid-19, é de conhecimento de todos que nosso país, a partir de março deste ano, está sofrendo severa crise em diversos setores da economia com reflexos danosos às empresas, em especial aquelas consideradas não essenciais. Daí a necessidade de adequar o Compliance tributário como forma de impedir um enfraquecimento da empresa na atual conjuntura e, assim, auxiliar no enfrentamento da crise e retomada de suas atividades.

Aliás, esses riscos devem ser reexaminados sempre que houver novas orientações ou leis que modifiquem a estrutura das obrigações tributárias. Ao passo que a organização deverá alinhar os processos e as rotinas periodicamente, como fluxo de receitas, fluxo de custos e despesas, bem como de acordo com o sistema de fechamento e registro contábil das transações.

O desafio de pagamento dos tributos neste período é ponto central para evitar maiores prejuízos fiscais e manter a reputação da empresa, com vistas à sua própria perpetuidade. Por isso, mostra-se essencial avaliar o atendimento das propostas do Fisco para racionalizar a possibilidade de absorção da carga tributária.

Muito embora haja previsão no Código Tributário Nacional (CTN)⁹ referente à figura da moratória, nos termos do art. 152, para que não haja inadimplência e a projeção de seus maléficis efeitos, há de se pensar na hipótese de suspensão de exigibilidade dos tributos. Nessa toada, o Ministério de Estado da Fazenda¹⁰ publicou a Portaria nº 12¹¹, de 20 de janeiro de 2012, que já autorizava a prorrogação do prazo para pagamento de tributos federais, inclusive quando objeto de parcelamento, e suspendia o prazo para a prática de atos processuais no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN),

⁹ BRASIL. **Lei n. 5.172**, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em 28 de maio de 2020.

¹⁰ **Lei n. 7.450**, DE 23 DE DEZEMBRO DE 1985. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7450.htm>. Acesso em: 28 de maio de 2020. Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985, Art. 66 delegou ao Ministro da Fazenda a competência para fixar prazos de pagamento de receitas federais.

¹¹ Id. **Portaria n. 12**, de 20 de janeiro de 2012. Disponível em: <www.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/portarias-ministeriais/2012/portaria12>. Acesso em: 28 de maio de 2020.

para empresas e cidadãos nos Estados que tenham decretado calamidade pública a adiar por três meses o pagamento de tributos federais.

Decerto, o tema se mostra oportuno, pois a própria União e diversos Estados¹² decretaram estado de calamidade pública devido à pandemia da coronavírus (Covid-19). Por sua vez, a Receita Federal do Brasil editou a Instrução Normativa 1.243/2012¹³, estabeleceu que os prazos para o cumprimento de obrigações acessórias, para os sujeitos passivos domiciliados nos municípios abrangidos por decreto estadual que tenha declarado estado de calamidade pública, ficam prorrogados para o último dia útil do 3º (terceiro) mês subsequente ao dos meses em que antes eram exigíveis. Ainda, determinou o cancelamento de multas pelo atraso na entrega de declarações, demonstrativos e documentos, aplicados aos sujeitos passivos domiciliados nos municípios que ensejaram a decretação do estado de calamidade pública.

Por conseguinte, a aplicação das referidas normas possui somente um requisito para sua exigência, a decretação de calamidade, o que, por si só, autorizaria todos os contribuintes a postergarem o recolhimento dos tributos, isentando-os da sujeição de imposição de penalidades e encargos incidentes como juros de mora.

Ademais, o Comitê Gestor do Simples Nacional já prorrogou o prazo de pagamento de tributos no âmbito do Simples Nacional, em razão da pandemia da Covid-19, nos termos da Resolução CGSN n. 154¹⁴, de 03 de abril de 2020, da seguinte forma:

- a) o Período de Apuração março de 2020, com vencimento original em 20 de abril de 2020, vencerá em 20 de outubro de 2020;
 - b) o Período de Apuração abril de 2020, com vencimento original em 20 de maio de 2020, vencerá em 20 de novembro de 2020; e
 - c) o Período de Apuração maio de 2020, com vencimento original em 22 de junho de 2020, vencerá em 21 de dezembro de 2020;
- II - quanto aos tributos de que tratam os incisos VII e VIII do caput do art. 13 da Lei Complementar nº 123, de 2006:
- a) o Período de Apuração março de 2020, com vencimento original em 20 de abril de 2020, vencerá em 20 de julho de 2020;
 - b) o Período de Apuração abril de 2020, com vencimento original em 20 de maio de 2020, vencerá em 20 de agosto de 2020; e

¹² No Estado do Rio Grande do Sul, o estado de calamidade pública foi declarado pelo **Decreto n. 55.128, de 19.03.2020**. Disponível em: <<https://ssp.rs.gov.br/upload/arquivos/202003/25131743-decreto55128-atualizadoate23032020.pdf>>. Acesso em: 28 de maio de 2020.

¹³ BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1243, de 25 de janeiro de 2012**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=37261>>. Acesso em: 28 de maio de 2020.

¹⁴ BRASIL. **Resolução CGSN n. 154, de 03 de abril de 2020**. Disponível em: <normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=108368#2114637>. Acesso em: 28 de maio de 2020.

c) o Período de Apuração maio de 2020, com vencimento original em 22 de junho de 2020, vencerá em 21 de setembro de 2020.

Diante do atual cenário econômico, o diferimento tributário proposto pelo Fisco federal trata-se de medida para tentar não agravar a crise e serve de alternativa para recuperar o fluxo de caixa das empresas.

É necessário que o Ministério da Economia acompanhe essas medidas e seus efeitos, bem como ofereça novas possibilidades fiscais para conter a crise causada pela pandemia, e, assim, possa ajudar as empresas a se manterem ativas e impulsionar a empregabilidade.

Considerações finais

Neste texto objetivou-se colocar em pauta a questão da necessidade de um Programa de Compliance pelas empresas, com a finalidade de que exerçam boas práticas para assegurar o cumprimento de normas legais, além de sua conotação estratégica de negócios em princípios éticos e de transparência, minimizando situações de exposição aos riscos de fraudes internas, de acordo com Normas específicas para um Sistema de Gestão, no caso, a ISO DIS 37301:2020.

Viu-se que a conformidade tributária faz parte de um programa de integridade, bem como está associada ao planejamento tributário da empresa. No entanto, diante das incertezas e adversidades impostas pela pandemia do coronavírus (Covid-19), deverá ser revisto e adequado.

Por fim, diante do atual cenário econômico, o diferimento tributário proposto pelo Fisco federal trata-se de uma medida para tentar não agravar a crise. Além disso, serve de alternativa para recuperar o fluxo de caixa das empresas.

Assim, as premissas aqui trazidas se mostram relevantes diante das implicações negativas que os efeitos da pandemia do coronavírus trouxeram à economia, por reflexo, às empresas.

Referências

BRASIL. Estado do Rio Grande do Sul. **Decreto n. 55.128, de 19.03.2020**. Disponível em: <<https://ssp.rs.gov.br/upload/arquivos/202003/25131743-decreto55128-atualizadoate23032020.pdf>>. Acesso em: 28 de maio de 2020.

_____. **Resolução CGSN n. 154, de 03 de abril de 2020.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=108368#2114637>>. Acesso em: 28 de maio de 2020.

_____. **Decreto n. 8.420,** de 18 de março 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>. Acesso em: 28 de maio de 2020.

_____. **Lei n. 12.846,** de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 28 de maio de 2020.

_____. **Instrução Normativa RFB nº 1243, de 25 de janeiro de 2012.** Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=37261>>. Acesso em: 28 de maio de 2020.

_____. **Portaria n. 12, de 20 de janeiro de 2012.** Disponível em: <www.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/legislacao/portarias-ministeriais/2012/portaria12>. Acesso em: 28 de maio de 2020.

_____. **Lei n. 7.450,** DE 23 DE DEZEMBRO DE 1985. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7450.htm>. Acesso em: 28 de maio de 2020. Lei nº 7.450, de 23 de dezembro de 1985, Art. 66 delegou ao Ministro da Fazenda a competência para fixar prazos de pagamento de receitas federais.

_____. **Lei n. 5.172,** DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 28 de maio de 2020.

Material disponibilizado no Curso FUTURA ISO 37301, O PRÓXIMO DESAFIO PARA O COMPLIANCE, COM BASE NO ISO DIS 37301:2020 ATSG – Academia Tecnológica de Sistemas de Gestão, março 2020.

PASETTI, Marcelo. **Compliance no Agronegócio.** Disponível em: <<https://direitoagrario.com/compliance-no-agronegocio/>>. Acesso em: 28 de maio de 2020.

_____. **Inteligência artificial aplicada ao direito tributário:** um novo modelo na construção de uma justiça fiscal? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PARTE IV

JURISDIÇÃO E PROCESSO

28. UM CASO DE CADA VEZ? – A ATUAÇÃO JURISDICIONAL NO CENÁRIO DE PANDEMIA

*ONE CASE AT A TIME? –
ADJUDICATION IN THE PANDEMIC SCENARIO*



<https://10.0.142.240/10.36592/9786587424149-28>

Gustavo Osna¹

Resumo

Como é notório, o contexto de pandemia contemporaneamente vivenciado causa desafios em diferentes esferas. O presente artigo sustenta que a atividade jurisdicional se encontra entre elas. Nesse sentido, argumenta-se que, entre os dilemas hoje postos, estão os problemas decorrentes da tentativa de enfrentar processos isoladamente; de olhar, apenas, para um caso de cada vez. Em síntese, sustenta-se que essa abordagem é insuficiente por desconsiderar os efeitos da decisão e por fomentar cenários de desigualdade. Ao final, são brevemente apresentadas possíveis alternativas para aprimorar esse quadro.

Palavras chave: processo civil; processo coletivo; jurisdição; COVID-19.

Abstract

It is well known that, contemporarily, several fields are facing challenges related to the COVID-19 pandemic. This essay argues that adjudication is among them. In this sense, I defend that some of these dilemmas are due to the judicial analysis of one case at a time. In sum, I argue that this approach is insufficient since it disregards adjudication effects and promotes inequality. Lastly, I present possible alternatives to improve this scenario.

Keywords: civil procedure; collective litigation; adjudication; Covid-19.

¹ Professor Adjunto dos Programas de Graduação e de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, Escola de Direito. Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Mestre em Direito das Relações Sociais e Bacharel em Direito pela UFPR. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogado. gustavo@mosadvocacia.com.br.

1 “Um Caso de Cada Vez”? – Nota Preliminar

Articulando a sua ideia de *minimalismo judicial* em temas sensíveis à comunidade, caracterizados por dissensos ou por consensos incompletos, Cass R. Sustein sustentou que o melhor *approach* possível seria o enfrentamento pelo Judiciário de “*um caso de cada vez*”². Dessa maneira, mais do que respostas voltadas a estabilizar o debate de modo decisivo ou genérico, seria reconhecida a importância de que a deliberação fosse deslocada para a sociedade civil e para os representantes por ela eleitos³.

Como é certo, o pensamento do teórico é provido de elementos bastante mais sofisticados e complexos, merecendo exame que obviamente excede as presentes possibilidades. Do mesmo modo, é patente que tal análise possui balizas ligadas ao seu objeto (a atuação da Suprema Corte em temas socialmente relevantes) e ao seu contexto (a realidade norte-americana) que não coincidem com as atuais finalidades⁴. Não obstante, a simples locução “*um caso de cada vez*” é aqui tomada por empréstimo, com o propósito exclusivo de demonstrar como esse enquadramento pode ser *problemático* para a atuação jurisdicional inerente ao momento contemporâneo de pandemia.

Afinal, é adequado que, ao resolver debates ligados a temas como as vagas em leitos de UTI, o órgão jurisdicional tome em consideração exclusivamente a pretensão individual conduzida à sua apreciação? Em medidas relacionadas aos impactos econômicos decorrentes desse caldo, é apropriado ignorar eventuais efeitos prospectivos ou impactos laterais advindos do pronunciamento?

A resposta a esses elementos soa tormentosa. É assim que, de maneira breve, o presente estudo procura expor, ao menos, dois pontos-cegos que podem derivar de um tratamento absolutamente pulverizado das pretensões correlacionadas à pandemia: (i) sua desconsideração dos impactos globais da decisão, podendo surtir efeitos

² Assim, SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time – Judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

³ “I attempt to show how certain minimalist steps promote rather than undermine democratic processes and catalyze rather than preempt democratic deliberation (...) one of my principal goals is to identify the distinctive kinds of minimalism that serve to improve political deliberation; the underlying conception of democracy thus places a high premium on both deliberation (in the sense of reflection and reason-giving) and accountability (in the sense of control by the voters)”. Idem. p.xiv.

⁴ “In the notion of deliberative democracy lies the basis of a claim about how a minimalist Supreme Court, concerned about both constitutional ideals and its limited place in the American order, might promote a democratic nation’s highest aspirations without preempting democratic processes”. Idem. *ibidem*.

indesejáveis em uma perspectiva macro; (ii) sua potencialidade para ensejar os perigos típicos da dispersão de medidas afins – como o risco à isonomia e o eventual favorecimento de litigantes habituais. Na sequência, são pontualmente apresentadas algumas estratégias capazes de contribuir para uma melhoria desse quadro.

Por fim, destaca-se que não são aqui objeto de análise os eventuais limites ou restrições inerentes à participação judicial em alguns dos temas suscitados – como a implementação de políticas públicas ou a recomposição de acordos entre particulares. Pelo contrário, sem prejuízo da relevância do debate teórico ligado a esses pontos, a premissa ora adotada é outra: esse tipo de atividade *já está sendo desenvolvida* pelo Judiciário⁵. É assim preciso, no menor dos casos, buscar o aperfeiçoamento do seu conteúdo e torná-la mais efetiva.

2 Nenhum Processo é uma Ilha: os Efeitos Amplos da Tomada de Decisão

O primeiro dos problemas que aqui se coloca dialoga com uma baliza fática que não pode ser esquecida pelo jurista. Em resumo, é necessário compreender que *não há discurso jurídico*, por mais ortodoxo que se proponha, capaz de inibir a possibilidade de que uma decisão judicial traga impactos que não se limitam às partes da disputa. O elemento está distante de ser inédito, mas merece especial atenção.

Realmente, procurando emoldurar esse problema, é interessante notar que a própria doutrina clássica do processo civil já havia percebido que mesmo em disputas aparentemente singelas, que colocam em lados opostos da balança “A” e “B” (ou, como se costuma designar, “Tício” e “Mévio”), é factível que *terceiros* que não integraram o processo experimentem seus efeitos. Esse ponto foi identificado por Liebman, levando-o a dar um passo além e constatar que tais efeitos poderiam ser *reflexos*⁶ ou

⁵ Sob esse viés, então, tentar viabilizar meios aptos a maximizar essa efetivação constitui tentativa de aproximar o *processo dos livros* e o *processo da realidade* – aprimorando assim a efetividade processual. A respeito da necessidade desse diálogo, ver, *passim*, OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade – Análise crítica da teoria processual*. São Paulo: Ed. RT, 2017.

⁶ “È chiaro che i terzi che si trovano nella situazione ora descritta sono mediatamente, ma fortemente interessati alla sentenza pronunciata inter alios. Se anch’essi devono rispettare e riconoscere la sentenza Che fu pronunciata tra le parti del rapporto pregiudicante, anche il loro rapporto ne esce di riflesso modellato in armonia con ciò che la sentenza ha disposto. L’efficacia riflessa non è un effetto diverso o distinto da quello prodotto tra le parti, ma soltanto la sua ripercussione sul terzo in conseguenza della relazione esistente tra i due rapporti giuridici”. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. v.2. 4 ed. Milano: Giuffrè, 1981. p. 415.

naturais ⁷ – em fator de suma importância para temas como a *intervenção de terceiros*.

De fato, é razoável refutar que, materialmente, a família do réu de uma ação de cobrança será prejudicada por uma sentença favorável que abale sua capacidade econômica? Do mesmo modo, há como sustentar que os filhos de determinado indivíduo não serão concretamente afetados por eventual medida de filiação em que ele figura como demandado?

As perguntas são meramente retóricas. Em resumo, é certo que uma fotografia que contenha apenas as *partes* do processo será insuficiente para retratar todos os sujeitos que podem ser por ele impactados. Essa constatação, aliás, tem servido como pedra-angular para que o processo civil construa crescentes e dinâmicas hipóteses de *intervenção* ou de *participação* na disputa ⁸.

Ocorre que, por mais que essa espécie de raciocínio seja relevante para a processualística de um modo geral, as consequências por ela trazidas em grande parte dos debates suscitados pelo atual estado de pandemia se tornam sensivelmente mais agudas. E isso porque, analisando essas disputas, percebe-se que de maneira recorrente são colocados na mesa aspectos *incompatíveis com qualquer estrutura bilateral ou estanque*. Em outros termos, entram em cena conflitos fluidos e com relevante impacto social, mostrando-se claramente incongruentes com qualquer arranjo que procure segmentar singelamente “Tício” e “Mévio” ⁹.

⁷ “Così per es, se una sentenza pronunciata tra A e B ha dichiarato A e non B proprietario del fondo X, Tizio, volendo comprare quel fondo, dovrà rivolgersi ad A e non a B. Ancora, se una sentenza ha dichiarato C e non D erede di Z, Sempronio creditore del de cuius dovrà chiedere a C e non a D il pagamento del suo credito. Così pure se la sentenza ha dichiarato E e non F proprietario di un immobile, Caio creditore di F non potrà agire in via esecutiva su quell’immobile. In tutti casi Tizio, Sempronio e Caio rispettivamente dovranno subire le conseguenze, per loro in linea di fatto utili o dannose, delle sentenze pronunciate tra altri, sentenze che peraltro non alterano in alcun modo i loro diritti; essi devono soltanto prendere atto di una situazione giuridica esistente tra le parti e tenerne conto per quanto li riguarda e il vantaggio o il danno che eventualmente risentono in conseguenza della sentenza è un puro << accidente del percorso >>”. Idem. p.414.

⁸ É elucidativa, aqui, a própria previsão genérica do *amicus curiae* hoje prevista em nosso Código de Processo Civil. Afinal, como notam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, trata-se de “terceiro que pode participar do processo a fim de *oferecer razões* para a sua *justa solução* ou mesmo para formação de um *precedente*. O que o move é o interesse institucional: o interesse no adequado debate em juízo de determinada questão nele debatida”. Não se procura, então, um “*interesse jurídico*” no sentido tradicionalmente dado ao termo. Ver, MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. v. 2. 5 ed. São Paulo: Ed. RT, 2019. p. 106. Também, procurando reler de maneira ampla a noção de “*participação*” no processo e suas diferentes possibilidades, TEMER, Sofia. *Participação no processo civil – Repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: JusPodivm, 2020.

⁹ Nesse particular ponto, veja-se ARENHART, Sérgio Cruz. *Desafios do Processo Multipolar*. In. REICHELTL, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Coletivização e Unidade do Direito*. Londrina: Thoth, 2019. Também, MARÇAL, Felipe Barreto. *Processos estruturantes (multipolares, policêntricos*

Para a constatação desse aspecto, basta colocar em perspectiva algumas das medidas judiciais já propostas tendo objetos relacionados às consequências da COVID-19. Observando esse campo, são vistas demandas ligadas a aspectos como o protocolo de uso de medicamentos (com sensíveis efeitos colaterais) ¹⁰ ou os limites de regimes de isolamento adotados por Estados ou Municípios ¹¹. Em cada uma dessas hipóteses, a decisão proferida em dado processo não possuirá efeitos minimamente controláveis.

Uma vez ordenado em juízo o fornecimento do medicamento, é viável aferir de antemão em quantas hipóteses será ministrado seu uso? Fixando-se aspectos como a necessária ampliação de vagas de leito em UTIs ¹², é possível desconsiderar elementos orçamentários (ou outros campos, ligados à própria tutela da saúde, que podem pagar o preço pela realocação do “cobertor curto” ¹³)? Na avaliação das eventuais nuances de

ou multifocais): gerenciamento processual e modificação da estrutura judiciária. In. *Revista de Processo*. v.248. São Paulo: Ed. RT, 2019.

¹⁰ A questão foi levada à apreciação jurisdicional pela Procuradoria da República de Teresina/PI, requerendo-se a pronta utilização de hidroxiquina como protocolo de tratamento para pacientes com COVID-19. Ver, <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/saude/mpf-piaui-hidroxiquina-covid-19-14052020>>.

¹¹ Basta uma breve análise na rede mundial de computadores para identificar a existência de medidas judiciais que colocam em xeque as limitações impostas por força do cenário de pandemia para, assim, garantir prerrogativas como as de praticar surfe em determinados horários (<<https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/justica-nega-pedido-de-morador-da-capital-que-queria-surfar-durante-a-quarentena-?inheritRedirect=true>>) ou de trafegar com barcos de passeio em baía litorânea (<<https://www.bemparana.com.br/noticia/juiza-nega-pedido-de-donos-de-barcos-para-abertura-de-marina-em-guaratuba>>).

¹² De modo exemplificativo, debatendo esse tipo de questão no cenário atual, <<https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2020/05/21/justica-determina-multa-de-r-200-mil-por-cada-paciente-com-covid-19-que-morrer-por-falta-de-utis-em-araguaina.ghtml>>; <<https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2020/05/18/justica-determina-instalacao-de-mais-leitos-com-respiradores-para-pacientes-com-covid-19-em-maraba.ghtml>>; <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-05/justica-determina-desbloqueio-de-leitos-para-covid-19-no-rio>>.

¹³ Como posto por Clémerson Clève, “a metáfora do cobertor curto é adequada para a compreensão de qualquer orçamento, mas é mais adequada ainda para a compreensão dos limites do orçamento público brasileiro. Trata-se de um cobertor insuficiente para cobrir, ao mesmo tempo, todas as partes do corpo. Se cobre os pés, deixa as mãos sob o efeito do clima. Mas se cobre as mãos, não consegue dar conta dos pés”. CLÉVE, Clémerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 54. São Paulo: Ed. RT, 2006. p.36. Ainda, enfrentando a questão especificamente sobre o ângulo do direito à saúde e das medidas judiciais voltadas à sua efetivação, Luís Roberto Barroso já destacou que “alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão”. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In. *Revista Interesse Público*. n. 46. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p.34.

políticas de isolamento, é possível compor o quebra-cabeça sem considerar *seriamente* os impactos advindos de flexibilizações ou enrijecimentos?

Como se percebe, nessas diversas circunstâncias o processo pode surtir efeitos amplos, que a ele logicamente não se limitam. E esse escalonamento pode se fazer presente, até mesmo, em medidas eminentemente econômicas e individuais. Quando o Judiciário ordena por motivos *genericamente* relacionados à pandemia o não-pagamento de determinada obrigação, por exemplo, é plenamente possível que se transmita à sociedade uma mensagem *igualmente genérica* que respalde essa desoneração. Nessa hipótese, surge espaço para um *risco moral* bastante claro: mesmo aqueles que não sofrem abalo imediato de igual monta podem optar, de maneira oportunista, pela impontualidade.

Enfim, o que se deve notar primeiramente é que, nas hipóteses atualmente debatidas em sede jurisdicional relacionadas à COVID-19, é bastante comum que se verifiquem efeitos escalonados ou complexos. Observar *um caso de cada vez*, atentando-se apenas às suas circunstâncias internas, pode então levar a uma visão *míope* a respeito do cenário global. Como consequência, torna-se crível que a atuação do Judiciário não contribua da maneira desejada.

3 Pulverização de Medidas Afins: um Amálgama de Desigualdade

Além da situação ressaltada no tópico anterior, consideramos importante também apresentar um segundo *ponto-cego* que, em momentos como o atual, pode decorrer da análise *pulverizada* de medidas relacionadas à pandemia; da tentativa de, nesse contexto, observar *um caso de cada vez*. Trata-se do fato de, por meio desse enfoque, formar-se um constante e indesejado *flerte com a desigualdade* – seja no que diz respeito às possibilidades de acesso à tutela jurisdicional, seja no que se refere à própria atividade desenvolvida em juízo.

Para emoldurar esse aspecto, é necessário firmar como premissa que, em diferentes circunstâncias, os direitos individuais ligados à COVID-19 dispõem de *afinidade recíproca*. Em outros termos, sem prejuízo de sua individualidade, tais interesses possuem uma elevada dimensão de *similitudes* e de *pontos em comum*.

Enquadram-se, assim, naquilo que nossa legislação procurou denominar de “*direitos individuais homogêneos*”¹⁴.

Partindo desse pilar, é evidente que, como observado com maior vagar em outras oportunidades¹⁵, o enfrentamento *disperso* e *atômico* de cada uma dessas pretensões tenderia a gerar inúmeros embaraços. Sob esse viés, aspectos como o próprio aprimoramento da gestão do Judiciário poderiam ser levantados como fundamento para que não se olhasse *um caso de cada vez*¹⁶. No contexto fático aqui posto, porém, acreditamos que há outro elemento que soa ainda mais forte para inibir a análise pulverizada: o fato de, por meio dela, serem criados constantes focos de desigualdade (tanto em momento anterior aos eventuais litígios quanto em etapa subsequente à sua instauração).

Em relação ao primeiro ponto, é bastante óbvio que, ao conduzir à esfera jurisdicional medida ligada ao fornecimento de medicamentos ou à garantia de vaga em UTIs, o potencial demandante veicula pretensão individual voltada à sua própria proteção. É assim, também, com disputas que procuram obter alguma espécie de flexibilização individual das políticas de isolamento ou de restrição. Em resumo, uma vez verificada a situação de risco ou de cerceamento, haveria uma tentativa de recorrer ao Judiciário como via idônea para tutelar seu próprio direito¹⁷.

Ocorre que, deixando de enfrentar o debate isoladamente e ampliando o ângulo de observação, notamos que pretensões com os mesmos contornos gerais também poderiam ser levadas ao Judiciário por *qualquer* sujeito que ocupasse posição similar. Dessa maneira, inúmeros autores poderiam pleitear, cada qual em sua medida, a garantia de medicamentos ou de leitos; diferentes indivíduos poderiam perseguir, em

¹⁴ A respeito do tema, ver, ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2020. Também, OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos: Pressupostos, Fundamentos e Aplicação no Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

¹⁵ Idem. Também, entre outros, OSNA, Gustavo. Coletivização total e coletivização parcial: aportes comparados e o processo civil brasileiro. In. *Revista de Processo Comparado*. v. 1. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 115-138. OSNA, Gustavo. Ações Coletivas e Acesso à Justiça: Por Que o Discurso Não Encontra a Prática?. In. JOBIM, Marco Félix. REICHELDT, Luís Alberto (Org.). *Coletivização e Unidade do Direito*. Londrina: Thoth, 2019.

¹⁶ Assim, ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Ob. cit. Sobre essa redução de medidas, Bone destaca que, “by adjudicating lots of otherwise separate suits in one proceeding, the class action avoids the high social costs of relitigating issues common to the different suits (...) there is considerable benefit in being able to litigate the common issues only once”. BONE, Robert G. *Civil Procedure – The Economics of Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2003. p. 262.

¹⁷ Assim, de maneira exemplificativa, <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa>>; Também, <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/05/20/justica-determina-que-governo-de-sp-disponibilize-vaga-em-uti-em-ate-24h-para-paciente-de-jandira-com-coronavirus-cidade-nao-tem-hospital.ghtml>>. Ver, ainda, nota 11, *supra*.

seus próprios processos, a possibilidade de relaxar políticas específicas de isolamento social.

Ora, nesse tipo de hipótese, não é difícil notar que se forma o campo propício para uma *cascata* de desigualdades. E a primeira delas dirá respeito, exatamente, à própria possibilidade de ingressar individualmente em juízo. Afinal, é despiciendo lembrar que haverá inúmeros sujeitos que, por mais que inseridos na mesma posição, jamais possuirão condições efetivas de buscar amparo jurisdicional. Proteger apenas aqueles que o fizerem, em detrimento dessa cifra oculta, permitirá uma óbvia desigualdade material¹⁸.

Nesse particular, cabe lembrar que, como já percebido por Cappelletti e Garth, o ingresso em juízo de qualquer sujeito passa pela aferição de sua *capacidade jurídica pessoal*¹⁹. Em termos fáticos, propor determinada medida pressupõe, então, um longo trajeto. É imprescindível que o titular do direito tenha ciência de sua existência, assim como que possua os meios técnicos e materiais para levá-lo ao Judiciário. Contudo, em um sistema processual como o nosso – *excludente por excelência*²⁰ – é possível que para parte da comunidade esses obstáculos se tornem intransponíveis. As próprias assimetrias sociais acabam assim sendo reforçadas.

Por outro lado, mesmo aquelas pretensões que efetivamente vierem a ingressar no Judiciário encontrarão, ali, um palco essencialmente marcado pela desigualdade.

¹⁸ Ver, ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Ob. cit. Nesse sentido, destacou Aluisio Gonçalves de Castro Mendes que “os juízes chegam, com frequência, a conclusões e decisões variadas e até mesmo antagônicas (...) por conseguinte, pessoas em situações fáticas absolutamente idênticas, sob o ponto de vista do direito material, recebem tratamento diferenciado diante da lei, decorrente tão somente da relação processual. O direito processual passa a ter, assim, caráter determinante e não apenas instrumental. E, sob o prisma do direito substancial, a desigualdade diante da lei torna-se fato rotineiro e não apenas esporádico, consubstanciando, portanto, ameaça ao princípio da isonomia”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. 35-36.

¹⁹ Faz-se aqui referência às “inúmeras barreiras que precisam ser *pessoalmente* superadas, antes que um direito possa ser efetivamente reivindicado através de nosso aparelho judiciário”. Esclarecendo, afirmam que “num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível. Essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres. Ela diz respeito a toda a população em muitos tipos de conflitos que envolvem direitos (...) mesmo consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta de que sua assinatura num contrato não significa que precisem, obrigatoriamente, sujeitar-se a seus termos, em quaisquer circunstâncias. Falta-lhes o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeção a esses contratos, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção”. CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sérgio Fabris, 1988. p. 22-23

²⁰ Ver, HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito*. Lisboa: Almedina, 2012. p.306-307. Também sobre o tema, BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difusão Editorial, 1989. p.225-226. OSNA, Gustavo. Processo Civil Democrático: Cantando ‘Go Yankees’ no Fenway Park. In. *Revista Jurídica Luso Brasileira*. v. 06. Lisboa: CIDP, 2018.

Isso se dará, no mínimo, por dois motivos centrais. Primeiramente, porque os réus seriais poderão adquirir ganhos decorrentes da sua própria litigiosidade, tornando-se jogadores mais hábeis no campo do processo. E, além disso, pelo próprio risco (intrínseco à pulverização) de que *diferentes* juízes, caso confrontados por questões similares, cheguem a conclusões *diversas*.

O fator inicial, aqui indicado de modo breve, foi exposto de maneira detida em doutrina por Marc Galanter. Nessa ocasião, o teórico demonstrou que os litigantes habituais (“*repeat players*”) podem se valer de sua própria atuação reiterada em juízo para dominar as regras e os caminhos inerentes a essa esfera, adquirindo maior expertise do que os litigantes eventuais (“*one shooters*”) ²¹. A pulverização reforçaria esse aspecto, viabilizando que diferentes processos transcorressem em uma situação de inegável desequilíbrio.

Já em relação ao segundo dos elementos, a observação está longe de ser nova. Em poucas palavras, é simplesmente inviável ter qualquer convicção de que, ao se deparar com medidas providas de suportes e de propósitos bastante próximos, diferentes magistrados convirjam quanto ao resultado adequado. Isso, por mais que existam similitudes fáticas que possam tornar socialmente ininteligível o porquê da diferença.

Enfim, qualquer uma dessas questões reforça que olhar para hipóteses ligadas à atual situação colocando apenas o *caso concreto* em perspectiva pode ser pouco. Ainda que não se olvide que em cada medida o Judiciário efetivamente procure atuar da melhor forma possível, os perigos inerentes à dispersão reduzem sensivelmente essa potencialidade. Além de desprestigiar aquele que não pode demandar, a própria esfera jurisdicional pode se ver marcada por desequilíbrios e por contradições.

²¹ Ver, GALANTER, Marc. Why the ‘Haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal change. In. *Law and Society Review*, v.9. Salt Lake City: Law and Society Association, 1975. p.97-104. Destaca-se, ainda, que essa disparidade não seria suprida pela eventual existência de representação profissional, já que, como nota o autor, os próprios advogados nem sempre possuem o mesmo grau de assertividade ou a mesma posição. Em suas palavras, “parties who have lawyers do better. Lawyers are themselves RPs. Does their presence equalize the parties, dispelling the advantage of the RP client? Or does the existence of lawyers amplify the advantage of the RP client? We might assume that RPs (tending to be larger units) who can buy legal services more steadily, in larger quantities, in bulk (by retainer) and at higher rates, would get services of better quality. They would have better information (especially where restrictions on information about legal services are present). Not only would the RP get more talent to begin with, but he would on the whole get greater continuity, better record-keeping, more anticipatory or preventive work, more experience and specialized skill in pertinent areas, and more control over counsel” (p.114).

4 Relendo a Atividade Jurisdicional – Breves Alternativas

Os tópicos anteriores expuseram, essencialmente, duas espécies de problemas decorrentes da análise *pulverizada* de parcela dos litígios que têm sido levados ao Judiciário por força do contexto contemporâneo. De um lado, há uma série de medidas cujos efeitos e consequências tendem a exceder, em ampla dimensão, as partes do processo. De outro, verificada a existência de litígios com *afinidade recíproca*, a avaliação polarizada de cada uma das disputas pode servir de mola propulsora para injustiças. Por qualquer das vias, é reforçado o perigo de que se enfrente *um caso de cada vez*, desconsiderando o desenho total.

De que modo, porém, seria possível alterar essa dinâmica? Que tipo de reconstrução processual poderia contribuir para modificar as peças desse tabuleiro, permitindo um aprimoramento da atividade jurisdicional?

A brevidade da presente análise não permite esgotar essas dúvidas, que, na realidade, representam desafios candentes para a própria atividade contemporânea do processo civil. É que, de fato, nossa disciplina foi tradicionalmente construída para lidar *isoladamente* com litígios estritamente *individuais*, fazendo com que preocupações como aquelas anteriormente exteriorizadas estivessem fora da sua alça de mira. A ampliação funcional que as origina cria um vigoroso desafio às estruturas da matéria ²².

De maneira bastante sumária, porém, podemos indicar ao menos um par de alternativas que procurariam, respectivamente, oferecer resposta a esses dois problemas. A primeira delas é representada pela valorização dos ditos “processos” ou “provimentos” estruturais, capazes de harmonizar os efeitos gerais da jurisdição às necessidades concretas que a permeiam. A segunda é dada pelas técnicas de coletivização de direitos, voltadas a permitir que situações providas de afinidade sejam tuteladas de maneira igualmente munida de similitude – minorando os riscos de assimetrias e de distorções.

Em relação ao aspecto inicial, hoje estudado de modo usual em nossa academia²³, o principal argumento costuma oscilar ao redor da possibilidade (ou da

²² Nesse sentido, aprofundando o argumento e a necessidade de acoplamento entre as estruturas do processo e as suas funções, OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos*. Também, OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade*.

²³ Assim, expondo nossa visão relacionada à temática, OSNA, Gustavo. Acertando Problemas Complexos: o “Praticalismo” e os “Processos Estruturais”. In. *Revista de Direito Administrativo – RDA*.

necessidade) de que, a partir de aspectos como a complexidade ou a multipolaridade inerente a determinado caso, proceda-se ali à cisão entre *right* e *remedy* ²⁴; entre o *reconhecimento* da necessidade de tutela de determinado interesse e a sua *efetivação*. Isso, precisamente por se admitir a essencialidade de que os impactos da decisão sejam *compreendidos* e *controlados* de maneira compatível com o cenário material.

Nesse tipo de caso, percebe-se que limites concretos ou efeitos indesejados decorrentes da decisão *não são irrelevantes* – mas peças que devem ser consideradas na composição do jogo ²⁵. Encarando medidas voltadas ao relaxamento ou à restrição de garantias individuais por força da pandemia, por exemplo, passam a entrar em cena outras órbitas de indagação: ainda que determinada decisão possa ser desejada, sua pronta efetivação é a melhor saída? Por mais que a tutela de determinado bem jurídico deva ser concretizada, é viável ou desejável que sua materialização ocorra de modo imediato ou integral?

Há, assim, uma guinada ideológica no processo. Em poucas palavras, se o problema dos *impactos* da decisão ocupava um lugar escanteado no jogo da disciplina ²⁶, essa nova estratégia resolutiva pode colocá-lo em um novo patamar.

Por outra via, também em relação à segunda alternativa indicada, é necessário destacar que nossa doutrina tem dedicado atenção constante à temática da coletivização de direitos individuais – especialmente ao longo dos últimos anos ²⁷. Embora sua chancela legislativa seja aqui expressa faz período considerável (tendo sido consagrada pelo texto do Código de Defesa do Consumidor ²⁸), tem se feito mais comum a problematização da funcionalidade da aglutinação de interesses em nosso sistema. Mais que isso, tornou-se recorrente a constatação de que a Ação Civil Pública,

Rio de Janeiro: FGV (no prelo). Também, na doutrina nacional, JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. In. *Revista de Processo*. v.284. São Paulo: Ed. RT, 2018. DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In. *Civil Procedure Review*. v.8. 2017. Ainda, expondo diferentes manifestações doutrinárias ligadas ao problema e aos seus desdobramentos, cita-se ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. 2 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.

²⁴ Expondo esse raciocínio, CHAYES, Abram. Foreword: Public Law Litigation and the Burger Court. In. *Harvard Law Review*. v.96. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

²⁵ Trouxemos esse raciocínio com vagar em OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In. ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. 2 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.

²⁶ *Idem*.

²⁷ Vide notas 14 e 15, *supra*.

²⁸ *Idem*.

disposta simbioticamente pelo diploma consumerista e pela Lei nº 7.347/1985, seria apenas uma das portas capazes de viabilizar esse percurso ²⁹.

Realmente, levando-se em conta as diferentes funções a que a reunião de interesses individuais pode se prestar, nota-se que, além da ação coletiva, há outros mecanismos inseridos em nosso sistema que ocupam essa quadra. De modo exemplificativo, é plausível que o instrumento de cooperação nacional previsto em nosso atual Código de Processo Civil contribua para essa jornada – viabilizando a reunião para o acertamento de questões ou para elaboração de atos processuais pertinentes a diferentes processos ³⁰. Nesse fluxo, o próprio crivo da proporcionalidade, em seu sentido mais amplo, deve contribuir como fio condutor para a eleição da técnica mais apropriada ³¹.

Enfim, havendo diferentes indivíduos em situação análoga, aspecto recorrente em contextos como o hoje vivenciado, não há dúvidas de que os tratar de modo diverso pode macular a própria credibilidade da jurisdição. Justifica-se, com isso, um uso ativo dos caminhos de aglutinação de medidas ou de interesses, em sentido favorável à atividade do processo. Também por aqui, percebe-se a inocuidade de direcionar atenções exclusivas a uma única disputa, fazendo com que olhar para *um caso de cada vez* possa ser insuficiente e indesejado. O próprio design do serviço *justiça*, compreendido em seu todo, recomenda outro enfoque – impondo um desafio ao operador da disciplina.

²⁹ Emoldurando esse aspecto, OSNA, Gustavo. Coletivizações e Proporcionalidade – Escolhendo as Portas da Tutela Coletiva. In. VITORELLI, Edilson. OSNA, Gustavo. ZANETI JR., Hermes. REICHELDT, Luís Alberto. JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Orgs.). *Coletivização e Unidade do Direito*. v. 2. Londrina: Thoth, 2020.

³⁰ Nesse particular, ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Ob. cit. p.407. Também, PASCHOAL, Thais Amoroso Paschoal. *Coletivização da Prova: Técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2018. Ainda, analisando amplamente a nova técnica, DIDIER JR., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional - Esboço de uma Teoria para o Direito Brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2020.

³¹ “This base of analysis and the associated macro perspective are clearly in harmony with the requirements of the complexity of contemporary civil litigation. In this context, the pan-procedural approach collaborates in the modulation of adjudication in a way that observes the whole picture of the judiciary, highlighting its barriers and providing an isonomic distribution of procedural activity among all the cases waiting for an answer. The design suggests that, once this approach is adopted, each case stops being seen as a single piece, and the puzzle is understood from a global perspective. A natural consequence of this is that, considering the limits of the public budget, the efforts provided in a case should be harmonised with the institutional efficacy of the judiciary. Each case should be treated equally, setting a new requirement based on parameters of necessity, adequacy and proportionality. Thus, every answer and every collision of fundamental rights starts to be seen in another plane: the macroscopic plane”. ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the ‘pan-procedural’ approach: some bases of contemporary civil litigation. In. *International Journal of Procedural Law*. n.4. Cambridge: Intersentia, 2014.p.199.

Referências Bibliográficas

ARENHART, Sérgio Cruz. Desafios do Processo Multipolar. In. REICHELDT, Luís Alberto; JOBIM, Marco Félix. (Org.). *Coletivização e Unidade do Direito*. Londrina: Thoth, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. 2 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the ‘pan-procedural’ approach: some bases of contemporary civil litigation. In. *International Journal of Procedural Law*. n.4. Cambridge: Intersentia, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In. *Revista Interesse Público*. n. 46. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

BONE, Robert G. *Civil Procedure – The Economics of Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2003.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difusão Editorial, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sérgio Fabris, 1988.

CHAYES, Abram. Foreword: Public Law Litigation and the Burger Court. In. *Harvard Law Review*. v.96. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

CLÉVE, Clémerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 54. São Paulo: Ed. RT, 2006.

DIDIER JR., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional - Esboço de uma Teoria para o Direito Brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2020.

DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In. *Civil Procedure Review*. v.8. 2017.

GALANTER, Marc. Why the ‘Haves’ come out ahead: speculations on the limits of legal change. In. *Law and Society Review*, v.9. Salt Lake City: Law and Society Association, 1975.

HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do direito*. Lisboa: Almedina, 2012.

JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. v.2. 4 ed. Milano: Giuffrè, 1981.

MARÇAL, Felipe Barreto. Processos estruturantes (multipolares, policêntricos ou multifocais): gerenciamento processual e modificação da estrutura judiciária. In. *Revista de Processo*. v.248. São Paulo: Ed. RT, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. v. 2. 5 ed. São Paulo: Ed. RT, 2019.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

OSNA, Gustavo. Acertando Problemas Complexos: o “Practicalismo” e os “Processos Estruturais”. In. *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Rio de Janeiro: FGV (no prelo).

OSNA, Gustavo. Coletivização total e coletivização parcial: aportes comparados e o processo civil brasileiro. In. *Revista de Processo Comparado*. v. 1. São Paulo: Ed. RT, 2015.

OSNA, Gustavo. Coletivização total e coletivização parcial: aportes comparados e o processo civil brasileiro. In. *Revista de Processo Comparado*. v. 1. São Paulo: Ed. RT, 2015.

OSNA, Gustavo. Coletivizações e Proporcionalidade – Escolhendo as Portas da Tutela Coletiva. In. VITORELLI, Edilson. OSNA, Gustavo. ZANETI JR., Hermes. REICHELDT, Luís Alberto. JOBIM, Marco Félix. ARENHART, Sérgio Cruz (Orgs.). *Coletivização e Unidade do Direito*. v. 2. Londrina: Thoth, 2020.

OSNA, Gustavo. Nem “tudo”, nem “nada” – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In. ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos Estruturais*. 2 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

OSNA, Gustavo. Processo Civil Democrático: Cantando ‘Go Yankees’ no Fenway Park. In. *Revista Jurídica Luso Brasileira*. v. 06. Lisboa: CIDP, 2018.

OSNA, Gustavo. *Processo civil, cultura e proporcionalidade – Análise crítica da teoria processual*. São Paulo: Ed. RT, 2017.

PASCHOAL, Thais Amoroso Paschoal. *Coletivização da Prova: Técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná – UFPR, 2018.

SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time – Judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

TEMER, Sofia. *Participação no processo civil – Repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: JusPodivm, 2020.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. In. *Revista de Processo*. v.284. São Paulo: Ed. RT, 2018.

29. O PROCESSO JUSTO NO AVANÇO DA VIRTUALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

LAWSUIT RULLING WITH THE ADVANCE OF THE VIRTUALIZATION OF JURISDICTIONAL PROVISION



<https://10.0.142.240/10.36592/9786587424149-29>

Ana Carolina Squadri¹

Resumo

Este artigo tem como objetivo conceituar minimamente alguns princípios fundamentais do processo, considerados pressupostos para um processo justo, a partir da introdução do processo eletrônico e da expansão do teletrabalho com a pandemia do COVID-19. Tendo como fonte a doutrina e a legislação brasileira, o texto visa aplicar os princípios fundamentais para novas modalidades de prestação da tutela jurisdicional.

Palavras-Chave: Princípios fundamentais. Processo justo. Processo eletrônico. Inteligência artificial

Abstract

This article aims at minimally conceptualizing some fundamental principles of lawsuit, which are considered assumptions for a fair lawsuit ruling with the introduction of the electronic lawsuit and the expansion of teleworking due to the pandemic of COVID-19. Based on Brazilian doctrine and legislation, the text aims to apply the fundamental principles for new modalities of providing jurisdictional protection.

Keywords: Fundamental Principles. Fair Lawsuit Ruling. Electronic Lawsuit. Artificial Intelligence.

1 Introdução

Com a publicação da Portaria 188/GM/MS, de 04/02/20, do Ministério da

¹ Procuradora Federal. Doutoranda em Direito pela PUCRS.

Saúde, a qual declarou emergência na saúde pública em âmbito nacional, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, visando a prevenção do contágio e transmissão do COVID-19, editou a Portaria nº 302/2020, de 18/03/20, estabelecendo medidas temporárias para permitir a continuidade da prestação da tutela jurisdicional, sem prejuízo da saúde dos membros do Judiciário e dos jurisdicionados.

Para isso foram ampliados os regimes de teletrabalho nos órgãos jurisdicionais; e de acordo com o Art. 3º, da Portaria nº 302/2020 foi determinado que:

as sessões de julgamento dos órgãos do Tribunal, das Turmas Recursais, e de Uniformização Regional, dos Juizados Especiais Federais, e as de conciliação realizadas no âmbito dos Cejuscons, e do SISTCON, deverão ser realizadas, sempre que possível, virtualmente, por videoconferência ou outro recurso tecnológico que permita a participação à distância,²

Ademais, foi limitado o acesso à estrutura física do Tribunal, suspenso o acesso ao público externo em geral; além de outras medidas que priorizem o distanciamento social.

Não é somente no Judiciário que as relações estão sendo estabelecidas em ambiente virtual. Empresas, escolas, clínicas médicas e outros tipos de serviço estão se utilizando de plataformas digitais para dar continuidade às suas funções durante a pandemia.

Embora o home office tenha sido adotado em larga escala a partir da pandemia, a tendência é que as empresas deem continuidade a este modo de trabalho.³ Tudo

² Art. 3º, da **Portaria nº 302/2020**, de 18/03/20. Disponível em www.trf4.jus.br. Acesso em 30/06/2020.

³ “Trabalhar no coração pulsante do Facebook não vai necessariamente significar bater ponto todo dia na sede em Menlo Park. Em vídeo-conferência com funcionários da rede social nesta quarta-feira (21), o diretor executivo Mark Zuckerberg anunciou que setores da empresa irão trabalhar sob regime de teletrabalho indefinidamente, independente dos desdobramentos da pandemia. A decisão, segundo escreveu Zuckerberg em post na rede social, é uma estratégia de vantagens múltiplas: tem a ver com o novo coronavírus, claro, mas também há um impacto ambiental em motivar colaboradores a não dirigirem até o trabalho. Além do quê, segundo o próprio, pode ser uma oportunidade para “progredir em algumas tecnologias futuras que estamos desenvolvendo”. Por lá, o home office é uma ideia com amplo escopo. “Nos próximos 5 ou 10 anos, acho que podemos ter 50% de nossa força de trabalho operando remotamente”, projeta o CEO. (...) No Brasil, um primeiro gesto nesse sentido vem da XP Inc., empresa que na semana passada expandiu o regime de trabalho remoto até dezembro e flerta com a possibilidade de mantê-lo indefinidamente. “A nossa cultura permitiu um ajuste rápido ao cenário atual e a experiência está nos trazendo uma série de aprendizados que podem se transformar, de fato, em uma nova maneira de encarar a vida corporativa”, diz à InfoMoney Guilherme Sant’Anna, sócio e responsável pela área de gente e gestão da XP Inc.

O motivo por trás dessas decisões não é exatamente complicado. Por um lado, trabalho remoto significa a adoção de uma série de ferramentas e práticas, e é simplesmente improdutivo jogá-las todas fora depois de passada a crise. Por outro, estas companhias reconheceram o home office como um benefício para trabalhadores e a organização. “Mais da metade deles dizem que são ao menos tão produtivos quanto se estivessem trabalhando no escritório”, escreve Mark Zuckerberg. “Uns 40% estão

indica que também haverá uma mudança na atuação dos órgãos públicos, se levar em consideração os ideais de sustentabilidade que a população mundial deve atender para não comprometer cada vez mais o bem-estar da espécie humana.⁴

Como exemplo da ampliação do teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário, ocorreu com o cancelamento das perícias técnicas presenciais e com a regulamentação da teleperícia (perícia por videoconferência) mediante a publicação da Resolução nº 317/2020, pelo Conselho Nacional de Justiça.⁵ Assim dispõe o art. 1º:

Art. 10 As perícias em processos judiciais que versem sobre benefícios previdenciários por incapacidade ou assistenciais serão realizadas por meio eletrônico, sem contato físico entre perito e periciando, enquanto perdurarem os efeitos da crise ocasionada pela pandemia do novo Coronavírus.

Dentre as recentes evoluções na sociedade, a tecnologia da informação, representada pela universalização da internet e dos computadores, bem como pelo avanço da inteligência artificial, impactou na vida cotidiana, nas relações comerciais e nos meios de produção. Não menos relevante, a tecnologia vem moldando a forma de resolução de conflito, embora ainda seja visto como um mero procedimento de facilitação da comunicação entre as partes e o juízo.

Em paralelo a esta transformação social, a doutrina do direito processual civil vem se empenhando na máxima efetividade da tutela do direito. Técnicas processuais são desenvolvidas ou adaptadas com o intuito de garantir a fruição do direito material, escopo mais relevante que a própria forma em si, conforme o modelo instrumental e adequado do processo.

Cada avanço que o Judiciário realiza na administração da justiça que garanta a celeridade da prestação jurisdicional e a diminuição do custo do erário, mais difícil a

interessados no trabalho remoto em tempo integral". Já no caso da XP, um levantamento interno apontou mês passado que apenas 5% da equipe gostaria de trabalhar in loco todos os dias da semana - pesquisas de satisfação como esta foram o principal motor da decisão, diz o sócio." TEIXEIRA, Leonardo Ávila. **Empresas decidem fixar o home office na rotina mesmo após a pandemia**. Globo.com. 22/05/2020. Disponível em <https://gq.globo.com/Prazeres/Poder/noticia/2020/05/empresas-decidem-adotar-o-home-office-na-rotina-mesmo-apos-pandemia.html>. Acesso em 30/06/2020.

⁴ "Nessa perspectiva, eis o conceito proposto para o princípio da sustentabilidade: trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar." FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 45.

⁵ **Resolução nº 317/2020**. Disponível em www.atos.cnj.jus.br. Acesso em 01/07/2020

revogação desses atos depois que implementados em benefício do jurisdicionado e da justiça. O retorno à realização dos atos processuais com a presença física das partes deve ocorrer mediante decisão fundamentada com base nos princípios fundamentais do processo, verificando como a tutela jurisdicional pode ser prestada de maneira a garantir a efetividade das decisões, no menor tempo possível e sem violar os direitos de ação e os de defesa.

Isto porque o Direito Processual contemporâneo repousa no marco filosófico pós-positivista, que emprega relevância a outros campos do conhecimento, como a política, a moral e a ciência, para a construção do Direito. Além disso, é revalorizada a fundamentação racional, a justiça e a legitimidade democrática, indo além da legalidade estrita do positivismo.⁶

No Encontro Nacional de Tecnologia, Inovação e Cultura da Advocacia-Geral da União, ocorrido remotamente no dia 01^o/07/2020, o Presidente do Superior Tribunal de Justiça destacou que o uso da inteligência artificial possibilitou a celeridade na tramitação dos processos no tribunal, no que tange à triagem e seleção das matérias repetitivas.⁷

Considerando que a Constituição Federal garante um processo humanizado, com fundamento na dignidade da pessoa humana, além de consagrar como fundamentais os direitos referentes ao devido processo legal,⁸ o presente trabalho tem como objetivo discorrer minimamente sobre algumas garantias fundamentais do processo na perspectiva da prestação jurisdicional num ambiente virtual.

Em linhas gerais, o processo justo valoriza a atuação mais ativa do juiz para garantia de um perfil ético do processo, voltado para a lealdade processual e igualdade de oportunidade às partes.⁹

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: nos conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9^a ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 244

⁷ **Presidente do STJ destaca importância da inteligência artificial na gestão e no planejamento da Justiça**. 02/07/2020. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 02/07/2020

⁸ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: O processo justo. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Ano VII – n^o 14 – p. 9-68, abril/2002, p. 12.

⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani*. **Revista de Processo**, vol. 112/2003, p. 159-176, ou-dez/2003, p. 162

2 Garantias individuais do processo

2.1 Acesso amplo à justiça

A garantia do acesso à justiça não se restringe ao ajuizamento da ação, devendo ser observado durante todo o decorrer do trâmite processual.¹⁰ Ademais, não basta a concessão de um direito ao final do processo, é preciso garantir uma prestação jurisdicional efetiva e adequada.¹¹

O direito fundamental incide sobre todos os Poderes do Estado, os quais devem prover de meios à efetiva tutela do direito. Ao legislador cabe propor técnicas processuais que atendam a esse propósito, abrangendo procedimentos, decisões e meios executivos.¹²

Nesse sentido, é possível compreender que a utilização da tecnologia da comunicação e da inteligência artificial no processo judicial integra o conceito mínimo de acesso à justiça. Se a sociedade e o Estado têm o alcance destas inovações da tecnologia, criar obstáculos para sua utilização na prestação jurisdicional é uma forma de retardar a tutela do direito, não empregando um procedimento efetivo e adequado ao jurisdicionado. Mesmo se a lei for omissa quanto à previsão de novos recursos em benefício à efetiva tutela do direito, cabe ao juiz suprir esta omissão, com base na garantia do acesso à justiça.¹³

Embora seja evidente o progresso do uso da inteligência artificial no processo civil, não se deve perder de vista que a Constituição Federal estabelece uma série de princípios fundamentais que vinculam o Estado a oferecer um processo justo. Por isto, o processo eletrônico e a virtualização do processo devem ser configurados de modo a atender esses princípios, para que o processo continue pautado no diálogo humano.

¹⁰ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: O processo justo. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Ano VII – nº 14 – p. 9-68, abril/2002, p. 14.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Teoria do processo civil**. vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 239.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Teoria do processo civil**. vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 239.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Teoria do processo civil**. vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 243.

2.2 Imparcialidade do juiz

O direito ao acesso à justiça abrange o direito a um julgamento por um juiz imparcial.¹⁴ Segundo a doutrina, a imparcialidade é um aspecto subjetivo do comportamento do juiz e incide sobre determinado processo, devendo ser analisado caso a caso.¹⁵ São relevantes para esta garantia o menor impacto possível das condições pessoais e de prejulgamentos face a determinada questão no momento de elaboração das decisões.

De acordo com Juarez Freitas, nas decisões de natureza administrativa pode ocorrer uma confiança extremada do julgador, como se a autoridade estivesse acima do bem ou do mal.¹⁶ Do mesmo modo, se as decisões judiciais não forem justificadas racionalmente, não haverá certeza quanto à imparcialidade do julgador. É preciso conferir razões objetivas às escolhas a serem feitas na resolução do conflito, distanciando-se o máximo possível de fatores subjetivos que possam influenciar no julgamento.

A inteligência artificial pode ser uma ferramenta de auxílio ao juiz na elaboração de decisões, identificando os vieses cognitivos mediante o recolhimento anterior de dados sobre o julgador, com o intuito de evitar o subjetivismo na tomada de decisão.¹⁷ Como exemplo, o viés da confirmação é a predisposição de reunir informações que confirmem o que já havia sido decidido anteriormente, ofuscando as demais provas produzidas que refutam sua tese.¹⁸ Sendo identificado que o julgador reiteradamente inibe a produção de prova contrária à sua decisão, a tecnologia poderá auxiliá-lo a seguir alternativas que propiciem maior garantia no devido processo legal.¹⁹

¹⁴ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: O processo justo. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Ano VII – nº 14 – p. 9-68, abril/2002, p. 15.

¹⁵ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: O processo justo. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Ano VII – nº 14 – p. 9-68, abril/2002, p. 16.

¹⁶ FREITAS, Juarez. Teoria da Regulação administrativa sustentável. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 270, p. 117-145, set/dez. 2015, p. 130.

¹⁷ “When used in the administration of law specifically, AI tools may be used to mitigate human biases (...).Again, there is much to be gained if these tools are designed, developed, and deployed appropriately”.

WARD, Jeff. **From judiciary: 10 things judges should know about AI**. Disponível em www.judicialstudies.duke.edu. Acesso em 05/07/2020, p. 5.

¹⁸ FREITAS, Juarez. Teoria da Regulação administrativa sustentável. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 270, p. 117-145, set/dez. 2015, p. 125.

¹⁹ “We are uncomfortable with using these capabilities because we are uncomfortable with how the tools we create interfere with and replace the discretion of human judges. But these tools hold great promise if we can find ways for them assist judges in their exercise of discretion, rather than usurp them”. DONOHUE, Michael E. A replacement for justitia’s scales? Machine learning’s role in sentencing. **Harvard Journal of Law & Technology**, vol. 32, n. 2, p. 657-678, Spring, 2019, p. 659.

2.3 Juiz natural

O princípio do juiz natural visa resguardar que o julgamento de determinado caso não seja endereçado propositalmente para um juiz específico, o que influenciaria no resultado do processo.²⁰ Para que seja alcançado o processo justo, é preciso que os critérios de competência sejam objetivamente instituídos por lei, antes das questões de fato inerentes ao caso.²¹

Ademais, impõe o princípio que o juiz seja investido no órgão mediante critérios previamente estabelecidos, sem fundamento em aspectos subjetivos, visando evitar situações de imparcialidade no julgamento.²²

Athos Gusmão de Carneiro sintetiza a relevância do princípio do juiz natural:

O princípio do juiz natural, segundo Nelson Nery Junior (com remissão a Karl Schwab, Gomes Canotilho, Vital Moreira e Celso Bastos), consiste na exigência de determinabilidade, que é a prévia individualização dos juízes por meio de leis gerais; na garantia de justiça material, decorrente da independência e imparcialidade dos juízes; no estabelecimento de critérios objetivos para a fixação da competência dos juízes e na exata observância das determinações referentes à divisão funcional interna. Resta vetada, destarte, a designação, substituição ou convocação de juízes por parte do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, tarefa reservada com exclusividade ao próprio Poder Judiciário, em seu autogoverno.²³

Em razão da evolução e do amadurecimento democrático, é preciso que ocorra a revisão de alguns institutos jurídicos que interferem de algum modo no princípio do juiz natural, como por exemplo, o foro privilegiado, as razões de suspeição por motivo íntimo, convocação de juízes para exercer funções não previamente determinadas por lei, a opção pelo juizado especial, dentre outros.²⁴

Além da revisão dos institutos, novas situações devem ser confrontadas com o princípio do juiz natural para que fique assegurada a incerteza do resultado do processo, principalmente quando o processo civil passa ser organizado mediante uso da inteligência artificial e em ambiente virtual. O uso de novas tecnologias não garante em si a justiça do processo, devendo ser amplamente discutidos os critérios utilizados

²⁰ Art. 5º, LIII e XXXVII, da **CF/88**.

²¹ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: O processo justo. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Ano VII – nº 14 – p. 9-68, abril/2002, p. 19.

²² GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: O processo justo. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Ano VII – nº 14 – p. 9-68, abril/2002, p. 21.

²³ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

²⁴ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: O processo justo. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Ano VII – nº 14 – p. 9-68, abril/2002, p. 21 e 22

pela administração da justiça para a distribuição interna das funções. Não se deve crer que se trata de uma questão corporativa interna, mas sim de pressupostos básicos de garantia do juiz natural.

O uso de máquinas e de processos virtuais facilita a movimentação dos processos entre os órgãos jurisdicionais, podendo não ser transparente ao jurisdicionado como ocorre as distribuições, método adstrito à ciência da computação.

De acordo com o princípio, a competência deve ser estabelecida de forma aleatória, sem que ocorra a destinação do processo para determinado órgão sem observar critérios objetivos estabelecidos em lei.²⁵ Ademais, é preciso impedir a escolha do juiz pelas partes, como a formação de litisconsórcio facultativo após a concessão de tutela antecipada.²⁶ A virtualização do processo poderá colaborar com o princípio do juiz natural, evitando a escolha do juiz pelas partes, se a competência for pautada para melhor eficiência da tutela jurisdicional, e não territorialmente, visto que o processo judicial tramita num ciberespaço.²⁷

Mesmo que a virtualização do processo seja em benefício da celeridade e da economia processual, é preciso estabelecer previamente as regras de organização e distribuição de processos.

2.4 Inércia

Esse princípio, também conhecido como princípio da demanda, resguarda a liberdade individual de propor ou não uma ação e a de delimitar o seu mérito de acordo com a conveniência da parte (art. 5º, II, da CF).²⁸ O CPC /2015 previu o princípio no art. 2º, ao estabelecer que o processo começa por iniciativa da parte. Todavia, o princípio da demanda não impede o impulso oficial do processo pelo juiz, tendo sido expressamente permitido no mesmo art. 2º, do CPC/2015.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Teoria do processo civil**. vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 184.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Teoria do processo civil**. vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 184.

²⁷ MIRANDA, Amli Paula Martins de; GARCIA NETTO, Luiz da Rosa. **Geografia do ciberespaço: novos territórios da informação em rede**. Curitiba: Appris, 2014, p. 31.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Teoria do processo civil**. vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 270.

Embora o CPC tenha previsto que a condução do processo ocorrerá pela iniciativa do juiz, não significa que será ao arbítrio das partes, pois o modelo adotado pelo Código é o da colaboração.²⁹ Desta forma, o juiz deve conduzir o processo dialogando com as partes, com o dever de esclarecer, prevenir, debater e auxiliar as condutas da parte³⁰, visando a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Com base no modelo de colaboração, somada à informalidade inerente ao processo eletrônico, institutos processuais, como o da preclusão e do despacho saneador, devem ser interpretados de maneira mais coerente com esse novo ambiente de prestação jurisdicional, possibilitando maior flexibilidade quanto à modificação do objeto litigioso ao longo do processo para o alcance de uma decisão justa.³¹

Por fim, cabe uma reflexão sobre os atos praticados pelo juiz em benefício ao andamento processual. Se o processo não tramita em território físico, mas no ciberespaço, é relevante que seja de conhecimento das partes todos os atos praticados pelo juiz fora do ambiente virtual e que pode refletir na condução do processo. Como a regra é a transparência dos atos, não cabe ter uma parcela da realidade retratada virtualmente, devendo levar ao processo virtual toda a condução ocorrida no plano físico.

2.5 Contraditório

O processo deve ser conduzido pelo diálogo humano como meio de expressar as razões das partes e de antecipar o raciocínio do juiz ao fim da produção de provas e no momento anterior à decisão, visto que o processo civil deixou de ser uma relação triangular entre as partes e o juiz em seu trâmite.

O contraditório, inspirado no diálogo humano e na colaboração do juiz com as partes, deve reger a implementação do uso de inteligência artificial, seja na condução processual ou na fase de elaboração da decisão final. É preciso identificar os atos processuais imprescindíveis de participação humana, mesmo que ocorra por videoconferência, mas sempre a partir da perspectiva humanista e não da inteligência

²⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 52.

³⁰ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 68.

³¹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 118 e 119.

artificial. A defesa exercida mediante depoimento pessoal parece ser um exemplo a ser indagado a respeito da necessidade da presença do juiz no momento de colher as provas orais, mesmo que à distância.

Isso porque o contraditório passa a ser compreendido como o direito de se defender provando, refletindo na participação da produção de provas, no prazo para a prática do ato, na apresentação da prova em momento prévio da decisão, etc.³² O direito à prova não se esgota no pedido de sua produção, mas interfere em toda a fase instrumental.

Para que seja observada a igualdade processual entre as partes, é importante que o juiz esteja atento à paridade de armas, ou seja, as partes devem ter a mesma oportunidade de produção de provas.³³ Logo, se o Judiciário tem como meta a virtualização do processo é preciso garantir o acesso à tecnologia aos jurisdicionados, indistintamente, de modo a não prejudicar a parte menos favorecida. A expansão da prestação jurisdicional em ambiente digital deve ocorrer em paralelo à uma evolução civilizatória na sociedade, permitindo o acesso de seus cidadãos às mesmas condições e inovações tecnológicas. A parte não pode ser prejudicada por não possuir meios adequados de participação em processo eletrônico ou alguma outra forma de ato processual virtual.³⁴

Também em referência ao contraditório, a proibição de provas ilícitas³⁵ adquire novas feições com a virtualização do processo. Não sendo as informações pessoais no ciberespaço sempre devidamente protegidas, o direito processual civil deve garantir que provas não sejam obtidas de forma a violar princípios inerentes à navegação pela internet, como por exemplo, hackear dados de um computador pessoal para usar como elementos de prova. É preciso um amplo debate para verificar o uso de prova ilícita num contexto em que se busca a ética processual como pressuposto de um Estado Democrático de Direito.

³² GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: O processo justo. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Ano VII – nº 14 – p. 9-68, abril/2002, p. 23 e 24.

³³ COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatistica. **Revista de Processo**, vol. 108/2002, p. 133 – 183, out-dez/2002, p. 140.

³⁴ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: O processo justo. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Ano VII – nº 14 – p. 9-68, abril/2002, p. 24.

³⁵ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: O processo justo. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Ano VII – nº 14 – p. 9-68, abril/2002, p. 24.

3 Garantias estruturais

3.1 Permanência da jurisdição

O exercício da jurisdição deve ocorrer de modo estável e duradouro. Além disso, as organizações dos órgãos jurisdicionais devem ter como escopo a racionalização do trabalho e o acesso à justiça, não podendo criar alguma fragmentação entre os juízos que os deixem suscetíveis a pressões irresistíveis.³⁶ A existência simultânea da prestação da tutela por processo físico e por processo eletrônico, sendo que alguns órgãos exercem sua função somente em ambiente virtual, sendo que outros ainda atuam em processos físicos, gerando uma divisão na carreira dos juízes, o que poderia refletir na estabilidade da função jurisdicional, e por conseguinte, na independência do juiz.

Logo, é preciso estudar se é compatível com a estabilidade da função jurisdicional a existência de processo físico, apesar do avanço do uso da virtualização dos atos processuais.

3.2 Independência dos juizes

A independência é um atributo do juiz,³⁷ o qual não pode sofrer pressão ilegítima no exercício da sua função de qualquer autoridade. O dever de respeitar a lei e o precedente não fere a independência do juiz.

O uso da inteligência artificial no exercício da função jurisdicional pode significar uma influência na independência do juiz, dependendo de como são utilizados os dados coletados e preestabelecidos num programa que pode induzir na elaboração da decisão judicial, violando ideais éticos que devem ser perseguidos num processo justo.³⁸

³⁶ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: O processo justo. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Ano VII – nº 14 – p. 9-68, abril/2002, p. 29.

³⁷ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: O processo justo. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Ano VII – nº 14 – p. 9-68, abril/2002, p. 30.

³⁸ “But AI is not magic. Quite to the contrary, all AI tools are the product of intentional human design, woven from ong-held understanding of statistical methodologies, the growing insights of computer Science, and the human mind”. WARD, Jeff. **From judicature: 10 things judges should know about AI**. Disponível em www.judicialstudies.duke.edu. Acesso em 05/07/2020, p. 3.

O projeto de uso da inteligência artificial deve ser amplamente debatido pela doutrina, pelos Poderes e pela sociedade. Devem ser estabelecidos observatórios para acompanhar o desenvolvimento da inteligência artificial na prestação jurisdicional, evitando-se arbitrariedades que podem ocorrer no estabelecimento de critérios do uso de dados. Segundo Jeff Ward, se não pensarmos que a inteligência artificial é uma ferramenta desenvolvida pelo ser humano, estaremos transferindo responsabilidades e a própria atuação às companhias de tecnologia, limitando a função jurisdicional do juiz.³⁹

3.3 Igualdade concreta

Se a igualdade concreta é alcançada pela função assistencial do juiz, visando a paridade de armas no processo, pode-se afirmar que a igualdade material é um escopo do modelo colaborativo. No atual modelo organizacional, o Estado-juiz deve garantir que nenhuma parte esteja em posição de desvantagem em sua atuação processual, seja pela representação técnica ou por algum obstáculo ilegítimo.

Com fundamento na igualdade concreta, as prerrogativas processuais devem ser revisadas no processo eletrônico, considerando que algumas razões de sua existência não mais persistem, como por exemplo, a intimação pessoal prevista no art. 183, §1º, do CPC. A Lei nº 11.419/2006 dispõe que a publicação eletrônica substitui a publicação oficial (art. 4º, §2º), sendo que será considerada a parte intimada quando efetivamente fizer a consulta eletrônica do teor da intimação (art.5º, §1º). No art. 5º, § 6º, da Lei nº 11.419/2006, é estabelecido que “as intimações feitas na forma deste artigo, inclusive da Fazenda Pública, serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais”. A previsão de prerrogativas processuais somente deve existir para permitir a paridade de armas, mas caso o obstáculo seja removido, não faz sentido a permanência de regras processuais mais favoráveis a uma das partes.

Ainda sobre a igualdade concreta, a assistência judiciária para uma defesa tecnicamente adequada é também um pressuposto para um processo justo.⁴⁰ A desigualdade deve ser suprida com a iniciativa do juiz, assegurando que a parte seja assistida integralmente. Num contexto de inteligência artificial, indaga-se se a

³⁹ WARD, Jeff. **From judicature: 10 things judges should know about AI**. Disponível em www.judicialstudies.duke.edu. Acesso em 05/07/2020, p. 3.

⁴⁰ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: O processo justo. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Ano VII – nº 14 – p. 9-68, abril/2002, p. 34.

assistência judiciária pode ser suprida por algum programa criado para essa função, oferecendo à parte os serviços advocatícios com potencial qualidade, principalmente no que se refere à pesquisa de jurisprudência e de precedente.⁴¹

3.4 Inexistência de obstáculos ilegítimos

Os obstáculos ilegítimos constituem dificuldades existentes ao acesso à justiça decorrente de interesse acessório à tutela do direito. No processo físico era comum a existência de jurisprudência defensiva, restringindo o acesso aos tribunais em razão de alguma formalidade ilegítima. O Superior Tribunal de Justiça considerava o recurso intempestivo quando o carimbo do protocolo era ilegível e, por isso, impossibilitava a contagem do prazo processual, conforme a decisão abaixo:

Mediante análise dos autos, verifica-se que a data do protocolo do recurso especial está ilegível (fl. 210), não sendo possível verificar a sua tempestividade. Registre-se que há certidão atestando que a ilegibilidade é originária dos autos físicos (fl. 258). Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento jurisprudencial no sentido de que é dever da parte, constatada a ilegibilidade do carimbo de protocolo, providenciar certidão da Secretaria de Protocolo do Tribunal de origem a fim de possibilitar a verificação da tempestividade recursal. Nesse sentido, os seguintes precedentes: AgRg no AREsp 180.403/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 27/11/2013; AgRg nos EDcl no AREsp 348.817/SC, 3ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 14/11/2013; AgRg no Ag 1.343.027/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe de 25/3/2013. Ante o exposto, com fulcro no art. 1º da Resolução STJ n.º 17/2013, nego seguimento ao recurso. (AgRg no AREsp 681.360/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 13.08.2015)

Importante destacar que o art. 4º do CPC/2015 consagrou o princípio da primazia do mérito, o qual repele do processo civil a tão combatida jurisprudência defensiva.⁴² Trata-se de um princípio que privilegia a análise do mérito em detrimento de algum requisito formal que possa ser corrigido pela parte ou simplesmente não

⁴¹ “AI can guide court users to navigate many legal issues without the need for a lawyer”. GREENSTEIN, Marla N. **AI and a judge’s ethical obligations**. Disponível em www.americanbar.org/groups/judicial/publications/judges_journal/2020/winter. Acesso em 05/07/2020.

⁴² CÂMARA, Alexandre Freitas. **O princípio da primazia da resolução do mérito e o Novo Código de Processo Civil**. Disponível em www.genjuridico.com.br. Acesso em 05/07/2020.

atendido em razão de sua insignificância. Como já exposto, o modelo colaborativo permite que o juiz atenda o princípio da primazia do mérito assistindo às partes na correção da formalidade, visando a tutela do direito, que é o escopo do processo.

Logo, deve-se atentar para que o processo eletrônico não faça surgir novas formalidades ilegítimas para as partes. Além disso, o ciberespaço é organizado conforme a vontade daquele que idealizou a plataforma, de maneira que é possível ofertar ao jurisdicionado acessibilidade ao sistema, disponibilizando ferramentas de fácil compreensão e sem a necessidade de supervisão.

A Lei dos Juizados Especiais Federais (lei nº 10.259/2001) prevê no art. 14 o pedido de uniformização de interpretação de lei federal “quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei”.⁴³ O pedido de uniformização é disciplinado pelo Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), o qual prevê no art. 14 o exame de admissibilidade do recurso, estabelecendo que não haverá sua admissão quando não for juntada a cópia do acórdão paradigma, salvo exceções.

V – não admitir o pedido de uniformização de interpretação de lei federal, quando desatendidos os seus requisitos, notadamente se: a) não indicado paradigma válido, com a devida identificação do processo em que proferido; b) não juntada cópia do acórdão paradigma, salvo quando se tratar de julgado proferido em recurso repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça ou recurso representativo de controvérsia pela Turma Nacional de Uniformização; c) não demonstrada a existência de similitude, mediante cotejo analítico.⁴⁴

Considerando o princípio da primazia do mérito e a prestação jurisdicional em ambiente virtual, onde o acesso à informação é bastante expandido, o requisito de anexar uma peça disponível eletronicamente para o juízo e para as partes, pode ser considerado um formalismo exacerbado, incoerente com a cultura do ciberespaço.

Outro obstáculo ilegítimo a ser considerado a partir da virtualização do processo, mas que necessitaria de averiguação pela administração da justiça, seria a manutenção dos mesmos valores das custas processuais cobrados no processo físico. Se a prestação da tutela ocorre em ambiente virtual, não exigindo prédios suntuosos e

⁴³ Art. 14 da **Lei nº 10.259/2001**. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 05/07/2020.

⁴⁴ Art. 14, V, “a”, “b” e “c”, da **Resolução nº. 586/2019** do Conselho da Justiça Federal, de 30 de setembro de 2019. Disponível em www.cjf.jus.br. Acesso em 05/07/2020.

gastos inerentes a um local físico, é possível considerar que haja diminuição do dispêndio do erário no exercício da função. Sendo assim, é dever do Estado diminuir as custas ao jurisdicionado proporcionalmente à economia realizada com a virtualização processual. O acesso à justiça garante que as custas devem ser módicas para que se tornem um obstáculo à tutela do direito.⁴⁵ Ademais, a cobrança que não atenda ao interesse do processo justo, mas somente aos interesses acessórios, deve ser refutada pelo Estado. É evidente que o uso da inteligência artificial pode provocar um custo para o Judiciário, porém deve-se exigir a transparência dos gastos realizados na função jurisdicional para fundamentar as custas pagas pelo jurisdicionado. De acordo com a lição de Leonardo Greco, o obstáculo financeiro, típico do Estado patrimonial, é incompatível com efetividade da tutela jurisdicional.⁴⁶

De acordo com a reportagem do Correio Braziliense, o Estado planeja manter o home office no pós-coronavírus, em razão do corte de gastos que tem acontecido durante a pandemia.⁴⁷

A Associação Contas Abertas constatou um corte de R\$ 40,4 milhões nos gastos do Executivo, do Judiciário e do Legislativo com mobiliário, além de uma diminuição de R\$ 13,9 milhões com locação de imóveis; R\$ 8,5 milhões, com material de consumo; e R\$ 8,3 milhões, com material de expediente, entre março e maio deste ano. Também foram observadas reduções significativas nos pagamentos de auxílio-transporte (redução de R\$ 34,1 milhões) e adicional de periculosidade (menos 22 milhões).⁴⁸

Nesta mesma linha, defende Luiz Alberto Reichelt que o excesso de despesa pelo jurisdicionado resulta num obstáculo econômico ao acesso de justiça:

A existência de despesas a serem suportadas não raro acaba por desestimular as pessoas que, estando diante de lesões ou ameaças de lesões a direitos, acabam por não as trazer a conhecimento do Poder Judiciário.

Há que se considerar, nesse sentido, que, como regra geral, a prestação das atividades desenvolvidas pelo Poder Judiciário é condicionada ao custeio das despesas

⁴⁵ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: O processo justo. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Ano VII – nº 14 – p. 9-68, abril/2002, p. 36.

⁴⁶ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: O processo justo. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Ano VII – nº 14 – p. 9-68, abril/2002, p. 37.

⁴⁷ BARBOSA, Marina. **Home office de servidores gera corte anual de gastos de até R\$ 500 milhões**. Correio Braziliense. 05/07/2020. Disponível em www.correiobraziliense.com.br. Acesso em 05/07/2020.

⁴⁸ BARBOSA, Marina. **Home office de servidores gera corte anual de gastos de até R\$ 500 milhões**. Correio Braziliense. 05/07/2020. Disponível em www.correiobraziliense.com.br. Acesso em 05/07/2020.

processuais. Tais despesas, referidas no art. 84 do CPC, envolvem não só a remuneração de servidores públicos, mas também a da estrutura física e tecnológica disponibilizada para o exercício da jurisdição. O legislador alarga o referido conceito de modo a nelas incluir, ainda, a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico e a diária de testemunha que são pagas para sujeitos que não fazem parte da estrutura do Estado.⁴⁹

3.5 Efetividade qualitativa

Conforme entendimento da doutrina, a efetividade da prestação jurisdicional não se esgota com a sentença, mas com a execução do seu comando, permitindo que o jurisdicionado usufrua do seu direito declarado.⁵⁰ Nesta linha, os atos processuais de execução seriam mero desdobramento do direito de ação, exercido desde o início da demanda e ainda não concluído pelo não cumprimento da sentença.⁵¹

A doutrina clássica entende o processo como uma situação de neutralidade, em que o tempo deve ser repartido igualmente entre autor e réu. Essa compreensão resultou na demora da efetividade da tutela jurisdicional, visto que todo o sistema é garantido em benefício do réu, com a previsão de recursos com efeito suspensivo e postergando o cumprimento da tutela para além do trânsito em julgado da decisão final.

Assim, para a efetividade da tutela jurisdicional é preciso equacionar o peso do tempo, utilizando-se de técnicas processuais, como a antecipação da tutela, para a “neutralização dos males oriundos do tempo necessário para a obtenção da tutela jurisdicional final”.⁵² A neutralidade temporal do processo dá-se em prejuízo do autor que tem razão, podendo ao final não usufruir do seu direito, caso o prolongamento excessivo da duração do processo impeça, por algum context fático, a tutela do

⁴⁹ REICHELDT, Luiz Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e a sua densificação no Novo CPC. ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER Jr., Fredie (org.). **Teoria geral do processo**, vol I, 2ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 1148.

⁵⁰ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: O processo justo. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Ano VII – nº 14 – p. 9-68, abril/2002, p. 37. “Não há dúvida que o direito à tutela jurisdicional efetiva engloba o direito à execução das execuções”. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 203.

⁵¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Cognição do juiz na execução civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 107.

⁵² MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 153

direito.⁵³

Se for considerado o tempo como um ônus que deve recair para alguma das partes, a virtualização do processo pode ser uma ferramenta capaz de facilitar a fruição imediata da tutela do direito, visto que há uma preferência do exercício de atos processuais eletrônicos. Sendo os atos executivos realizados eletronicamente, de forma simplificada como ocorre com os atos cognitivos, não há dúvida que haverá favorecimento ao acesso à justiça. Além disso, a forma como o processo eletrônico está disponível aos servidores, às partes e aos terceiros interessados, facilita o cumprimento da decisão, alternando os atos de execução com os de cognição num mesmo sistema de informática.

Nos processos eletrônicos que tramitam nos juizados especiais federais, as intimações da antecipação de tutela são realizadas, em geral, diretamente ao órgão administrativo responsável pelo cumprimento, as Centrais de Análise de Benefícios para Atendimento de Demandas Judiciais - CEAB/DJ (INSS) quando se tratar de implantação ou reativação de benefício auxílio-doença, conforme diretrizes da Portaria Conjunta INSS/PFE nº 2, de 12/03/2020⁵⁴. A intimação é realizada eletronicamente, dentro do processo judicial onde foi proferida a decisão. Essa medida não deixa dúvida acerca da prevalência da informalidade e da celeridade na prestação jurisdicional via *online*.

Portanto, a virtualização processual muito tem a contribuir para a efetividade da tutela jurisdicional, se o Estado estiver determinado a organizar uma plataforma digital com base nos princípios fundamentais do processo.

Conclusão

O uso da tecnologia no processo não é um acontecimento recente, tampouco motivado pela pandemia do COVID-19.⁵⁵ Todavia, nota-se que houve um aceleração do uso dos meios digitais, possibilitando o trabalho remoto e também o

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 205.

⁵⁴ Portaria Conjunta INSS/PFE, n. 2 de 12/03/2020. Disponível: <http://www.normaslegais.com.br/legislacaopfe-2-2020.htm>. Acesso em: 05/07/2020.

⁵⁵ “A revolução tecnológica já está chegando à justiça e ao processo, como condição indispensável para enfrentar os desafios do aumento da litigiosidade na sociedade massificada”. GRECO, Leonardo. **A revolução tecnológica e o processo**. 15/09/2000, p. 89 Disponível em www.academia.edu. Acesso em 09/07/2020.

uso de plataformas que contribuem para a permanência do diálogo humano, sem riscos à saúde pública.

Nesta mesma linha os tribunais estão projetando a utilização da inteligência artificial na prestação da tutela jurisdicional, bem como a expansão do home office, de modo a impulsionar o acesso à justiça frente aos obstáculos comuns do processo físico.

Embora sejam evidentes os benefícios, há um caminho a trilhar. A resistência cultural ao uso da tecnologia na prestação de serviços, bem como a atenção que deverá ser dada para garantir que não haja violação ao processo justo em virtude da afobação de solucionar a mora da justiça mediante o uso da tecnologia, ainda se fazem obstáculos.

Trata-se de um cenário desafiador para todas as ciências, inclusive para o estudioso do Direito, mas que poderá fortalecer a civilização e a democracia se a inteligência artificial e os meios de comunicação observarem os princípios fundamentais a partir de uma leitura evolutiva.

Referências

BARBOSA, Marina. **Home office de servidores gera corte anual de gastos de até R\$ 500 milhões.** Correio Braziliense. 05/07/2020. Disponível em: www.correiobraziliense.com.br. Acesso em 05/07/2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 9^a ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.259/2001.** Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 05/07/2020

BRASIL. **Resolução nº. 586/2019.** Disponível em www.cjf.jus.br. Acesso em 05/07/2020

BRASIL. **Portaria nº 302/2020.** Disponível em www.trf4.jus.br. Acesso em 30/06/2020.

BRASIL. **Resolução nº 317/2020.** Disponível em www.atos.cnj.jus.br. Acesso em 01/07/2020.

BRASIL. **Portaria Conjunta INSS/PFE nº 2, de 12/03/2020.** Disponível em www.normaslegais.com.br/legislacao/portaria-conjunta-inss-pfe-2-2020.htm. Acesso em 05/07/2020.

BRASIL. **Presidente do STJ destaca importância da inteligência artificial na gestão e no planejamento da Justiça.** 02/07/2020. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em 02/07/2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O princípio da primazia da resolução do mérito e o Novo Código de Processo Civil.** Disponível em www.genjuridico.com.br. Acesso em 05/07/2020.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência.** 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani.* **Revista de Processo**, vol. 112/2003, p. 159-176, ou-dez/2003.

_____. *Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatistica.* **Revista de Processo**, vol. 108/2002, p. 133 – 183, out-dez/2002.

DONOHUE, Michael E. *A replacement for justitia’s scales? Machine learning’s role in sentencing.* **Harvard Journal of Law & Technology**, vol. 32, n. 2, p. 657-678, Spring, 2019.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____. Teoria da regulação administrativa sustentável. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, v. 270, p. 117-145, set/dez. 2015.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: O processo justo. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Ano VII – nº 14 – p. 9-68, abril/2002.

GREENSTEIN, Marla N. **AI and a judge’s ethical obligations.** Disponível em www.americanbar.org/groups/judicial/publications/judges_journal/2020/winter. Acesso em 05/07/2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Teoria do processo civil.** vol. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Amlí Paula Martins de; GARCIA NETTO, Luiz da Rosa. **Geografia do ciberespaço: novos territórios da informação em rede.** Curitiba: Appris, 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória.** 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

REICHELDT, Luiz Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e a sua densificação no Novo CPC. ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER Jr.,

Fredie (org.). **Teoria geral do processo**, vol I, 2^a ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Cognição do juiz na execução civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

TEIXEIRA, Leonardo Ávila. **Empresas decidem fixar o home office na rotina mesmo após a pandemia**. Globo.com. 22/05/2020. Disponível em <https://gq.globo.com/Prazeres/Poder/noticia/2020/05/empresas-decidem-adotar-o-home-office-na-rotina-mesmo-apos-pandemia.html>. Acesso em 30/06/2020.

ARD, Jeff. **From judicature: 10 things judges should know about AI**. Disponível em www.judicialstudies.duke.edu. Acesso em 05/07/2020.

30. A PANDEMIA DE COVID-19 ENQUANTO FATOR DE ACELERAÇÃO DA INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO NO BRASIL

THE COVID-19 PANDEMIC WHILE A SPEED UP FACTOR OF INFORMATIZATION OF LEGAL PROCESS IN BRAZIL



<https://10.0.142.240/10.36592/9786587424149-30>

Gustavo de Souza Fontana¹

Resumo

O presente artigo pretende analisar o cenário da informatização do processo eletrônico no Brasil e os reflexos trazidos pela pandemia de Covid-19 nesse sentido, com a inevitável desterritorialização do direito como conhecemos atualmente.

Palavras-chave: Coronavírus. Pandemia. Processo eletrônico.

Abstract

The present article intends to analyse the informatization of electronic process scenario in Brazil and the reflexes brought by the Covid-19 pandemic in this sense, with the unavoidable deterritorialization of Law as we know nowadays.

Keywords: Coronavírus, Pandemic, Electronic Process.

Introdução

O avanço alcançado pela tecnologia nos últimos anos pressiona a sociedade em todas as suas esferas de atuação, não sendo diferente no campo jurídico.

O desafio de modernização da jurisdição, não comportando mais seu desenvolvimento em meios arcaicos de organização do trabalho cartorário fundado em um processo de papel, vem ao encontro dos anseios de um cotidiano que tem no imediatismo próprio da revolução digital sua mola propulsora e pressiona o Poder Judiciário, bem como todos os demais profissionais que de alguma forma militam na

¹ Mestrando pela PUCRS. Bacharel em Direito, Especialista em Direito Público e Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogado.. O material em questão foi apresentado para publicação pela mesma instituição, sob orientação e coordenação do Professor Doutor Luis Alberto Reichelt.

área do direito, a inovarem as formas de desenvolver as atividades processuais tradicionais.

Porém, o desenvolvimento até o momento tímido que vinha sendo realizado, com o estabelecimento de um processo eletrônico em âmbito nacional, é atingido frontalmente pela pandemia do “novo coronavírus” e a necessidade de que novas formas de organização do trabalho judiciário sejam estabelecidas para a manutenção da atividade judicatória e, via de consequência, da confiança social na atuação do sistema de justiça brasileiro.

Cientes de tais minúcias, será feita uma análise, a qual desde já não se sugere definitiva ou absoluta em seu acerto, dos impactos já sofridos e a serem enfrentados pelo processo em razão do avanço de novas tecnologias e da exigência social de qualificação cada vez maior da jurisdição e das decisões que produz, mormente em um mundo assolado por uma epidemia de grandes proporções.

1 O caminho sem volta (?) da informatização do direito

Ao Direito cabe acompanhar as mutações sociais em marcha, sob pena de não mais lograr êxito em seu papel de ferramenta para o controle social², especialmente o ramo processual³, enquanto meio disponível para perfectibilização do direito material, devendo observar com maior atenção a velocidade que os agentes sociais exigem hodiernamente, além das inovações trazidas no campo da informação e comunicação⁴,

² “Vivemos numa sociedade altamente complexa, o que acaba por vezes criando diferenciadas relações humanas. Consequentemente, na medida em que essas relações se intensificam, os conflitos sociais também tendem a surgir. Desta feita, ao direito é transferido o destino de regular ditas relações, haja vista que existe uma íntima relação entre direito e sociedade, derivada da função que o primeiro exerce sobre o segundo, que é a função ordenadora decorrente da coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, organizando a cooperação entre pessoas e compondo os conflitos que se verificam entre os seus membros”. GONZAGA, Márcio de Borba. A efetividade do processo na perspectiva dos sujeitos da relação processual. In Tellini, Denise Estrela; Jobim, Geraldo Cordeiro; Jobim; Marco Félix (Org). **Tempestividade e Efetividade Processual: Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro**. Caxias do Sul: Plenum, 2010. p. 534.

³ E a lógica de que o tempo é um tema de extrema relevância para o processo é coadunada por José Rogério Cruz e Tucci, chegando este a defender “que se desfira obstinada luta contra o tempo, que é um implacável inimigo do processo”. CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo - uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 146.

⁴ “Passando à análise da relação entre tempo e direito, é possível perceber que o processo, enquanto instrumento ou método de aplicação do direito, não fica alheio às modificações do paradigma temporal. As revoluções da informação e das comunicações evidentemente lhe atingem. Afinal, informação e comunicação estão no cerne do procedimento, sendo reconhecível que a marcha processual limita-se em grande parte à recolha e ao intercâmbio de informações e à comunicação com/entre as partes, outros operadores jurídicos e estratos da sociedade. Considerando-se o assunto de outra maneira, ao processo, aplicam-se algumas inovações tecnológicas, o que pode resultar em otimização de esforços com

visando garantir um andamento tempestivo de seus atos para resolução de conflitos, cumprimento de deveres e defesa de direitos.

Nesse novo cenário, institutos jurídicos, vistos até então de forma dogmática, são enfrentados por transformações irresistíveis que pressionam a jurisdição de forma inédita no processo de amadurecimento da justiça. Um verdadeiro furacão digital deita ao chão conceitos construídos ao longo de séculos pela ciência jurídica e deixa atônitos profissionais que foram moldados para atuar em um direito baseado em processos de papel e ritos cartorários imutáveis.

Um exemplo dessa inflexão na prática jurídica pode ser observado nos Países Baixos. No ano de 2013, o país realizou reformas que extinguiram três Tribunais de Apelação e dezessete comarcas de primeiro grau, uma vez que estes se demonstraram desnecessários, além de representarem um custo financeiro importante, por força da implementação do processo em meio eletrônico⁵.

No Brasil a modernização do campo jurídico começa a se fazer sentir com bastante contundência, especialmente após a entrada em vigor da Lei 11.419/06, tratando da “informatização do processo judicial”, que uniformizou e sistematizou práticas esparsas que vinham sendo realizadas pelos Tribunais no tocante à modernização de seus processos. Esta legislação torna definitiva a tramitação digital do processo em todas as esferas jurídicas, razão pela qual é referenciada como “Lei do Processo Eletrônico” ou “Lei da Informatização do Processo Judicial”, facultando aos Tribunais o desenvolvimento de sistemas para a tramitação de processos que se utilizem, especialmente, da rede mundial de computadores, bem como define a possibilidade de assinatura eletrônica de documentos. Ainda que a citada Lei não tenha disposto uma obrigação de adoção dos processos judiciais eletrônicos, sobreveio a Resolução 185/2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), fixando metas de implementação aos órgãos judiciários de primeira e segunda instâncias⁶.

Na prática judicial brasileira já se nota uma transformação impactante no que toca ao uso de meios digitais, como no âmbito da Justiça Federal, com o ingresso da quase totalidade de novos processos através do sistema informatizado, destacando-se

consequente reflexo no tempo da tramitação” ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 281.

⁵ FREITAS, Vladimir Passos de. **O princípio do juiz natural em um mundo em transformação**. Revista Consultor Jurídico, 23 de setembro de 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-set-23/segunda-leitura-principio-juiz-natural-mundo-transformacao>. Acesso em 22 de abril de 2020.

⁶ NEVES, Aline Regina das; CAMBI, Eduardo. **Processo e tecnologia: do processo eletrônico ao plenário virtual**. Revista dos Tribunais. vol. 986. p. 87 – 110. Dez/2017.

a Justiça Trabalhista que teve no ano de 2018, período do último levantamento realizado pelo CNJ, todos os seus novos processos tramitando de forma eletrônica. Na esfera da Justiça Estadual a adoção de novas tecnologias vem avançando de maneira consistente, embora em ritmo mais lento que o imprimido pela Justiça Federal, conforme pode ser atestado dos números do CNJ relativos, também, ao ano de 2018, os quais demonstram que vários Tribunais do país já recebem a totalidade de seus novos processos pela plataforma de processo eletrônica, enquanto outros, como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), tem um índice inferior à 50% de casos novos protocolados pela via digital⁷.

Essa política de adoção pelos Tribunais de plataformas digitais para o andamento de processos, além de ter um impacto importante no que toca ao acesso à

⁷ Segundo o relatório de 2019 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), relativo ao exercício de 2018, “apenas 16,2% do total de processos novos ingressaram fisicamente. Em apenas um ano, entraram 20,6 milhões de casos novos eletrônicos. Nem todos esses processos tramitam no PJe, pois a Resolução CNJ 185/2013, que instituiu o PJe, abriu a possibilidade de utilização de outro sistema de tramitação eletrônica em caso de aprovação de requerimento proposto pelo tribunal, em plenário. A exigência, no caso de autorização, é que os tribunais adotem o Modelo Nacional de Interoperabilidade (MNI). Nos 10 anos cobertos pela série histórica, foram protocolados, no Poder Judiciário, 108,3 milhões de casos novos em formato eletrônico. É notória a curva de crescimento do percentual de casos novos eletrônicos, sendo que no último ano o incremento foi de 4,4 pontos percentuais. O percentual de adesão já atinge 83,8%.

Destaca-se a Justiça Trabalhista, segmento com maior índice de virtualização dos processos, com 100% dos casos novos eletrônicos no TST e 97,7% nos Tribunais Regionais do Trabalho, sendo 93,6% no 2º grau e 99,9% no 1º grau e com índices muito semelhantes em todos os Tribunais Regionais do Trabalho, mostrando a existência de um trabalho coordenado e uniforme neste segmento. Na Justiça Eleitoral, o PJe passou a ser adotado apenas em alguns poucos tribunais, em 2017. Apesar de ser o segmento com menor percentual de casos novos eletrônicos, é o de maior avanço, já que em 2018 todos os TREs já possuíam ao menos uma parcela dos processos ingressando no PJe (de 11,4% para 32,5%). A Justiça Militar Estadual começou a implantação do Processo Judicial Eletrônico (PJe) ao final de 2014, mas ainda abarca apenas 41,1% dos casos novos, talvez em razão de seus processos de natureza criminal. Na Justiça Federal, 81,8%, e na Justiça Estadual, 82,6%.

Outros onze tribunais se destacam positivamente por terem alcançado 100% de processos eletrônicos nos dois graus de jurisdição: TJAC, TJAL, TJAM, TJMS, TJSE, TJTO, STM, TRT11, TRT13, TRT7, TRT9. Na Justiça Eleitoral, chama atenção o resultado do TRE-DF. Com 97,5%, é o único a superar a marca de 90% de casos novos eletrônicos. Na Justiça Estadual, constata-se que alguns tribunais ainda estão em processo de implementação da política de entrada de casos novos por meio eletrônico, com índice inferior a 50%: TJES, TJMG, TJRS”. Justiça em Números 2019: ano-base 2018. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em 03 de maio de 2020. p. 95 – 96.

justiça⁸ e à preservação do meio ambiente⁹, possibilita a utilização de ferramentas que podem trazer um grande ganho de eficiência¹⁰ e, até mesmo, de qualidade na prestação

⁸ “Não há dúvida de que a implantação de um modelo de processo conduzido digitalmente significa, em certa medida, o aprimoramento do acesso à justiça. Afinal, em um território tão extenso quanto o brasileiro, a mera possibilidade de se peticionar pela via eletrônica, que torna desnecessário, por exemplo, o deslocamento até o fórum – ou, ainda, a contratação de ‘advogados correspondentes’, ao menos para tal finalidade –, já representa, por si só, grande avanço para o ingresso dos cidadãos no Poder Judiciário

São inúmeros os benefícios advindos da informatização do processo, que permitiu não só a prática e a comunicação de atos por meios digitais, como também o acompanhamento de processos à distância, com base em novos expedientes como o já mencionado ‘peticionamento eletrônico’ ou, ainda, o acesso a autos digitais. A consequência é a extinção de diversos atos burocráticos que só corroboravam para a morosidade do Poder Judiciário – tempos mortos do processo, em conhecida referência –, tais como o protocolo e o encaminhamento de petições pela via física, a juntada de peças e a numeração de folhas dos autos por serventuários, entre muitos outros.

Todos esses avanços contribuem para um maior e mais amplo acesso à justiça. Não só por facilitar a própria entrada no Poder Judiciário, mas também – e principalmente – por viabilizar melhores condições para um processo devido. Como se sabe, o princípio de acesso à justiça – também conhecido como princípio da inafastabilidade da jurisdição, consubstanciado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal – engloba o direito fundamental de ação, qualificado por todos os corolários do princípio do devido processo legal, que devem ser observados para garantir a sua eficácia. Assim é que, proporcionando um ambiente mais adequado e eficiente para o desenrolar do litígio, o processo eletrônico acaba por ampliar o princípio de acesso à justiça em todo o seu alcance”. ROCHA, Henrique de Moraes Fleury da. **Garantias fundamentais do processo sob a ótica da informatização judicial**. Revista de Processo. vol. 267. p. 129 – 170. Maio/2017.

⁹ Aline Regina das Neves e Eduardo Cambi asseveram esse benefício ambiental advindo da adoção do processamento eletrônico: “A utilização do processo eletrônico reforça o propósito de sustentabilidade, já que contribui para a preservação dos materiais utilizados na tramitação física e materialização dos processos.

Conforme dados expostos por Tarcísio Teixeira, antes do processo eletrônico, por ano, eram consumidas 46 mil toneladas de papel pelos processos judiciais impressos no Brasil, o que equivale a 690 mil árvores. Estima-se, ainda, que, para a produção de uma tonelada de papel, sejam necessários 100.000 (cem mil) litros de água, além de 5.000 (cinco mil) kw/h de energia elétrica.

Merece destaque, também, o dado divulgado pelo Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual, no primeiro semestre de 2010, houve economia de energia significativa derivada da adoção do processo eletrônico.

Assim, é certo que o processo eletrônico contribui, sobremaneira, para a preservação dos recursos naturais, zelando pela efetivação do direito a meio ambiente sadio e equilibrado, preconizado no art. 225 da CF/88”. NEVES, Aline Regina das; CAMBI, Eduardo. **Processo e tecnologia: do processo eletrônico ao plenário virtual**. Revista dos Tribunais. vol. 986. p. 87 – 110. Dez/2017.

¹⁰ “Pelo meio digital, é possível aos patronos envolvidos na causa realizar o protocolo de suas petições, inclusive durante a madrugada, ou até o escoamento dos últimos minutos do dia em que se encerra o prazo, sem limitar-se ao horário de funcionamento do fórum. Com isso, há uma ampliação do acesso à justiça, e um gozo mais pleno dos prazos dados às partes pela norma processual.

Pelo lado dos magistrados e demais servidores envolvidos no procedimento judicial, a inter-relação do processo com a rede mundial de computadores também facilita o exercício de suas atividades. Com o processo judicial eletrônico se permite ao magistrado não somente visualizar, buscando se inteirar do conteúdo de cada documento e estudá-los, como dar andamento aos processos, prolatando decisões, a partir de seu computador pessoal, a qualquer hora do dia, todos os dias da semana.

Isso traz celeridade e aumento de produção, afinal, o magistrado não necessita estar no fórum para compulsar os processos ou, por exemplo, deferir uma tutela de urgência que foi protocolada perto do horário de fechamento do fórum, quando o magistrado não mais se encontrava na vara. SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares; MEDEIROS, Pablo Diego Veras. **Processo judicial eletrônico e inclusão digital para acesso à justiça na sociedade da informação**. Revista de Processo. vol. 277. p. 541 – 561. Mar/2018.

jurisdicional, porém, paralelamente suscitam questionamentos quanto aos seus limites, sobretudo perante direitos fundamentais atinentes à jurisdição¹¹.

Uma experiência que exemplifica tal dilema advindo do uso do processo eletrônico é a possibilidade de desterritorialização da competência em virtude da especialização de varas pela matéria. Ocorre nestas situações a atração dos processos de Estados inteiros para a competência de uma vara específica, geralmente nas capitais destes Estados, em virtude do melhor preparo e experiência dos magistrados e demais serventuários da justiça lotados naquele setor, como é o caso das varas federais de crimes contra a ordem econômica, que exigem um conhecimento adequado sobre temas como comércio exterior, contabilidade, economia e práticas bancárias¹².

Inclusive, as Cortes Superiores do país já reconheceram a possibilidade de relativização da competência territorial por força da especialização da matéria¹³, tendo

¹¹ “Se falamos em Poder Judiciário temos que tratar da jurisdição. Como ficariam os princípios relativos à jurisdição na aplicação ao processo das ferramentas eletrônicas? Necessário recordar, então, que a jurisdição, em todos os países, é informada por alguns princípios fundamentais, universalmente reconhecidos, expressos ou não na própria lei, como relacionados por Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco: a) investidura; b) aderência ao território; c) indelegabilidade; d) inevitabilidade; e) inafastabilidade; f) juiz natural; g) inércia. Mas os princípios inerentes à jurisdição seriam aplicáveis ao processo eletrônico?

Embora podendo merecer algumas alterações, a maioria dos princípios processuais inerentes à jurisdição ‘pode ser adotada no processo eletrônico sem maiores problemas’. GUNTHER, Luiz Eduardo; GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva. **Elementos para a Construção de Uma Teoria de Princípios do Processo Eletrônico**. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região: Vol. 2, n. 15, jan./fev. 2013. p. 99 – 145. Disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/97222/2013_gunther_luiz_elementos_construcao.pdf?sequence=1. Acesso em 18 de maio de 2020.

¹² FREITAS, Vladimir Passos de. **O princípio do juiz natural em um mundo em transformação**. Revista Consultor Jurídico, 23 de setembro de 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-set-23/segunda-leitura-principio-juiz-natural-mundo-transformacao>. Acesso em 22 de abril de 2020.

¹³ “Aos 15 de maio de 2008, o STF fixou o precedente. Tratava-se de uma resolução do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que fixou a competência da Vara dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional para ocorrências fora de Fortaleza, capital do Ceará. No Habeas Corpus 88.660, relatado pela ministra Cármen Lúcia, por 10 votos contra 1, a corte decidiu pela constitucionalidade da resolução atacada.

Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou questão semelhante. O Tribunal de Justiça de Mato Grosso criou a Vara Especializada Contra o Crime Organizado da Comarca de Cuiabá, cuja jurisdição se estende além dos limites da capital do estado. O juiz de Direito de Rondonópolis declinou da competência para a vara da capital. Discutiu-se a competência e, no Recurso Especial 1.611.615-MT, o STJ, em acórdão relatado pelo ministro Felix Fischer em 20 de março deste ano, reconheceu a competência do juízo da capital.

A decisão foi a mais adequada aos tempos atuais. O juiz do interior sempre está mais exposto, seus hábitos e os de sua família são conhecidos. Em tempos de crescimento do crime organizado, que não hesita em intimidar os que atuam na esfera judiciária, não há como garantir a imparcialidade do juiz local. E, além disso, há a necessária especialização dos magistrados, porque organizações criminosas não exercem suas atividades apenas no território da comarca, mas, sim, em regiões extensas, muitas vezes interestaduais e até internacionais.

No âmbito do Direito Ambiental dá-se o mesmo. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, através das resoluções 45 e 63 de 2018, estendeu os limites da 11ª Vara Federal de Curitiba, que é especializada em matéria ambiental, ao litoral paranaense, mesmo havendo uma vara federal em Paranaguá. É dizer, as ações civis públicas do litoral e até mesmo as execuções fiscais por multas ambientais impostas pelos órgãos federais tramitam no Juízo Ambiental de Curitiba, que é especializado. Com certeza por sua

em vista os inegáveis ganhos para a sociedade que, tendo julgadores peritos em determinados assuntos, terá decisões mais justas e adequadas, além de mais eficientes, na medida que os magistrados não perderão um precioso tempo de trabalho se apropriando de uma matéria complexa ou fazendo uso de peritos que encareceriam o custo do processo e o tornariam menos célere para compor a questão.

Essa ubiquidade¹⁴ própria da tecnologia, traduzida como sua condição onipresente, estando em todos os locais ao mesmo tempo, incide sobre o processo eletrônico e amplia a lógica de desterritorialização, posto que ao ser virtualizado ele não se encontra mais adstrito por fronteiras geográficas, forçando com que seja repensada dogmaticamente a questão atinente à competência territorial, conceito que liga a jurisdição a um determinado espaço fisicamente delimitado, tais como os municípios, as comarcas, as circunscrições, os Estados, entre outros, e ajustada uma distribuição mais racional dos feitos pelo Poder Judiciário com base na natureza dos litígios e não no local em que ocorreram¹⁵.

reconhecida eficiência e pelo dever constitucional de o poder público preservar o meio ambiente (artigo 225). FREITAS, Vladimir Passos de. **O princípio do juiz natural em um mundo em transformação**. Revista Consultor Jurídico, 23 de setembro de 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-set-23/segunda-leitura-principio-juiz-natural-mundo-transformacao>. Acesso em 22 de abril de 2020.

¹⁴ Sobre o significado de ubiquidade, Paulo Roberto Pegoraro Jr. esclarece: “O processo eletrônico permite sua tramitação pela rede mundial de computadores (Internet) e é caracterizado pela ubiquidade, elemento pelo qual o acesso se dá a partir de indistinto ponto geográfico planetário, em qualquer tempo e simultaneamente, eis que disponível de forma remota, pois as redes telemáticas não exigem consultas e operação in loco, o que rompe definitivamente a convenção espacial temporal clássica da prestação jurisdicional. Aliás, a dimensão da ubiquidade já era descrita na virada do Século XX para o XXI por Heidelberg como sendo uma das características da pós-modernidade”. PEGORARO JR. Paulo Roberto. **A ubiquidade do processo eletrônico e a superação da competência territorial relativa**. Revista de Processo. vol. 263/2017. p. 453 – 477. Jan/2017.

¹⁵ “A ubiquidade do processo eletrônico assume um elemento claramente de desterritorialização, dada sua virtualização, capaz de atuar e gerar manifestações ônticas em diferentes momentos e locais determinados, sem, contudo, estar ele mesmo preso a algum lugar em particular, fazendo dele o vetor de um universo aberto, dilatando o campo de ação dos processos sociais e também jurídicos de virtualização.

Sendo o processo eletrônico caracterizado pela ubiquidade, e a virtualização dos atos processuais operando a desterritorialização daquele, já não faz mais sentido manter a distribuição da competência territorial tal como se operava na condição do processo físico, onde se lograva identificar a necessidade da aderência da prestação jurisdicional a determinado território. Se não há território no qual se identifique a regra de competência (pela virtualização), então as regras de competência territorial remanesçam superadas pelo advento do meio tecnológico, o que pode inclusive apontar para a racionalidade na distribuição dos feitos pelos órgãos do Poder Judiciário.

Não há o que se confundir aqui entre a competência dita territorial e a prática dos atos probatórios ou executivos, os quais seguem tendo condição própria de aderência ao território dada a materialidade fática decorrente, o que não impede, contudo, de reconhecer a necessidade da superação do entendimento clássico envolvendo a prestação da jurisdição e a identidade territorial. Se o processo está em todo lugar (dada a ubiquidade), se os atos processuais eletrônicos se caracterizam pela desterritorialização, então o apego às regras de competência territorial constitui-se em homenagem histórica a um modelo de processo pensando numa visão de espaço tempo superada pelo novo modal tecnológico utilizado.

Sob tal perspectiva, a fórmula utilizada para tratar a organização judiciária territorialmente, com a distribuição de competências entre magistrados estabelecidos em determinada comarca, inclusive com a fixação dos mesmos em foros regionais ou segregados por matéria, entra em cheque a partir da adoção de um processo que não se encontra mais fisicamente em “lugar nenhum”. O “e-processo” permite um replanejamento total do Poder Judiciário, possibilitando, por exemplo, que sejam criadas varas especializadas não territoriais, formadas por juízes distribuídos em locais distantes, mas que se encontrem reunidos digitalmente¹⁶.

E, para além da Lei 11.419/2006, tida como o grande marco para a chamada “informatização do processo judicial”¹⁷, o próprio CPC/15 reforça esse viés de virtualização judicial¹⁸ desligada de regras territoriais absolutas e autoriza, por exemplo, a prática de atos processuais eletrônicos (arts. 193 a 199), inclusive por meio de videoconferência (art. 236, parágrafo 3º), como sustentações orais (art. 937, parágrafo 4º) e depoimentos (art. 385, parágrafo 3º), podendo advogados e partes estarem em qualquer parte do mundo no momento da prática do ato.

Já não há como se apontar qualquer prejuízo às partes ou a facilitação da defesa pelo fato do processo tramitar e ser julgado perante território diverso do domicílio, do local da sede, de onde a obrigação deverá ser satisfeita, ou de onde se encontre o bem objeto do litígio. Mais uma vez, sem prejuízo da eventual vinculação do julgador (princípio da identidade física do juiz) ou mesmo da proximidade com a produção da prova, a qual pode se dar igualmente por meio virtual (as audiências remotas).

A bem da verdade, já não mais vivenciamos, na prática, o exercício da competência territorial relativa no processo eletrônico, ou seja, a vinculação física de um determinado território a um processo tal, pois este já está inserido no ciberespaço, e, portanto, está em todos os lugares. Mas a par da realidade tecnológica oferecida pelo processo eletrônico, cabe ainda compreender a superação do conceito também do ponto de vista dogmático, ainda que enquanto elemento conjectural, pois parece que é inexorável o caminho do processo neste sentido”. PEGORARO JR. Paulo Roberto. **A ubiquidade do processo eletrônico e a superação da competência territorial relativa**. Revista de Processo. vol. 263/2017. p. 453 – 477. Jan/2017.

¹⁶ ROVER, Aires José. **O Princípio da Conexão e as Perturbações Estruturais no Processo Judicial Eletrônico**. Revista Sequência. Florianópolis, n. 80. p. 202-224. Dez/2018. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/seq/n80/2177-7055-seq-80-202.pdf>. Acesso em 18 de maio de 2020.

¹⁷ ROCHA, Henrique de Moraes Fleury da. **Garantias fundamentais do processo sob a ótica da informatização judicial**. Revista de Processo. vol. 267. p. 129 – 170. Maio/2017.

¹⁸ “Ao tempo de sua aprovação e publicação, a Lei do Processo Eletrônico alterou diversos dispositivos do Código de Processo Civil (CPC (LGL\2015\1656)), então, vigente (CPC/73 (LGL\1973\5)): artigos 38 (assinatura eletrônica, mediante certificados digitais expedidos por autoridades certificadoras), 154 (possibilidade de prática e armazenagem de atos processuais em meio eletrônico), 164 (assinatura eletrônica de juízes), 169 (armazenagem digital de arquivos), 202 (expedição de cartas rogatórias, precatórias e de ordem de forma eletrônica), 221 (citação por meio eletrônico), 237 (intimações por meio eletrônico), 365 (prova documental digitalizada), 399 (fornecimento de documentos por meio eletrônico, pelas repartições públicas), 417 (armazenagem digital de depoimentos), 457 (armazenagem digital de depoimentos) e 556 (registro em meio eletrônico de pronunciamentos judiciais).

Tais alterações foram encampadas pelo CPC/15 (LGL\2015\1656), que, agasalhando a informatização do processo e visando utilizar-se da tecnologia a serviço das relações processuais, expressamente trata da prática eletrônica de atos processuais (arts. 193 a 199 do CPC/15 (LGL\2015\1656))”. NEVES, Aline Regina das; CAMBI, Eduardo. **Processo e tecnologia: do processo eletrônico ao plenário virtual**. Revista dos Tribunais. vol. 986. p. 87 – 110. Dez/2017.

Nesse mesmo sentido a novíssima Lei nº 13.994, de 24 de abril 2020, que teve por objetivo alterar a Lei nº 9.099/95 para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. “*mediante o emprego dos recursos tecnológicos disponíveis de transmissão de sons e imagens em tempo real*”, aprofunda o reconhecimento legal da utilização de meios eletrônicos na composição de lides e indica uma tendência, ao que parece irresistível, na esfera da prática jurídica.

2 O coronavírus e a aceleração das mutações tecnológicas

Mas todo o disposto até aqui é só a ponta do *iceberg*, pois, como em uma avalanche, fomos amassados pelo coronavírus e todos os conceitos até então construídos ganharam um novo relevo.

No dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS), por força da síndrome respiratória aguda grave 2 (Sars-Cov-2), uma nova mutação de coronavírus, decretou *status* de pandemia global. Desde o diagnóstico de seu primeiro caso na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China, em dezembro de 2019¹⁹, o vírus se espalhou pelo planeta, infectando até meados do mês de julho de 2020 mais de 14 milhões de pessoas, sendo fatal em 602.244 mil destes casos²⁰, devidamente confirmados para Covid-19.

No Brasil, em mesmo sentido, foi decretado pelo Congresso Nacional o estado de calamidade pública, face solicitação do Presidente da República, através do Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, sendo o país, neste momento, o epicentro mundial da pandemia com um total de aproximadamente 2 milhões de infectados e 79.488 mortes em decorrência da Covid-19, conforme dados do Ministério da Saúde coletados no dia em que este artigo foi enviado para aprovação²¹.

Frente ao crescente número de mortes e o temor de colapso dos sistemas de saúde em todo o mundo, pipocam ações governamentais de Estados nacionais impondo quarentena às suas populações, proibindo o desenvolvimento de atividades

¹⁹ CARVALHO, Délton Winter de. **A natureza jurídica da Pandemia Covid-19 como um desastre biológico: um ponto de partida necessário para o Direito**. Revista dos Tribunais. vol. 1017. Jul/2020.

²⁰ Dados extraídos do sítio oficial da OMS no dia 20 de julho de 2020. Disponível em https://covid19.who.int/?gclid=EAIaIQobChMI_r_04tLF6QIVhg6RCh3eZQSQEAAAYASABEGl2GfD_BwE.

²¹ Dados extraídos do sítio oficial do Ministério da Saúde do Brasil em 20 de julho de 2020. Disponível em <https://covid.saude.gov.br/>.

econômicas consideradas não essenciais e orientando a tomada de medidas visando o maior afastamento social possível entre as pessoas²².

Tal fato alterou o que até então projetávamos para o exercício do direito nos próximos anos. Colocou-se à nossa frente uma inevitável aceleração desse caminho de digitalização da justiça pela pandemia. Transformações que estavam sendo implementadas de maneira gradual tendem a ser aceleradas brutalmente²³ pela necessidade de distanciamento social, realidade ao que parece não será solvida em tão curto prazo, e ficarão como um legado desses novos tempos.

Magistrados e profissionais que até então não faziam uso regular de ferramentas digitais, tais como contatos por *WhatsApp* e *Telegram*, além de encontros profissionais via os aplicativos de reuniões como *Hangout* e *Zoom*, passam a tomar familiaridade com tais instrumentos. Há quem sustente que haverá um mundo antes e outro após a Covid-19, e a esfera jurídica não sairá incólume deste *tsunami* epidemiológico.

O juiz natural “palpável”, que poderíamos encontrar pessoalmente para “despachar” processos em seu gabinete localizado na vara judicial, no Foro da comarca em que está lotado, agora se encontrará na nuvem da *internet*²⁴. E aqui nem se está

²² NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; NELSON, Isabel Cristina Amaral de Sousa Rosso. **Coronavírus (Covid-19) e o Direito: Fato, Valor e Norma**. Revista dos Tribunais. vol. 1017. Jul/2020.

²³ Yuval Noah Hariri em ensaio analisando o mundo pós-pandemia, aponta a aceleração de projetos e ideias incipientes em tempos de emergência como o que vivemos: “A humanidade agora está enfrentando uma crise global. Talvez a maior crise da nossa geração. As decisões tomadas pelas pessoas e pelos governos nas próximas semanas provavelmente moldarão o mundo nos próximos anos. Eles moldarão não apenas nossos sistemas de saúde, mas também nossa economia, política e cultura. Devemos agir de forma rápida e decisiva. Também devemos levar em consideração as consequências a longo prazo de nossas ações. Ao escolher entre alternativas, devemos nos perguntar não apenas como superar a ameaça imediata, mas também que tipo de mundo habitaremos quando a tempestade passar. Sim, a tempestade passará, a humanidade sobreviverá, a maioria de nós ainda estará viva – mas habitaremos um mundo diferente.

Muitas medidas de emergência de curto prazo se tornarão um elemento da vida. Essa é a natureza das emergências. Eles avançam rapidamente nos processos históricos. As decisões que em tempos normais podem levar anos de deliberação são aprovadas em questão de horas. Tecnologias imaturas e até perigosas são colocadas em serviço, porque os riscos de não fazer nada são maiores. Países inteiros servem como cobaias em experimentos sociais em larga escala. O que acontece quando todos trabalham em casa e se comunicam apenas à distância? O que acontece quando escolas e universidades inteiras ficam online? Em tempos normais, governos, empresas e conselhos educacionais nunca concordariam em realizar tais experimentos. Mas estes não são tempos normais”. HARIRI, Yuval Noah. **O mundo após o coronavírus**. Financial Times, 22 de março de 2020. Disponível em <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>. Acesso em 21 de maio de 2020.

²⁴ Para melhor entendimento, traz-se o conceito de *internet* desenvolvido por Raphael Antonio Garrigoz Panichi: “A *Internet* é um sistema de comunicação global, que nasceu no final dos anos sessenta (1968) e início dos setenta, constituída por um grande número de redes, que são computadores interligados entre si, podendo assim milhares de pessoas se comunicarem, e através dela disponibilizar serviços, produtos, informações, dentre outras coisas.

considerando a possibilidade de a atividade judicante ser realizada através de experiências fundadas em tecnologias de inteligência artificial, objeto que por sua complexidade, atualidade e inquietude mereceria um estudo específico.

Nesse cenário, o Poder Judiciário poderá deixar de ser um local de trabalho e a atividade jurisdicional passará a ser um serviço público prestado à distância, por “cortes virtuais”²⁵. Construções suntuosas que abrigam Tribunais e varas judiciais

Nasceu como *AR-Planet*, uma rede de computadores interligados, criados para estudos científicos pela *Arpa (Advanced Reserch Project Agency)*; obteve o financiamento do Ministério da Defesa dos Estados Unidos, que tinha o interesse no desenvolvimento de um meio de comunicação contínuo que fosse descentralizado e flexível com o intuito de interligar a estrutura militar mesmo no caso de destruição parcial em virtude de conflito bélico (época da guerra fria).

A expressão *Internet* já faz parte do nosso texto normativo, sendo definida pela alínea a, item 3, da Norma 4/1995 aprovada pela Portaria 148, de 31.05.1995, do Ministério do Estado das Comunicações como: ‘o nome genérico que designa o conjunto e redes, os meios de transmissão e comutação de roteadores, equipamentos e protocolos necessários à comunicação entre computadores, bem como o software e os dados contidos nestes computadores’. PANICHI, Raphael Antonio Garrigoz. **Meios de prova nos contratos eletrônicos, realizados por meio da internet**. Revista de Direito Privado. vol. 16. p. 260 – 272. Out - Dez/2003.

²⁵ O jurista inglês Richard Susskind profetiza uma justiça cada vez mais virtual: “Looking further ahead now, in thinking about the long-term future of courts and dispute resolution, one fundamental question sets the agenda: is court a service or a place? To resolve disputes, do parties and their advisers need to congregate together in one physical space, in order to present arguments to a judge? Why not have virtual courts or some kind of online courts?”

When reference is made to ‘virtual courts’, this is generally to a fairly conventional courtroom set-up into which some video link is introduced. Take-up has been greatest in criminal cases, where there are child or intimidated witnesses; and, increasingly, for bail and remand hearings, conducted through links between prisons and courts. In some civil cases, witnesses from outside the UK have given evidence remotely, as have otherwise inaccessible expert witnesses. The idea is that the witnesses or the accused appear on large screens, suitably located in hearing rooms, and this saves time and money or protects the vulnerable.

In 2010, the Ministry of Justice in the UK published an early report on this subject. It was entitled, ‘Virtual Court Pilot: Outcome Evaluation’. That report fairly formally established that a video link between a police station and a court can be used successfully to conduct a first hearing in most criminal cases—and, in the pilot, it reduced the average time from charge to first hearing, it cut down the failure-to-appear rates, and it saved the costs of transporting prisoners from prisons to courts. On the other hand, the findings suggested that, at that time, the costs of the enabling technologies outweighed the benefits secured. However, the costs of these systems have since reduced significantly.

Moreover, the growing use across society of video-calls and video-conferencing—from Skype to ‘telepresence’ (which is like Skype on steroids)—suggests there is enormous scope for virtual courts, if not for trials then for earlier hearings, when judges can sit in their chambers and all participants can attend remotely.

For tomorrow’s lawyers, appearance in physical courtrooms may become a rarity. Instead, virtual appearances will become the norm, and new presentational and advocacy skills will be required. I am not suggesting that virtual courtrooms will be pervasive in the next few years. Virtual hearings are still relatively rare across the justice system in England, but they will become commonplace in the 2020s, I have little doubt.

(...)

In a virtual court, one or more judges sit in some kind of hearing room, dispensing justice in the traditional manner. The break from tradition is that some participants appear virtually across some video link rather than in person. But there are steps now being taken beyond the virtual hearing into the world of online courts and online dispute resolution (ODR). In this brave new world, no traditional courtroom is involved. Instead, the process of resolving a dispute, especially the formulation of the solution, is entirely or largely conducted through the internet. A court becomes a service rather than a place.”. SUSSKIND, Richard. **Tomorrow’s Lawyers: An Introduction to Your Future**. 2. ed. London: Oxford University, 2017. p. 109-111.

correm o risco de obsolescência, não programada. Exagero? Isso o curto espaço de tempo nos dirá.

3 A Reestruturação do poder judiciário diante da crise sanitária para manutenção do acesso à justiça

A pandemia trouxe a necessidade de que o Poder Judiciário brasileiro buscasse uma reinvenção de suas atividades, sob pena de restar paralisado ao longo de todo esse período de distanciamento social determinado pelas autoridades públicas.

Por força desta situação especialíssima fundada na decretação do estado de calamidade pública pelo Congresso Nacional, o que por si só causaria afetações ao campo do processo²⁶, bem como em face da entrada em vigor da Lei Nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, dispondo “*sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019*”, o CNJ editou diversas resoluções e portarias regulamentando o funcionamento dos órgãos judiciários ao longo do território nacional. De tais regramentos pode ser destacada a Resolução do CNJ nº 313, de 19 de março de 2020, que estabeleceu “*no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial*”.

Dentre as inovações trazidas pela resolução referida acima, está a suspensão dos prazos processuais e do atendimento presencial de partes, advogados e interessados, o que deverá ser realizado remotamente pelos meios tecnológicos disponíveis. Ademais, a resolução autoriza aos tribunais do país disciplinar o trabalho remoto de magistrados e servidores, bem como a elaboração de decisões e sentenças, minutas, sessões virtuais e atividades administrativas. Tal resolução buscou estabelecer um

²⁶ “O estado de calamidade pública, oficialmente reconhecido, produz também reflexos em processos judiciais de natureza não penal. Em outras palavras, há reflexos no processo civil, a serem a seguir destacados.

A calamidade pública é um acontecimento natural que acarreta a incidência de normas jurídicas, com produção de efeitos jurídicos nos processos judiciais em curso. A pandemia do Covid-19 é, enfim, um fato jurídico processual em sentido estrito, pois é um acontecimento da natureza que, juridicizado pela incidência de norma processual, é apto a produzir efeitos dentro do processo”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Covid-19: Quais os reflexos do estado de calamidade pública para o processo?** Conjur, 2020. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-abr-03/direito-civil-atual-quais-reflexos-estado-calamidade-publica-processo]. Acesso em 15 de julho de 2020.

núcleo mínimo e essencial de garantias para os jurisdicionados e seus advogados no necessário período de adaptação ao trabalho remoto²⁷, resguardando, portanto, a segurança jurídica e tutelando a confiança e tranquilidade às partes nesse momento de incertezas²⁸, bem como afiançando o acesso da população aos meios judiciais.

Estas determinações que incentivam as atividades remotas e a utilização dos meios digitais de trabalho são complementadas pela Resolução do CNJ nº 314, de 20 de abril de 2020, a qual prorrogou a vigência da Resolução nº 313/2020, mantendo a suspensão dos prazos de processos que tramitam por meio físico, porém, autorizando que sejam digitalizados para sua regular tramitação, e fixou o dia 4 de maio de 2020 como data para retomada dos prazos nos processos eletrônicos em todos os graus de jurisdição²⁹, exceto aqueles em sede do Supremo Tribunal Federal (STF) e da Justiça Eleitoral, com a vedação expressa da designação de atos presenciais. A Resolução nº 314/2020 previu, ainda, em face da retomada dos prazos processuais, a garantia aos advogados das partes, em caso de as sessões dos Tribunais ou Turmas Recursais se darem por videoconferência, da realização de sustentações orais, a serem requeridas com antecedência mínima de 24 (vinte e quatro) horas, em observância ao disposto no § 4º, do art. 937, do CPC/15.

Inclusive, o próprio CNJ disponibilizou ferramenta própria³⁰ denominada *Cisco Webex*, por meio de seu sítio eletrônico na internet (www.cnj.jus.br/plataforma-videoconferencia-nacional/), para viabilizar aos órgãos judiciários a realização de atos virtuais, possibilitando, igualmente, a utilização de outras aplicações tecnológicas que

²⁷ TALAMINI, Eduardo; AMARAL, Paulo Osternack. **Suspensão de prazos judiciais por força da pandemia**. Revista de Processo, vol. 306. p. 393 – 410. Ago./2020.

²⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Covid-19: Quais os reflexos do estado de calamidade pública para o processo?** Conjur, 2020. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-abr-03/direito-civil-atual-quais-reflexos-estado-calamidade-publica-processo]. Acesso em 15 de julho de 2020.

²⁹ Sobre a suspensão dos prazos processuais em virtude da pandemia, Eduardo Talamini e Paulo Osternack Amaral destacam: “A Resolução 313 determinou ainda a suspensão dos prazos processuais até 30 de abril de 2020 (art. 5º).

Tratou-se de disposição transitória. A Resolução 314, de 20.04.2020, confirmou a retomada dos prazos depois de 30 de abril, nos processos de autos eletrônicos (art. 3º). Manteve provisoriamente suspensos os prazos apenas nos processos físicos, até 15.05.2020 (art. 1º c/c art. 2º). Em 07.05.2020, o CNJ editou a Resolução 318, que prorrogou para 31.05.2020 a vigência das Resoluções 313 e 314. Entre outras regras, determinou a suspensão automática dos prazos processuais (em processos com autos físicos e eletrônicos) nas localidades em que houver a imposição de medidas sanitárias restritivas à livre locomoção de pessoas (lockdown) e assegurou a continuidade da apreciação das matérias mínimas a que se refere o art. 4º das Resoluções 313 e 314 (arts. 2º e 4º)”. TALAMINI, Eduardo; AMARAL, Paulo Osternack. **Suspensão de prazos judiciais por força da pandemia**. Revista de Processo, vol. 306. p. 393 – 410. Ago./2020.

³⁰ Especificamente acerca da ferramenta para realização de atos processuais, o CNJ editou a Portaria Nº 61 de 31/03/2020, que “Institui a plataforma emergencial de videoconferência para realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, no período de isolamento social, decorrente da pandemia Covid-19”.

alcancem o mesmo desígnio com a geração de arquivos que deverão ser disponibilizados no andamento processual, franqueado o devido acesso às partes e aos seus procuradores habilitados.

Nessa mesma esteira de aprofundamento da digitalização judicial, a Resolução do CNJ nº 317, de 30 de abril de 2020, autoriza a realização de perícias em sede de ações que discutem benefícios previdenciários por incapacidade através de meios eletrônicos ou virtuais, enquanto durarem os efeitos da crise ocasionada pela pandemia do novo coronavírus.

Um dos avanços referidos como reflexo direto da pandemia é o incremento na adoção de métodos alternativos de resolução de conflitos via digital, conhecidos como ODRs, ou *on line dispute resolution*³¹, os quais vem sendo vistos por alguns Tribunais do país como instrumento para evitar um colapso do sistema judicial em virtude do previsível acúmulo de ações judiciais à partir dos reflexos sociais da pandemia, notadamente nos campos do direito do trabalho e do consumidor³².

Importante destacar que, além das determinações exaradas pelo CNJ, os diversos Tribunais ao redor do país, até mesmo antes do próprio CNJ³³, criaram seus regramentos internos respeitando as realidades locais e a capacidade operacional de cada um deles, como foi o caso do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que por meio da Resolução STJ/GP nº 9, de 17 de abril de 2020, fixou as regras para a realização de sessões de julgamento da Corte Especial, das Seções e das Turmas por videoconferência, e do STF que, forte na Resolução nº 672, de 26 de março de 2020, igualmente estabeleceu critérios para permitir o uso de ferramentas de videoconferência nas sessões de julgamento do Plenário e de suas Turmas, sendo garantida em ambas as Cortes a sustentação oral de advogados, desde que previamente requerido no prazo regimental.

Embora todas as medidas noticiadas acima sejam de natureza temporária, não há como deixar de reconhecer que as mesmas deixarão um legado aos profissionais do

³¹ PINHEIRO, Rogério Neiva. **ODR e resolução de disputas em tempos de pandemia**. Conjur, 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mai-18/rogerio-neiva-odr-resolucao-disputas-tempos-pandemia>. Acesso em 16 de julho de 2020.

³² LEORATTI, Alexandre. **Tribunais recorrem à mediação online para evitar acúmulo de processos pós-pandemia**. Jota, 2020. Disponível em <https://www.jota.info/justica/mediacao-conflitos-brasil-26052020>. Acesso em 16 de julho de 2020.

³³ DELLORE, Luiz; DUARTE, Zulmar. **Pandemia de prazos processuais: cuidado, pois nem tudo está suspenso em virtude do covid-19**. Migalhas, 2020. Disponível em: [www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/325076/pandemia-de-prazos-processuais-cuidado-fois-nem-tudo-esta-suspenso-em-virtude-do-covid-19]. Acesso em 15 de julho de 2020.

direito, especialmente aos magistrados, que passarão a visualizar uma nova possibilidade de organização e realização das tarefas próprias da judicatura, com a consequente valorização do processo eletrônico e das ferramentas tecnológicas que viabilizam um hiperdimensionamento, inclusive já autorizado pelo CPC/15, dos atos processuais levados à cabo remotamente, até mesmo porque não se sabe com exatidão a duração desta situação pandêmica excepcional e nem mesmo a forma como as relações sociais serão estruturadas após a volta do convívio “normal” entre as pessoas.

Assim, abre-se uma porta para a implementação de verdadeiras “cortes digitais” e, diante disso, teremos o desafio de conformar o uso da tecnologia no cotidiano “forense” com a necessária definição das situações em que a interação digital é desejável, qual o sistema informático mais adequado para que essas comunicações possam ocorrer e, ainda, qual é o escopo do que poderá ser objeto destas deliberações realizadas por meios virtuais³⁴.

É um momento de mudanças irresistíveis e nos cabe compreender o que está ocorrendo no nosso entorno para que possamos repensar institutos jurídicos clássicos e adequá-los aos novos tempos, sob pena de que direitos fundamentais estruturantes caros da nossa sociedade restem subjugados pela ansiedade da revolução digital.

Conclusão

O advento das inovações tecnológicas em todas as esferas de atuação social é um fato incontroverso, e o direito não ficou imune nesse sentido. A adoção pelos Tribunais de procedimentos eletrônicos veio em resposta a essa necessidade de inovação da prestação jurisdicional, jogando novas luzes sobre a limitação espacial que, até então, caracterizava a jurisdição.

Avanços legislativos, como os contidos no CPC/15, consagraram os meios digitais na conformação do processo e trouxeram a realidade jurídica nacional para a pós-modernidade globalizada, onde os conceitos de tempo e território são relativizados.

Esse cenário de digitalização da prática jurídica é atingido de maneira drástica pela pandemia do Covid-19, fazendo com que a necessidade de distanciamento social

³⁴ GIL, Renata. **As perspectivas da Justiça para depois da pandemia**. Conjur, 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/renata-gil-perspectivas-justica-depois-pandemia>. Acesso em 16 de julho de 2020.

como medida de enfrentamento do vírus aprofunde a inevitável adoção de novos meios de interação entre os profissionais do meio jurídico, apresentando um cenário de desterritorialização do processo onde não mais importa o local em que se desenvolvam os atos processuais.

Nessa esteira, o Poder Judiciário brasileiro atuou de maneira ágil perante este quadro pandêmico excepcional e estabeleceu regramentos que incentivam o uso de meios tecnológicos para manutenção de seus serviços, possibilitando, inclusive, a participação das partes e advogados em tempo real na condução dos processos, bem como o acesso aos meios alternativos de resolução de conflitos de forma não presencial.

Problema posto, e parece que este é um caminho sem volta, a prática de atos processuais por meios tecnológicos é um desafio a ser enfrentado e que exigirá dos profissionais sensibilidade para a travessia da justiça analógica para a digital sem maiores traumas e em estrita consonância com os valores constitucionais que fundam a nação brasileira.

Referências Bibliográficas

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

CARVALHO, Délton Winter de. **A natureza jurídica da Pandemia Covid-19 como um desastre biológico: um ponto de partida necessário para o Direito**. Revista dos Tribunais. vol. 1017. Jul/2020.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo** - uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Covid-19: Quais os reflexos do estado de calamidade pública para o processo?** Conjur, 2020. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-abr-03/direito-civil-atual-quais-reflexos-estado-calamidade-publica-processo]. Acesso em 15 de julho de 2020.

DELLORE, Luiz; DUARTE, Zulmar. **Pandemia de prazos processuais: cuidado, pois nem tudo está suspenso em virtude do covid-19**. Migalhas, 2020. Disponível em: [www.migalhas.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/325076/pandemia-de-prazos-processuais-cuidado-pois-nem-tudo-esta-suspenso-em-virtude-do-covid-19]. Acesso em 15 de julho de 2020.

FREITAS, Vladimir Passos de. **O princípio do juiz natural em um mundo em transformação.** Revista Consultor Jurídico, 23 de setembro de 2018. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-set-23/segunda-leitura-principio-juiz-natural-mundo-transformacao>. Acesso em 22 de abril de 2020.

GIL, Renata. **As perspectivas da Justiça para depois da pandemia.** Conjur, 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/renata-gil-perspectivas-justica-depois-pandemia>. Acesso em 16 de julho de 2020.

GONZAGA, Márcio de Borba. A efetividade do processo na perspectiva dos sujeitos da relação processual. In Tellini, Denise Estrela; Jobim, Geraldo Cordeiro; Jobim; Marco Félix (Org). **Tempestividade e Efetividade Processual: Novos Rumos do Processo Civil Brasileiro.** Caxias do Sul: Plenum, 2010.

GUNTHER, Luiz Eduardo; GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva. **Elementos para a Construção de Uma Teoria de Princípios do Processo Eletrônico.** Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região: Vol. 2, n. 15, jan./fev. 2013. p. 99 – 145. Disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/97222/2013_gunther_luiz_elementos_construcao.pdf?sequence=1. Acesso em 18 de maio de 2020.

HARIRI, Yuval Noah. **O mundo após o coronavírus.** Financial Times, 22 de março de 2020. Disponível em <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>. Acesso em 21 de maio de 2020.

Justiça em Números 2019: ano-base 2018. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em 03 de maio de 2020.

LEORATTI, Alexandre. **Tribunais recorrem à mediação online para evitar acúmulo de processos pós-pandemia.** Jota, 2020. Disponível em <https://www.jota.info/justica/mediacao-conflitos-brasil-26052020>. Acesso em 16 de julho de 2020.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; NELSON, Isabel Cristina Amaral de Sousa Rosso. **Coronavírus (Covid-19) e o Direito: Fato, Valor e Norma.** Revista dos Tribunais. vol. 1017. Jul/2020.

NEVES, Aline Regina das; CAMBI, Eduardo. **Processo e tecnologia: do processo eletrônico ao plenário virtual.** Revista dos Tribunais. vol. 986. p. 87 – 110. Dez/2017.

PANICHI, Raphael Antonio Garrigoz. **Meios de prova nos contratos eletrônicos, realizados por meio da internet.** Revista de Direito Privado. vol. 16. p. 260 – 272. Out - Dez/2003.

PEGORARO JR. Paulo Roberto. **A ubiquidade do processo eletrônico e a superação da competência territorial relativa.** Revista de Processo. vol. 263/2017. p. 453 – 477. Jan/2017.

PINHEIRO, Rogério Neiva. **ODR e resolução de disputas em tempos de pandemia**. Conjur, 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mai-18/rogerio-neiva-odr-resolucao-disputas-tempos-pandemia>. Acesso em 16 de julho de 2020.

ROCHA, Henrique de Moraes Fleury da. **Garantias fundamentais do processo sob a ótica da informatização judicial**. Revista de Processo. vol. 267. p. 129 – 170. Maio/2017.

ROVER, Aires José. **O Princípio da Conexão e as Perturbações Estruturais no Processo Judicial Eletrônico**. Revista Sequência. Florianópolis, n. 80. p. 202-224. Dez/2018. Disponível em <https://www.scielo.br/pdf/seq/n80/2177-7055-seq-80-202.pdf>. Acesso em 18 de maio de 2020.

SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares; MEDEIROS, Pablo Diego Veras. **Processo judicial eletrônico e inclusão digital para acesso à justiça na sociedade da informação**. Revista de Processo. vol. 277. p. 541 – 561. Mar/2018.

SUSSKIND, Richard. **Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future**. 2. ed. London: Oxford University, 2017.

TALAMINI, Eduardo; AMARAL, Paulo Osternack. **Suspensão de prazos judiciais por força da pandemia**. Revista de Processo, vol. 306. p. 393 – 410. Ago./2020.

31. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA ÉPOCA DA PANDEMIA

PRINCIPLE OF THE SEPARATION OF POWERS IN THE TIME OF PANDEMIA



<https://10.0.142.240/10.36592/9786587424149-31>

Francisco Silveira de Aguiar Neto¹

Resumo

O presente trabalho tem como propósito estudar o princípio da separação dos poderes, tendo como principal foco as recentes decisões judiciais sobre políticas públicas de saúde e a pandemia. Foram várias ações propostas em face de várias entidades públicas, buscando ordens judiciais que alterassem políticas públicas sanitárias. Pode-se citar a decisão do TRF2² que suspendeu decisão judicial que impediu o funcionamento de lotéricas e igrejas previstas no XXXIX e XL do § 1º do art. 3º do Decreto nº 10.282/2020, inserido pelo Decreto nº 10.292/2020. Ou decisão do TJRO³ a qual proibiu o funcionamento de mototáxis no Estado de Rondônia. Além da questão do princípio da separação de poderes, necessário se estudar a proporcionalidade destas decisões, assim como as doutrinas Chenery e das capacidades institucionais. A aplicação destas se tornou ainda mais conturbada durante a presente crise, onde os ânimos foram seriamente inflamados.

Palavras-Chaves: Direito Constitucional – Princípio de Separação dos Poderes – Teoria das Capacidades Institucionais – Pandemia.

Abstract

The purpose of this paper is to study the principle of separation of powers, focusing on recent judicial decisions on public health policies and the pandemic. Several actions

¹ Procurador do Estado de Rondônia. Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza. Pós-Graduado 'lato sensu' em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. E-mail: franciscoaguiar@pge.ro.gov.br

² BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Susp. De Liminar n. 5002992-50.2020.4.02.0000/RJ. Relator(a): Desembargador Roy Reis Freide. 31 de mar. de 2020.

³ RONDÔNIA. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Ag. De Instrumento n. 0802230-95.2020.8.22.0000. Relator(a): Desembargador Renato Martins Mimessi. 09 de jun. de 2020.

were proposed in the face of various public entities, seeking court orders that alter public health policies. One can cite the decision of the TRF⁴ that suspended a judicial decision that prevented the operation of lotteries and churches provided for in XXXIX and XL of § 1 of art. 3 of Decree n^o 10.282 / 2020, inserted by Decree n^o 10.292 / 2020. Or the decision of the TJRO⁵ which prohibited the operation of mototaxis in the State of Rondônia. In addition to the question of the principle of separation of powers, it is necessary to study the proportionality of these decisions, as well as the Chenery doctrine, as the doctrine of institutional capacities. The application of these became even more troubled during the current crisis, where tempers were seriously ignited.

Keywords: Constitutional Law - Principle of Separation of Powers - Theory of Institutional Capabilities - Pandemic.

Introdução

Em tempos de polarização política e de negacionismo de fatos científicos, necessário iniciar o presente trabalho se apontando que este subscritor está plenamente ciente da seriedade da doença causada pelo novo Coronavírus, a chamada COVID-19. Moléstia essa que já ceifou mais de 65 mil vidas apenas no território nacional, sem contar o número de doentes que sofreram com a mesma.

O que se discute neste artigo são dois pontos, a falta de consenso científico sobre a melhor forma de se combater a moléstia e qual o ente mais bem capacitado para definir as medidas sanitárias para o seu combate. Tópico este interessante em decorrência da multitude de ações judiciais promovidas por entidades como o Ministério Público (em suas diferentes áreas de atuação), Defensoria Pública (em suas diferentes áreas de atuação), OAB, Sindicatos, Associações representativas e cidadãos comuns por meio da Ação Popular.

Do mesmo modo, originou-se diversas decisões judiciais, algumas ordenando medidas mais restritivas que àquelas definidas por membros do Poder Executivo. Outras criando exceções para as restrições impostas. E, por fim, decisões que reconheciam que não caberia ao Poder Judiciário adentrar no mérito administrativo.

⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Susp. De Liminar n. 5002992-50.2020.4.02.0000/RJ. Relator(a): Desembargador Roy Reis Freide. 31 de mar. de 2020.

⁵ RONDÔNIA. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Ag. De Instrumento n. 0802230-95.2020.8.22.0000. Relator(a): Desembargador Renato Martins Mimessi. 09 de jun. de 2020.

Não obstante a problemática pela confusão do entendimento judiciário, outra questão se destaca, a competência institucional para se decidir sobre política sanitária, aliada as outras necessidades prementes da população. Em um cenário caótico, e não visto na história recente do país, a política sanitária não se resume a uma escolha entre a implantação de distanciamento social ou não.

Quais atividades podem ser consideradas essenciais em tal quadro? Devem ser inclusos apenas serviços relacionados a saúde e alimentação? Até que nível os serviços que apoiam a cadeia de produção de bens imprescindíveis também podem ser considerados essenciais? Atividades relacionadas ao exercício de garantias fundamentais, como escritórios de advocacia, também devem ser mantidos?

Várias questões surgem quando se organiza uma política de distanciamento social em um ambiente democrático. Isso sem levar em consideração a massa de trabalhadores que não podem se dar o luxo de se proteger em suas casas ou as empresas que não suportam a paralisação por tempo contínuo. Para que se possa adequadamente efetuar o isolamento, devem ser buscadas formas de se mitigar este prejuízo, o que normalmente não se é possível realizar por meio de uma decisão judicial.

A questão proposta aqui é não apenas analisar se o direito a saúde deve ser preponderante à economia, dialética essa que não existe, mas sim qual ente deve ser responsável por interpretar a previsão deste direito de forma a aplicá-lo em um quadro de pandemia. E, em que casos seria admissível a interferência judicial.

1 O princípio da separação dos poderes e direitos fundamentais

É de conhecimento raso a divisão em três funções principais do poder público. A divisão das atividades estatais como forma de organização do Poder Público remete a Inglaterra do séc. XVII, aliada a noção de *rule of law*. Este princípio se tornou mais conhecido pelos trabalhos de Montesquieu e Locke, se tornando corrente na organização de variadas repúblicas a partir da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia⁶. Tal declaração também já veio a prever a sistemática de freios e contra pesos,

⁶ STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Fábio de. Art. 2º. In: CANOTILHO, J.J. Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. (Coord.) *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 145-147.

os chamados *check and balances*. Essenciais para o bom funcionamento de poderes independentes.

O princípio da separação de poderes trata de postulado essencial do Estado Democrático de Direito. No âmbito da Constituição da República Federativa Brasileira, encontra previsão no art. 2º da Constituição Federal. Possui “status” de cláusula pétrea, nos termos do art. 60, §4º, III, da mesma Carta, e, portanto, insuscetível de proposta de emenda constitucional tendente a aboli-lo ou restringi-lo.

No que se refere a possibilidade de controle de políticas públicas por parte do Poder Judiciário, cria-se uma situação complexa. Por um lado, existe a obrigação de se fazer frente a demandas, individuais e coletivas, que pedem a aplicação de direitos fundamentais. Por outro, a atuação do Estado-juiz neste caso pode invadir competência do Poder Executivo, ofendendo a própria constituição. Tão grave quanto é a falta de capacidade sobre assuntos técnicos oportuniza decisões judiciais inadequadas. No que se refere a este segundo problema, trataremos mais à frente.

Com relação à natureza do controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário, impende registrar o magistério do eminente professor José dos Santos Carvalho Filho:

"O controle judicial sobre os atos da Administração Pública é exclusivamente de legalidade. Significa dizer que o Judiciário tem o poder de confrontar qualquer ato administrativo com a lei ou com a Constituição e verificar se há ou não compatibilidade normativa. Se o ato for contrário à lei ou à Constituição, o Judiciário declarará a sua invalidação de modo a não permitir que continue produzindo efeitos ilícitos. [...]

O que é vedado ao Judiciário, como corretamente têm decidido os Tribunais, é apreciar o que se denomina normalmente de mérito administrativo, vale dizer, a ele é interdito o poder de reavaliar critérios de conveniência e oportunidade dos atos, que são privativos do administrador público. Já tivemos a oportunidade de destacar que, a se admitir essa reavaliação, estar-se-ia possibilitando que o juiz exercesse também função administrativa, o que não corresponde obviamente à sua competência. Além do mais, a invasão de atribuições é vedada na Constituição em face do sistema da tripartição de Poderes (art. 2º)."⁷

Percebe-se a dificuldade em se definir critérios objetivos para se definir limites para a interferência judicial. De acordo com a doutrina de Ingo Sarlet⁸, os direitos fundamentais, mesmo em sua dimensão prestacional, possuem eficácia imediata, não

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1004

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 383.

sendo normas meramente programáticas. Nos mesmos moldes, a Administração Pública se encontra vinculada a tais direitos e garantias. Entretanto, tratando-se de “direitos sociais prestacionais, em regra contidos em normas de eficácia limitada, o efeito vinculante certamente será ainda menor...”⁹. O autor deixa claro, ainda, a possibilidade de invalidação de atos administrativos que vão de encontro aos direitos fundamentais assegurados¹⁰.

Sendo tarefa do Estado assegurar eficácia para estes direitos, podendo ser questionado judicialmente em caso de falha, tem-se a problemática de se estabelecer em que casos será reconhecido judicialmente a falha da administração. Ou seja, em que casos poderá o magistrado condenar a Fazenda Pública por descumprimento de direito social. E, tão importante quanto, se este poderá compelir o gestor público a adotar eventual conduta.

Importante mencionar a chamada Doutrina Chenery. Em um julgamento no âmbito da Suprema Corte Americana, a Comissão de Títulos e Câmbio dos Estados Unidos (Security and Exchange Commission - SEC), órgão do governo estadunidense cuja uma das principais funções é o controle do mercado de ações, foi confrontada pela Chenery Corporation. No direito americano, é corrente a discussão quanto a possibilidade de delegação de regulações para agências, sendo, entretanto, prática comum. No julgamento *SEC v. Chenery*, a corte americana definiu que não poderia o judiciário revisar os fundamentos de decisões técnicas e complexas da administração pública.

A jurisprudência americana parte do pressuposto de constitucionalidade de atos do Congresso, independente da racionalização por trás destes¹¹. No caso de agências, as quais possuem poder de regulamentação delegado pelo Congresso, cabe a estas conceder justificativas suficientes para seus atos. Ademais, tais atos ficam restritos a tais justificativas, não podendo ser discordantes.

Sequencialmente, quando o caso retornou à Suprema Corte, conhecido como *SEC v. Chenery II*, restou decidido que o Judiciário não poderia adentrar no mérito administrativo referente a escolhas de procedimento. Se seria mais interessante a

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 390.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 388.

¹¹ STACK, Kevin M. The Constitutional Foundations of Chenery. *The Yale Law Journal*. New Haven. Vol. 116/2007. Núm. 5. p. 882-1169. Mar. 2007.

criação de regra geral ou decisão caso a caso¹², trata-se de uma decisão do gestor público, não sendo possível a sua revisão judicial.

Tal Doutrina já foi reconhecida como aplicável no direito pátrio, mais especificadamente pelo Superior Tribunal de Justiça:

[...]

De qualquer forma, essa discussão seria inócua, pois, segundo a doutrina Chenery - a qual reconheceu o caráter político da atuação da Administração Pública dos Estados Unidos da América -, as cortes judiciais estão impedidas de adotarem fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais não têm a expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos (Economic Analysis of Law. Fifth Edition. New York: Aspen Law and Business, 1996, p. 671). Portanto, as escolhas políticas dos órgãos governamentais, desde que não sejam revestidas de reconhecida ilegalidade, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário.

[...]¹³

Deste modo, a referida doutrina aponta que não poderia o Poder Judiciário entrar no âmbito do chamado mérito administrativo, sob pena de ofensa à independência dos poderes. Outra limitação clássica, constantemente citada em processos judiciais, é a chamada reserva do possível. A questão, meramente lógica, é que os recursos públicos são finitos, sendo que a demanda não poderia ser superior.

Marcelo Figueiredo¹⁴ aponta que a prestação de direitos sociais não pode ficar refém do argumento da ausência de recursos, sob pena daqueles perderem qualquer utilidade prática. Todavia, imperioso se reconhecer que todos os direitos, positivos ou negativos, possuem um custo, o qual deve ser arcado pelos recursos públicos originários dos impostos pagos pela sociedade. Tendo em vista esta clara contraposição entre as obrigações estatais e o erário, necessário se encontrar limites claros para a revisão judicial.

O autor continua, citando artigo de Ana Paula de Barcellos, apontando em quais casos é passível a revisão judicial:

¹² SUNSTEIN. Cass R., VERMEULE, Adrian. The Morality of Administrative Law. *Harvard Law Review*. Cambridge. Vol. 131/2018. Núm. 07. p. 1932/1978. Mai. 2018.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AgInt na SLS 2.240/SP, Relator: Ministra Laurita Vaz, Brasília, 07 de junho de 2017, Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Info605.pdf>. Acesso em: 10 de jul. 2020.

¹⁴ FIGUEREIDO, Marcelo. *Direito Constitucional: estudos interdisciplinares sobre federalismo, democracia e Administração Pública*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 168-169.

I) a fixação de metas e prioridades por parte do Poder Público em matéria de direitos fundamentais; II) o resultado final esperado das políticas públicas; III) a quantidade de recursos a ser investida em políticas públicas vinculadas à realização de direitos fundamentais, em termos absolutos e relativos; IV) o alcance ou não das metas fixadas pelo próprio Poder Público; e V) a eficiência mínima (entendida como economicidade) na aplicação de recursos públicos destinados a determinada finalidade.¹⁵

Logo, existe a possibilidade de revisão judicial, porém a mesma não é ilimitada. Certas matérias são de competência privativa do gestor, o qual, ao menos no contexto nacional, possui legitimidade democrática para realizar opções. Contanto que este não ignore suas obrigações sociais, ou ativamente trabalhe contra elas, a possibilidade de interferência judicial é pequena. Outro ponto que merece atenção, é quanto a formatação de políticas públicas de grande porte e a possibilidade de questionamento da mesma nos tribunais. Matéria esta que envolve a análise da chamada teoria das capacidades institucionais, a qual será analisada no próximo tópico.

2 A teoria das capacidades institucionais

A questão básica por trás desta teoria é a capacidade de cada ente público de realizar a interpretação de normas. Cada órgão organiza seus quadros de acordo com suas necessidades e funções. Um hospital público requer uma equipe completa de servidores da área médica, enquanto uma delegacia possui necessidades diferentes.

Da mesma forma, os Poderes da república se organizam de forma diversa. Enquanto o Poder Executivo requer médicos, economistas, policiais, auditores, advogados, engenheiros etc. Os demais poderes apresentam necessidades diversas. A especialização de diferentes órgãos públicos, realizada de forma racional, tem o condão de maximizar a eficiência dos serviços à população.

Tal especialização, então, deve ser levada em conta quando da implantação de Políticas Públicas. Políticas estas que, caso mal implementadas, podem ter efeitos nefastos em face à população. Cass R. Sustein e Adrian Vermeule, em artigo célebre sobre o tema¹⁶ apontam que as discussões sobre interpretação de normas, incluindo tanto a matéria constitucional, legal e decisões judiciais, deve levar em consideração a

¹⁵ FIGUEREIDO, Marcelo. *Direito Constitucional: estudos interdisciplinares sobre federalismo, democracia e Administração Pública*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 170.

¹⁶ SUNSTEIN. Cass R., VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*. Cambridge. Vol. 101/2003. Núm. 04. p. 885/951. Jan. 2003.

capacidade sobre o tema do intérprete.

Um dos primeiros pontos levantados pela dupla de doutrinadores é que na falta de clareza sobre fatos, o julgamento de valores deve ser político e não judicial. Tal situação é essencial no caso de pensamentos macros sobre políticas, uma vez que a definição errada pode ter consequências desastrosas. Ademais, este pensamento não destoa das limitações para controle da atividade administrativa expostas acima.

De relevante interesse é a crítica realizada sobre as diversas teorias referentes a interpretação jurídica exposta no trabalho. O trabalho de doutrinadores famosos no sistema anglo-saxão como Bentham, Blackstone, H.L.A. Hart, Henry Hart, Sacks, Dworkin, Eskridge, Manning e Posner, os quais adotam posicionamentos díspares, é criticado principalmente por não levar em consideração a capacidade de cada instituição.

Em especial, a crítica ao juiz Hercules de Dworkin. Multicitado, tanto em sistemas de *common law*, quanto em doutrinas do sistema romano-germânico, Dworkin defende a possibilidade de existir uma decisão certa para cada caso, a qual poderia ser alcançada por um magistrado de grande capacidade. Refere-se a este julgador como Hercules, o semideus da mitologia grega.

Em sua crítica, os autores apontam que os magistrados, apesar de tecnicamente capacitados, não podem ser comparados a um ser mitológico, possuindo limitações bem humanas. Deste modo, uma teoria de interpretação que ignore as limitações do intérprete, está fadada a resultado subótimo.

No que se refere aos conflitos entre teorias formalistas e as demais que permitem a “atualização” dos dispositivos, conforme defendido por William Eskridge, o artigo¹⁷ discorre quanto ao risco de os magistrados não estarem tão afinados com os valores correntes na sociedade. Principalmente em um ordenamento como o estadunidense, cuja constituição foi publicada no séc. XVIII e possui apenas 27 emendas, a possibilidade de existirem normas que não mais representem os valores correntes na sociedade é grande. O que já diverge da realidade nacional.

Todavia, igualmente possível que o magistrado não esteja plenamente afinado com a resposta correta a esta crise. Afinal, o mesmo não é um ser mitológico ou representante popular. Os autores continuam a análise afirmando que tal risco não

¹⁷ SUNSTEIN. Cass R., VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*. Cambridge. Vol. 101/2003. Núm. 04. p. 885/951. Jan. 2003.

necessariamente refuta as conclusões de Eskridge, mas não se pode afirmar certamente que a mesma traria benefícios para o sistema.

Em outro momento, o artigo¹⁸ aponta que as agências, as quais possuem poder regulamentar no sistema estadunidense, estariam mais aptas a fazer interpretações dos textos normativos, por dois motivos: possuem maior competência técnica e tem condições de prever perturbações ao esquema normativo. Tal posicionamento vem do receio que decisões judiciais, não amparadas em critérios técnicos, desencadeiem consequências sistêmicas.

As críticas do artigo são mais extensas, todavia, para os fins deste trabalho, focaremos nestas. Antes de tudo, necessário se apontar que a teoria das capacidades institucionais é reconhecida no direito pátrio. O próprio Supremo Tribunal Federal¹⁹ já reconheceu as limitações inerentes as funções de estado: “A Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos ínsitos à regulação. Consoante o escólio doutrinário de Adrian Vermeule, o Judiciário não é a autoridade mais apta para decidir questões policêntricas de efeitos acentuadamente complexos”.

Ingo Sarlet traz a seguinte síntese sobre a dita teoria:

“.. em apertadíssima síntese, busca cobrar do Poder Judiciário, de modo especial em áreas sensíveis como a do controle de políticas públicas e que envolvem uma grande exigência de conhecimentos técnicos estranhos ao mundo jurídico, um maior grau de deferência em relação às opções e decisões levadas a efeito pelo legislador e pelo administrador, no sentido de uma valorização recíproca das capacidades institucionais de cada esfera estatal e mesmo propondo um produtivo ‘diálogo institucional’.”²⁰

O autor segue afirmando que os limites entre as instituições são “fluidos”, logo não se pode criar limitações estanques ao ato de julgar.

O que se exige pela referida teoria, com foco nos casos decorrentes da presente pandemia, é que a decisão judicial seja baseada em fatos sólidos. No caso de incertezas ou situações por demais complexas, no caso de controle de políticas públicas, o

¹⁸ SUNSTEIN. Cass R., VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*. Cambridge. Vol. 101/2003. Núm. 04. p. 885/951. Jan. 2003.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1083955 AgR. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Brasília 28 de maio de 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750040942>>. Acesso em: 10 de jul. 2020.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 239.

magistrado deve reconhecer que o melhor juízo para o caso deverá ser o político. Doutrina clássica nacional já exigia que o magistrado se manifestasse com base em fatos, e não apreciações subjetivas. Moacyr Amaral Santos²¹ lecionava sobre a sociabilidade do convencimento judicial.

Em tais casos de incertezas, caberá ao Poder Judiciário exigir à Administração Pública a proteção aos direitos fundamentais, em especial ao da vida. Porém, em casos sistêmicos e complexos, a forma desta proteção deve ser deixada aos especialistas, podendo ser auferida a efetividade das soluções propostas.

3 Das incertezas referentes a pandemia no Brasil

Se tornou lugar comum no Brasil ouvir sobre a discussão entre a posição adotada pelo Chefe do Poder Executivo Federal e as recomendações da Organização Mundial de Saúde – OMS. Várias decisões judiciais, contrárias a posição governamental, citam a OMS como fundamento para suas medidas.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão cautelar proferida pelo Min. Luís Roberto Barroso²², reconheceu expressamente a importância de critérios médicos:

“[...]”

1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades médicas e sanitárias internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos”.

Interessante a decisão que, ao avaliar as consequências práticas de se influir em política sanitária, apontou ser necessário da adoção de critérios técnicos. Não se imiscuiu no mérito administrativo, todavia se exigiu a devida ação dos entes públicos.

²¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. I. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 340.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.421/DF. Relator(a): Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 20 de maio de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 10 de jul. 2020.

Importante esta distinção, pois as práticas sanitárias da presente pandemia não são unânimes como se pensava. Primeiro, temos que falar sobre o isolamento social. Apesar de todos os casos de sucesso comprovado que esta prática gerou, como na Nova Zelândia²³, outras notícias levam a conclusões diversas.

Recentemente os EUA foram tomados por várias manifestações em decorrência de violência com cunho racial, realizada predominantemente contra a população negra daquele país. Apesar das medidas de distanciamento social, a revolta da população contra o estado de coisas foi tão grande que milhares saíram em protesto em aglomerações. Sem entrar no mérito se foi recomendável ou justificável tal posicionamento, esperava-se um aumento de casos, já que as instruções sanitárias foram descumpridas. Todavia, não foi isso que ocorreu. Reportagem da revista *Economist*²⁴ analisou os dados e não creditou qualquer tipo de consequências nefastas às manifestações. Outra reportagem aponta que a imunidade natural da população ao vírus pode ser maior do que o esperado²⁵.

Em sentido diverso, especialistas vem apontando que o novo Coronavírus pode ser transmissível por vias aéreas²⁶, tornando-se ainda mais perigoso. O ponto aqui é que não existem certezas científicas quanto a melhor forma de combate a pandemia. Podendo ser justificáveis medidas ainda mais extremas ou relaxamentos. Tendo em vista este quadro, o trabalho de especialistas, como epidemiologistas, deve ser respeitado, ao invés de opiniões de juristas. O que não é aceitável são decisões administrativas que pecam pela inação.

Outro ponto interessante é o constante debate entre saúde e economia. A simples questão é que é uma falsa dicotomia. Nenhuma economia prospera sem se cuidar da saúde, e nenhum sistema de saúde se mantém caso não existam recursos. Um exemplo claro foi a última crise econômica que assolou esta nação. Pesquisa realizada pela Função Oswaldo Cruz, Universidade de Londres e a Fundação Getúlio

²³ Nova Zelândia anuncia que não tem mais casos ativos de Coronavírus. *Folha de São Paulo*. www1.folha.uol.com.br. 8 de jun. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/06/nova-zelandia-anuncia-que-nao-tem-mais-casos-ativos-de-coronavirus.shtml>> Acesso em: 10 de jul. de 2020.

²⁴ Black Liver Matter did not cause na uptick in covid-19 cases. *The Economist*. www.economist.com. 30 de jun. de 2020. Disponível em: <<https://www.economist.com/graphic-detail/2020/06/30/black-lives-matter-protests-did-not-cause-an-uptick-in-covid-19-cases>> Acesso em: 10 de jul. de 2020.

²⁵ SCHRAER, Rachel. Imunidade ao coronavírus pode ser maior na população do que dizem os testes, indica estudo. *BBC*. www.bbc.com/portuguese. 01 de jul. de 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-53256941>> Acesso em: 10 de jul. de 2020.

²⁶ BARIFOUSE, Rafael. Coronavírus: o que significa o alerta da OMS sobre transmissão aérea da covid-19?. *BBC*. www.bbc.com/portuguese. 09 de jul. de 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-53343977>> Acesso em: 10 de jul. de 2020.

Vargas aponta um aumento de mortalidade decorrente do aumento de desemprego²⁷. Tal cenário seria responsável por aproximadamente 31.415 óbitos. Ou seja, retrocesso econômica custa vidas humanas.

Também se utilizando da última crise como exemplo, eventual recuperação econômica demorará anos para acontecer. Em 2019, com a economia já demonstrando sinais de saúde, apenas havíamos recuperado 30% do que foi perdido entre 2014 e 2016²⁸. Os efeitos se sentirão por anos, assim como as consequências para a saúde pública.

Ou seja, ainda que posições que ignoram a pandemia sejam reprováveis, a busca de mitigar os efeitos maléficos à economia visa, como fim último, proteger o direito à vida.

O importante para a Administração Pública é proteger o máximo de vidas possível, não ignorando nenhum lado da questão.

Em frente a este cenário de incertezas, extremamente complexo, decisões judiciais invadiram claramente o mérito administrativo. Seja exigindo maiores restrições para o combate a pandemia, seja criando exceções outras que não previamente pensadas.

Decisão da justiça do Distrito Federal²⁹, em ação popular, suspendeu decreto do Governo do Distrito Federal que flexibilizava as regras de distanciamento social. Em sentido oposto, decisão da justiça de Rondônia³⁰ criou exceção às restrições de decreto do Governo do Estado de Rondônia, permitindo o funcionamento de escritório de advocacia.

Perceba-se que de acordo com as incertezas reinantes sobre a presente pandemia, as decisões judiciais deveriam cobrar efetividade do Poder Público. Porém, ao adentrar no mérito administrativo, cria-se não apenas uma infração ao princípio da separação dos poderes e da teoria das capacidades institucionais, mas também uma dificuldade para a atuação da Administração Pública na preservação do direito à vida.

²⁷ Desemprego e redução de investimentos aumentaram a taxa de mortalidade. *Fundação Fiocruz*. Portal.fiocruz.br. 15 de out. de 2019. Disponível em: < <https://portal.fiocruz.br/noticia/desemprego-e-reducao-de-investimentos-aumentaram-taxa-de-mortalidade>> Acesso em: 10 de jul. de 2020.

²⁸ PIB do Brasil só recuperou 30% do que foi perdido na crise econômica. *Exame*. Exame.com. 29 de ago. de 2019. Disponível em: < <https://exame.com/economia/pib-do-brasil-so-recuperou-30-do-que-foi-perdido-na-crise-economica/>> Acesso em: 10 de jul. de 2020.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 2ª Vara da Fazenda Pública. Ação Popular n. 0704472-79.2020.8.07.001. Juiz: Daniel Eduardo Branco Carnacchioni. 8 de jul. de 2020.

³⁰ RONDÔNIA. Tribunal de Justiça Estadual de Rondônia. Mandado de Segurança n. 0803189-66.2020.8.22.000. Relator(a): Desembargadora Marialva Henriques Daldegan Bueno. 14 de mai. de 2020.

Conclusões

O princípio da separação dos poderes é clausula pétrea constitucional, devendo ser devidamente respeitado por todas as funções públicas. No que se refere aos direitos fundamentais, é dever do Poder Judiciário cobrar dos demais as atitudes necessárias para a sua devida realização. Todavia, tal cobrança não pode ofender o mérito administrativo, ou legislativo, dos representantes democraticamente eleitos. O que não impede a cobrança de efetividade das políticas públicas.

A teoria das capacidades institucionais prega que a formulação de políticas ou ações administrativas deve ser reservada ao ente que possui capacidade técnica para sua ação. A interpretação de texto de norma sem levar em consideração tais limitações pode ocasionar problemas estruturais para toda a sociedade, sendo essencial que seja devidamente combatida essa prática.

A atual pandemia é um desastre global, sendo inescusável a inação. Todavia, sob o pretexto de se assegurar direitos fundamentais, não pode o judiciário alterar complexas políticas públicas. Cabe ao judiciário exigir efetividade nas ações dos agentes, mas não substituir suas ações.

Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Curso de Direito Administrativo. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

FIGUEREIDO, Marcelo. Direito Constitucional: estudos interdisciplinares sobre federalismo, democracia e Administração Pública. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e Comercial. Vol. I. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

STACK, Kevin M. The Constitutional Foundations of Chenery. The Yale Law Journal. New Haven. Vol. 116/2007. Núm. 5. p. 882-1169. Mar. 2007.

STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Fábio de. Art. 2º. In: CANOTILHO, J.J. Gomes. MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo Wolfgang. STRECK, Lenio Luiz. (Coord.) Comentários à Constituição do Brasil. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SUNSTEIN. Cass R., VERMEULE, Adrian. The Morality of Administrative Law. Harvard Law Review. Cambridge. Vol. 131/2018. Núm. 07. p. 1932/1978. Mai. 2018.

SUNSTEIN. Cass R., VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. Michigan Law Review. Cambridge. Vol. 101/2003. Núm. 04. p. 885/951. Jan. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AgInt na SLS 2.240/SP, Relator: Ministra Laurita Vaz, Brasília, 07 de junho de 2017, Disponível em: < http://www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Info605.pdf>. Acesso em: 10 de jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1083955 AgR. Relator(a): Min. LUIZ FUX. Brasília 28 de maio de 2019. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750040942>>. Acesso em: 10 de jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.421/DF. Relator(a): Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 20 de maio de 2020. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>>. Acesso em: 10 de jul. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 2ª Vara da Fazenda Pública. Ação Popular n. 0704472-79.2020.8.07.001. Juiz: Daniel Eduardo Branco Carnacchioni. 8 de jul. de 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Susp. De Liminar n. 5002992-50.2020.4.02.0000/RJ. Relator(a): Desembargador Roy Reis Freide. 31 de mar. de 2020.

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Ag. De Instrumento n. 0802230-95.2020.8.22.0000. Relator(a): Desembargador Renato Martins Mimesi. 09 de jun. de 2020.

RONDÔNIA. Tribunal de Justiça Estadual de Rondônia. Mandado de Segurança n. 0803189-66.2020.8.22.000. Relator(a): Desembargadora Marialva Henriques Daldegan Bueno. 14 de mai. de 2020.

BARIFOUSE, Rafael. Coronavírus: o que significa o alerta da OMS sobre transmissão aérea da covid-19?. BBC. www.bbc.com/portuguese. 09 de jul. de 2020. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/geral-53343977>> Acesso em: 10 de jul. de 2020.

SCHRAER, Rachel. Imunidade ao coronavírus pode ser maior na população do que dizem os testes, indica estudo. BBC. www.bbc.com/portuguese. 01 de jul. de 2020.

Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/geral-53256941>> Acesso em: 10 de jul. de 2020.

Black Liver Matter did not cause na uptick in covid-19 cases. The Economist. www.economist.com. 30 de jun. de 2020. Disponível em: <<https://www.economist.com/graphic-detail/2020/06/30/black-lives-matter-protests-did-not-cause-an-uptick-in-covid-19-cases>> Acesso em: 10 de jul. de 2020.

Desemprego e redução de investimentos aumentaram a taxa de mortalidade. Fundação Fiocruz. [Portal.fiocruz.br](http://portal.fiocruz.br). 15 de out. de 2019. Disponível em: <<https://portal.fiocruz.br/noticia/desemprego-e-reducao-de-investimentos-aumentaram-taxa-de-mortalidade>> Acesso em: 10 de jul. de 2020.

Nova Zelândia anuncia que não tem mais casos ativos de Coronavírus. Folha de São Paulo. www1.folha.uol.com.br. 8 de jun. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/06/nova-zelandia-anuncia-que-nao-tem-mais-casos-ativos-de-coronavirus.shtml>> Acesso em: 10 de jul. de 2020.

PIB do Brasil só recuperou 30% do que foi perdido na crise econômica. Exame. [Exame.com](http://exame.com). 29 de ago. de 2019. Disponível em: < <https://exame.com/economia/pib-do-brasil-so-recuperou-30-do-que-foi-perdido-na-crise-economica/>> Acesso em: 10 de jul. de 2020.

**32. DIREITO FUNDAMENTAL À PUBLICIDADE DOS ATOS
PROCESSUAIS: A VIRTUALIZAÇÃO DO PROCESSO E SUA ADAPTAÇÃO
À REALIDADE VIVIDA DURANTE A PANDEMIA DECORRENTE DA
COVID-19**

*FUNDAMENTAL RIGHT TO ADVERTISING PROCEDURAL ACTS: THE PROCESS
VIRTUALIZATION AND ITS ADAPTATION TO THE REALITY LIVING DURING
THE PANDEMIC ARISING FROM COVID-19*



<https://10.0.142.240/10.36592/9786587424149-32>

Ingrid Pereira Botelho¹

Resumo

A presente pesquisa objetiva estudar a aplicação do princípio da publicidade dos atos processuais e sua aplicabilidade no âmbito do processo judicial eletrônico em tempos de pandemia global. Busca-se analisar o impacto causado pela pandemia na sociedade e no poder jurisdicional, as formas eficazes de acesso à justiça mediante procedimentos virtuais e como a publicização dos processos eletrônicos se dará, tendo em vista que muito embora seja uma ferramenta eficaz para agilizar as demandas processuais, também poderá ferir outros princípios fundamentais como a intimidade e a privacidade das partes. Deste modo, a relação entre o processo eletrônico, a publicidade processual e a necessidade de salvaguarda dos direitos à integridade e intimidade são o objeto do embate proposto.

Palavra-chave: Direitos Fundamentais. Princípio da publicidade. Processo eletrônico. Pandemia (Covid-19).

Abstract

This research aims to study the application of the principle of publicity of procedural acts and its applicability within the scope of the electronic judicial process in times of global pandemic. It seeks to analyze the impact caused by the pandemic on society and

¹ Graduada em direito pela Feevale. Especialista em Direito Público pela Esmafe. Mestranda, área de concentração: Teoria Geral da jurisdição e processo pela PUCRS. Bolsista CAPES. Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8524095774674435>. E-mail: ingrid.adv.pereira@gmail.com. O material em questão foi apresentado para publicação pela mesma instituição, sob orientação e coordenação do Professor Doutor Gustavo Osna.

on the judiciary, the effective ways of accessing justice through virtual procedures and how the publication of electronic processes will take place, bearing in mind that, although it is an effective tool to streamline procedural demands, it may also hurt other fundamental principles such as the parties' intimacy and privacy. Thus, the relationship between the electronic process, procedural advertising and the need to safeguard the rights to integrity and intimacy are the object of the proposed dispute.

Keywords: Fundamental Rights. Advertising Principle. Electronic Process. Pandemic (Covid-19).

Introdução

A Constituição Federal de 1988 caracteriza-se pela positivação de garantias e direitos fundamentais possibilitando que a proteção do Estado alcance o direito do cidadão brasileiro de maneira mais eficaz e efetiva, bem como apresenta o Estado democrático de direito como uma ferramenta de limitação ao poder do Estado. Assim, todas as garantias previstas no artigo 5º da CF/88 devem ser interpretadas com vista à proteção do povo frente ao poder do Estado (MELLO, 2005).

Entre outros aspectos, a Carta Magna assegura através do seu modelo democrático a proteção do povo através da publicidade dos atos processuais nos termos do artigo 5º, LX da CF/1988 segundo o qual “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

Essa publicidade impede que o Estado cometa arbitrariedade típicas de regimes totalitaristas e permite verificar se suas motivações estão em conformidade com a lei e a vontade do povo, representando uma proteção ao jurisdicionado e ao povo brasileiro (MARINONI, 2012).

A relevância jurídica social do tema evidencia-se frente à necessidade do uso de tecnologias em virtude do isolamento social imposto pela pandemia global do corona vírus, e a busca constante pela segurança jurídica. Desta forma, o dever de publicidade interessa à sociedade que se revela um importante instrumento de proteção ao permitir a fiscalização pública da atividade jurisdicional, limitando assim, o poder do Estado.

1 O princípio da publicidade dos atos processuais como direito fundamental

A ideia de publicidade do processo judicial surgiu a partir da possibilidade de homens livres participarem dos julgamentos e da administração da justiça. Desde o direito Germânico os julgamentos ocorriam em locais chamado de praça onde ocorriam as feiras até o direito Romano onde qualquer pessoa poderia participar da administração da justiça até a criação do Império, em que este direito era reservado apenas para as classes privilegiadas (KEMMERICH, 2006).

A Magna Carta por sua vez, assegurava ao cidadão o direito a um julgamento justo, para que fosse possível assegurar este direito, previa a necessidade de dar prévio conhecimento do processo ao cidadão (KEMMERICH, 2006).

O *Bill of Rights* Americano de 1789, por sua vez, que promulgou as primeiras ementas à Constituição americana de 1786, previu explicitamente o direito a um julgamento público e célere aos indiciados criminalmente e nos casos cíveis, e previa o júri popular nas causas acima de vinte dólares (BRAGA, 2008).

A Revolução Francesa, através da Declaração dos direitos dos homens e do cidadão de 1789, prevê que “a sociedade tem o direito de pedir, a todo agente público, que preste contas de sua administração”. Observa-se que reagiu contra as decisões realizadas em segredo e de caráter inquisitivo do período anterior.

No Brasil, a Constituição do Império de 1824 no artigo 159, neste mesmo sentido, estabeleceu que: “Nas Causas crimes a Inquirição das Testemunhas, e todos os mais atos do Processo, depois da pronúncia, serão públicos desde já”.

A nossa atual Constituição de 1988 ao prever o princípio da publicidade dos atos processuais demonstra sua forte vocação democrática. Os artigos 5º, LX e 93, IX e X regem que todos os atos processuais provenientes dos órgãos do Poder Público deverão ser públicos, sejam eles administrativos ou judiciais, salvos nas situações excepcionadas pelo próprio texto constitucional que iremos tratar mais na frente.

Este princípio busca satisfazer o anseio popular de conhecer as particularidades da atuação dos agentes públicos e a proteção embutida nessa norma constitucional, permite o controle da opinião pública sobre os serviços da justiça especialmente sobre o poder que foi investido o órgão jurisdicional (THEODORO JÚNIOR, 2011).

A publicidade tem fundamento em dois princípios essenciais que movem o Estado constitucional o princípio Democrático e o princípio do Estado de Direito, no

qual a administração está subordinada à lei que ela própria edita. Ele deve ser compreendido como consequência necessária do caráter democrático da administração da justiça no Estado constitucional. Ou seja, é indispensável à existência de verdadeiro Estado democrático de direito (MARINONI, 2012).

Cruz e Tucci traz ao citar Claudio Consolo e Nicolo Trocker diz que o processo não pode converter-se num fim em si mesmo, deve se constituir como um meio e suas regras devem estar adequadas às necessidades de seus destinatários, sociedade e às partes (CRUZ E TUCCI, 2011).

Vale ainda ressaltar, segundo Alberto Reichelt baseando-se nas lições de Eduardo Couture e Portanova que a publicidade serve ainda como um meio de assegurar ao magistrado condições para que possa restar livre de maledicências ou suspeitas em relação ao seu agir. Além da função educativa associada a imposição da publicidade dos atos processuais como forma de incentivo ao interesse pela justiça e à elevação da confiança das pessoas no Poder Judiciário (REICHELTL, 2014).

Desta forma, a publicidade é elemento indispensável para a formação do processo justo, configura posição jurídica fundamental ao Devido Processo Legal exigindo transparência no exercício da função jurisdicional e permitindo o controle externo e interno sobre a boa ministração da justiça - visando reforçar a confiança popular na boa administração pública (MATTOS, 2009).

Sergio Luís Wetzel de Mattos classifica a publicidade dos atos processuais como externa e interna. A primeira diz respeito ao conhecimento dos atos processuais pelo público em geral, sendo restringível em casos excepcionais em atenção a outros valores igualmente dignos de proteção. A segunda por sua vez, é irrestrita, compreende a possibilidade de informação quanto aos atos processuais pelas partes e pelos respectivos advogados como condição de efetividade do contraditório (MATTOS, 2009).

Nos ensinamentos de Mitidiero e Marinoni por sua vez, além de classificarem a publicidade processual como restrita e irrestrita compreendem ainda a publicidade como imediata e mediata. A imediata é aquela que faculta ao público em geral, às partes e seus advogados a presença no momento da prática do ato processual, já a mediata, é acessível ao público e às partes e seus advogados apenas no resultado da prática do ato processual (MARINONI; MITIDIERO, 2012).

A regra no processo é a publicidade irrestrita e imediata, é facultado a todos o acesso dos autos e a presença no momento da prática dos atos processuais. Havendo

restrição apenas em nome da “defesa da intimidade” ou em função do interesse social (art 5, LX CF/88). A torna mediata apenas em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (art. 93, IX). Cabe ao legislador infraconstitucional densificar os casos em que se torna necessária esta restrição (MARINONI; MITIDIERO, 2012).

Neste contexto e frente à importância do referido princípio para a garantia da democracia e da segurança jurídica, muito embora a publicidade dos atos processuais seja a regra, comporta exceções, sendo possível em determinados casos restringir a publicidade a fim de permitir que tão somente as partes, seus procuradores e terceiros juridicamente interessados tenham acesso (NERY JUNIOR, 2009).

Também é possível ver a preocupação com a transparência dos atos processuais do legislador no andamento do processo ao prever princípios que serão vetores na interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais. Visto que, para o bom desenvolvimento do processo e efetiva entrega da tutela jurisdicional é necessário que as partes e a sociedade conheçam o seu conteúdo (REICHELDT, 2014).

2 Hipóteses de restrição na Publicidade dos atos processuais

A redação dada ao artigo 93, IX pela EC 45/2004 manteve orientação geral, anteriormente não fazia remissão à privacidade e à intimidade. A nova redação dispôs que poderia a lei limitar a presença em determinados atos às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. Antes da Emenda 45 o referido inciso não fazia remissão à privacidade e à intimidade. Deste modo, nota-se que a Constituição Federal de 1988 se traduz em preocupação universal quando consagra que a publicidade não poderá violar direito à intimidade.

O artigo 189, inciso I ao IV do Código de processo civil ampliou o rol de casos em que o processo está protegido pelo segredo de justiça, estendendo expressamente o sigilo aos processos relativos à separação de corpos, à união estável, naqueles em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade e que digam respeito à arbitragem. Estipula quatro hipóteses para essa medida excepcional, variando no caso concreto quanto ao interesse público ou social: a) interesse público ou social; b) preservação da intimidade; c) cláusulas de confidencialidade.

A Preservação do interesse público ou social tratada no inciso I, impõe ao juiz que a tramitação ocorra em segredo de justiça quando exigir o interesse público ou social observada a previsão do artigo 5º, LX da CF/1988. O magistrado deverá deliberar com muita cautela pois a regra consiste na publicidade. Exemplo disto, a pretensão de reparar dano sofrido por número indeterminado de pessoas despertando comoção e clamor público; ainda nos casos que envolvam necessidade de sigilo em processos com “informações comerciais de caráter confidencial e estratégico de empresas” -3ª turma do STJ, AgRg na MC 14949-SP, 19.05.2009, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJE 18.06.2009 (ASSIS, 2015).

No que se refere à preservação da intimidade das partes o artigo 189, II traz as causas em que tal bem, com a possibilidade de consulta irrestrita aos autos, sofreria violação irreparável. O catálogo posto no inciso é meramente exemplificativo, isto é, causas e recursos que versem sobre casamento, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes (ALVIM, 2010).

Quanto à preservação da confidencialidade do artigo 189, inciso IV a arbitragem, é de regra, confidencial, apesar do sigilo não ser pressuposto do processo arbitral. A restrição exposta no processo arbitral refere-se à publicidade externa, os atos processuais se restringem às partes e ao órgão investido em função judicante. O exercício da jurisdição é realizado por órgão não estatal e envolvem situações jurídicas disponíveis e titularizadas por pessoas capazes. O sigilo neste caso, é a concretização do direito fundamental à preservação da intimidade (DIDIER, 2015).

Muito embora o Código de processo civil de 2015 tenha inovado no sentido de incluir novas hipóteses em que os processos podem tramitar em segredo de justiça, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que estas são meramente exemplificativas autorizando o sigilo também em processos que entendam ser merecedores da tutela jurisdicional (ASSIS, 2015).

Como se observa, não pode o magistrado impor unilateralmente o sigilo vedando uma das partes o acesso aos autos. Todavia, admite-se por exemplo, o sigilo parcial na formação do ato executório e até a sua execução havendo receio de o prévio conhecimento implicar a frustração da medida. Assim, a liminar inaudita altera parte, por exemplo, não viola o direito à publicidade, nem o caráter reservado da audiência de justificação- artigo 300, § 2º, do CPC/2015 uma vez que a tutela jurisdicional poderia sofrer risco de ineficácia caso a outra parte tenha acesso prévio conhecimento (CRUZ E TUCCI, 2010).

A constituição traz algumas situações de sigilo constitucional onde ocorre o acesso restrito às informações como forma de combate a determinadas espécies de crime, é o que acontece com a proteção a testemunha (Lei 9807/99). Não se fala em nulidade por violação à publicidade nesta restrição de acesso à qualificação de testemunhas. Nos casos em que o sigilo judicial visa à proteção da intimidade da pessoa eventual quebra judicial de sigilo telefônico, por exemplo, não está à disposição de outros órgãos estatais pertencendo tão somente ao juízo que o ordenou (Lei 9296/96) (MARINONI, MITIDIERO, 2012).

A comunicação dos atos processuais nas causas em segredo de justiça às partes é realizada preferencialmente por via eletrônica e subsidiariamente por meio de publicação no órgão oficial. Vale ressaltar que a existência do processo em si não constitui objeto de sigilo, desta forma, a divulgação do julgamento e do resultado da causa coberta pelo segredo de justiça não constitui transgressão ou ilícito (ASSIS, 2015).

3 Publicidade nos julgamentos da Suprema Corte- O STF e os julgamentos constitucionais com transmissões ao vivo. Acesso à jurisdição?

Araken de Assis explica que a publicidade tem dupla finalidade: garante o controle social da atividade judiciária e preserva a imagem do próprio magistrado, isentando-o de suspeitas e evitando maledicências. Nesse sentido, este princípio visa a satisfação do anseio popular de conhecer as particularidades da atuação dos agentes públicos (ASSIS, 2015).

Já temos no Brasil um sistema eficiente de transmissões das sessões e audiências ao vivo na televisão, em especial as do STF, trata-se de uma concretização da dimensão externa do direito fundamental à publicidade processual. Frente a esta relevância, é importante frisar que o processo eletrônico já faz parte do nosso dia a dia garantindo acesso ao seu inteiro teor por essa mesma e revolucionária via, não havendo sentido a reprodução de práticas ultrapassadas.

Outro passo do STF rumo à publicidade dos atos processuais foi a criação da Rádio Justiça que também transmite o áudio das sessões plenárias. Embora a frequência esteja limitada ao Distrito Federal, o canal pode ser acessado pela internet.

O Supremo tribunal Federal do Brasil conta ainda com uma página própria no Youtube, que reproduz as sessões plenárias e os programas da TV Justiça. Há os que

defendem a transparência e a aproximação entre a população e o judiciário; do outro, os que criticam a exposição, que consideram exagerada. No entanto, hoje, todos têm de concordar que esse é um caminho sem volta.

Quando se trata de acesso público às sessões de julgamento nos tribunais e às audiências no primeiro grau, na maioria das vezes com acomodações acanhadas, permite o ingresso de poucas pessoas ao local. Todavia, o impedimento físico não compromete o princípio da publicidade- as portas da sala, em todo caso, ficarão abertas, satisfazendo-se assim o direito processual fundamental.

Esta iniciativa da Suprema Corte acabou influenciando ações semelhantes em outras instâncias judiciais, como ocorre em determinados foros, onde sentenças e decisões de primeiro grau, já podem ser assistidas em tempo real, bem como o que ocorre nas transmissões de júri popular através de diversas plataformas digitais. Nota-se que este método de transmissão perpassa o espaço geográfico, não existindo muitas vezes sequer restrição temporal.

De outra banda, no que diz respeito ao acesso aos autos do processo nos foros, estes muitas vezes não são solícitos no acesso às informações ao público em geral por não disponibilizarem na prática a consulta destes ou simplesmente porque não facilitam seu acesso. O que se encontra na prática é um despreparo dos agentes do Estado e um sistema dotado de procedimentos burocráticos que obstaculizam o acesso do cidadão ao seu direito fundamental processual à publicidade, sendo disponibilizado apenas mediante requerimento ao juiz (ASSIS, 2015).

No que diz respeito ao processo eletrônico, limitar o acesso do conteúdo somente às partes, órgãos auxiliares, advogados e juiz conforme bem coloca Araken de Assis, “*cerceia o que há de melhor no mundo virtual: a exposição do que é intrínseca e naturalmente público ao controle público.*” A Constituição Federal é clara ao proclamar o povo como detentor do poder e a jurisdição deve ser exercida em seu nome (ASSIS, 2015).

Fredie Didier afirma que a divulgação de julgamentos do Supremo Tribunal Federal ao vivo na televisão é inédita no mundo. Indubitavelmente, é uma grande afirmação do direito fundamental a publicidade processual. Este fenômeno traz no geral aspectos positivos, o fato das partes e o público assistirem à discussão reforça a seriedade do julgamento e a fé na justiça. De outra banda, levanta especulações das sessões e o enfraquecimento da colegialidade do julgamento pela exposição dos

juízes, por estimular vaidades, originar votos longos e os induz a julgar da forma como pensa a maioria (DIDIER, 2015).

Em outros ordenamentos é resguardado o caráter reservado dos julgamentos. Na Itália, por exemplo, havendo ou não debate oral a causa é decidida reservadamente participando do enclave somente os magistrados, artigo 13 das disposições de aplicação c/c artigo 276 do CPC peninsular. Em França, por sua vez, conforme dispõe o artigo 448 CPC este caráter reservado dos julgamentos transformou-se em princípio geral do direito público em que os magistrados se obrigam a guardar religiosamente o segredo das deliberações (DIDIER, 2015).

4 Publicidade dos atos processuais e sua relação com a tecnologia-processo eletrônico e a facilidade de acesso a base de dados

A publicidade é garantia inerente ao próprio Estado de direito, o acesso ao teor do processo garante às partes e ao cidadão o controle e fiscalização dos atos públicos, por conseguinte, o exercício de outros direitos fundamentais como direito fundamental de acesso à justiça, impondo aos órgãos do Poder Judiciário a obrigação de prestar a tutela jurisdicional em tempo razoável (MELLO, 2003).

No momento em que se consagra a noção de um processo público através da implementação do processo eletrônico, a publicidade se torna parte integrante na busca pela consolidação do processo civil do Estado Constitucional a fim de concretizar a segurança jurídica, bem como assegurar os direitos e garantias fundamentais (ROCHA, 2017).

Para o desenvolvimento do processo, entendido como uma série de atos ordenados que visam a entrega da prestação jurisdicional, é necessário que as partes e a sociedade conheçam o conteúdo dos atos judiciais. A Constituição consagra o direito fundamental de acesso à justiça impondo aos órgãos do Poder Judiciário a obrigação de prestar a tutela jurisdicional em tempo razoável (REICHELDT, 2014).

Contudo, o que vemos na prática é um sistema judiciário abarrotado de processos com estruturas que não comportam o acesso da população, bem como apegados a práticas burocráticas e formalismos excessivos, obstando a efetiva entrega da tutela jurisdicional em tempo razoável.

Desta forma, como anteriormente colocado, o processo eletrônico já é o nosso presente, auxiliando no aprimoramento da instituição diante das problemáticas que

norteiam as rotinas e práticas forenses. É imprescindível a modernização do aparelhamento judicial e da administração da justiça. A tendência é que a divulgação e publicidade dos processos judiciais venham a tornar-se cada vez mais frequentes. E assim se aumentar o controle social dos atos públicos pela sociedade (ROCHA, 2017).

Especialmente diante dessa “nova” realidade vivida em virtude da pandemia mundial em que todos os cidadãos estão tendo que se adaptar de alguma forma em todos os âmbitos que compõe a sociedade. Passado mais de três meses do início das medidas de contenção da pandemia, já está evidente os reflexos atuais sobre o sistema de justiça brasileiro, reflexos esses que, sem dúvida, perdurarão.

As medidas de isolamento e distanciamento social adotadas pelo governo produziram efeitos acentuados no funcionamento da atividade jurisdicional através de atendimentos remotos, suspensão de audiências ou qualquer procedimento presencial e estabeleceu aos servidores o trabalho home office. O que levou o judiciário, os advogados e as partes a investirem e agilizarem ainda mais o progresso tecnológico, porque mesmo já existindo, vinha ganhando espaço de forma ainda paulatina.

Desta forma, a Lei nº. 11.419 de 19 de dezembro de 2006 está sendo essencial para o andamento da máquina judiciária. A lei dispõe sobre a informatização do processo judicial, a qual alterou alguns dispositivos do Código de Processo Civil é dividida em quatro capítulos:

O primeiro trata em três artigos sobre a informatização do processo judicial, o segundo capítulo (arts. 4º ao 7º) disciplina a comunicação eletrônica dos atos processuais, o terceiro capítulo (arts. 8º a 13) tratou de questões atinentes à tramitação do processo eletrônico. E por fim, o quarto e último capítulo estabelece as disposições gerais e finais (arts. 14 ao 22), completando o ciclo de reformas legais voltadas para a completa informatização do processo judicial brasileiro.

A Lei de Informatização do Processo Judicial dispõe sobre duas situações para a comunicação eletrônica dos atos processuais, mediante publicação no Diário da Justiça eletrônico, e por meio eletrônico em portal próprio àqueles que se cadastrarem no Poder Judiciário segundo as regras instituídas pelos respectivos órgãos.

Os princípios constituem requisito essencial para a validade dos atos processuais praticados por meios eletrônicos. De modo geral, os princípios processuais não sofrem qualquer alteração pelo fato de serem utilizados meios digitais para a prática de atos processuais. No entanto, com relação a alguns, o autor defende ser

importante algumas modificações, abrandamentos e adequações à nova sistemática (MARTINS, 2018).

O Diário eletrônico de justiça das páginas de foros e tribunais possibilitam o acesso às informações no transcurso de todo o processo, desde as manifestações até o acesso das decisões proferidas. Não se deve olvidar que, com a utilização de processos eletrônicos o direito fundamental à publicidade processual encontrará sua maior aplicabilidade e amplitude em razão do alcance das informações, uma vez que a intimação realizada por este método potencializa uma maior publicidade, bem como a celeridade na comunicação dos atos processuais (PERUINGEIRO, 2012).

Diante da facilidade de alcance das informações ao público em geral, Almeida Filho defende a relativização do princípio da publicidade em prol de outros direitos fundamentais tão importantes quanto o da publicidade, como o da privacidade e o da intimidade. Defende que a facilidade de acesso às peças e informações que integram os autos processuais pode gerar grandes prejuízos às partes (ALMEIDA FILHO, 2006).

Ademais, ressalta-se ainda que as informações dos processos eletrônicos alocadas em sites da internet permanecem por tempo indeterminado e é esta exacerbação do princípio da publicidade processual, que justifica o cuidado para com outros princípios fundamentais igualmente assegurados constitucionalmente (ALMEIDA FILHO, 2006).

Para as situações em que houver a colisão entre estes princípios deve-se adotar critérios de ponderação, razoabilidade e proporcionalidade. A publicidade dos atos processuais não precisa ser necessariamente eliminada, visto que ela já está presente e é de fato eficiente, todavia, a utilização deste meio deve ser mitigada de modo a não causar prejuízos às partes envolvidas no processo (ASSIS, 2015).

A Lei nº 11.419/2006 estabeleceu algumas restrições para publicidade dos atos processuais e posteriormente foi regulamentada pela Resolução nº 121/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a qual regulamenta a divulgação de dados processuais eletrônicos na rede mundial de computadores com intuito de evitar a estigmatização das partes pela exposição dos conteúdos dos processos judiciais na internet.

A Resolução 121/2010 do Conselho Nacional de Justiça dispõe ainda que a publicidade restrita ou especial dos atos processuais é medida que se impõe para a defesa da intimidade ou o interesse público. Ou seja, a transparência dada aos atos processuais através da divulgação do processo na rede mundial de computadores

deverá ser realizada sem negligenciar a preservação do direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (MARTINS, 2018).

Por este motivo que Almeida Filho defende a relativização da publicidade quando aplicada aos processos judiciais eletrônicos. Com efeito, a aplicação da ponderação e a razoabilidade é medida que se impõe para conciliar os princípios constitucionais da publicidade e outros direitos fundamentais como direito à intimidade, privacidade, como meio de evitar futuras violações ao direito e exposições desnecessárias das partes envolvidas nos processos judiciais (ALMEIDA FILHO, 2006).

Nota-se que as mudanças geradas em razão da pandemia global, sem dúvidas, serão permanentes. Dia a dia evidencia-se que não retomaremos a normalidade da atividade jurisdicional, de modo que as práticas implantadas, necessárias e inovadoras, passarão a fazer parte da atividade judiciária diante da nova realidade vivida.

5 A publicidade dos atos processuais frente às resoluções dos Tribunais sobre as medidas de prevenção adotadas ao contágio pelo Novo Coronavírus (COVID-19)

Dentro do nosso atual cenário de pandemia de escala global a população, recolhidos em casa ou trabalhando enfrentando os riscos da doença, vai aprendendo a conviver com os novos desafios que lhes é imposto diariamente. O que se tem demonstrado a cada dia algo extremamente difícil, visto que o ser humano é naturalmente “programado” para viver em sociedade, ou seja, busca espontaneamente viver em aglomerações seja ela familiar, no meio social ou laboral. Esse “novo normal” nos impõe diariamente provocações e rearranjos em todos os setores da vida em sociedade, as atualizações tecnológicas e a busca por elas cresceram em questão de meses o que era programado para ocorrer de forma progressiva em alguns longos anos: escolas, universidades, professores e alunos precisaram se adaptar rapidamente para encararem de forma definitiva o mundo virtual; empresas e funcionários necessitaram amoldar-se ao home office; profissionais liberais diante do fechamento do comércio tiveram que se reinventar buscando sua subsistência.

O fato é que a vida precisou seguir de alguma forma. Apesar do novo panorama, os velhos conflitos e disputas continuam, bem como novos problemas e dúvidas

surgem constantemente e, sem dúvidas, o poder judiciário e advogados têm grandes responsabilidades diante de todas estas modificações sociais, porque além de habituar-se à nova realidade e sobrepujar todas as dificuldades, sejam elas físicas ou tecnológicas, devem operar de forma que os direitos, deveres e a “justiça” de fato sejam efetivados.

Dito isto, questiona-se de que forma os grandes e velhos problemas podem ser sanados dentro dessa nova realidade? O acesso à tecnologia chega a todas as camadas sociais? E, por fim, o acesso à justiça de fato alcança a todos equitativamente? São novos tempos, todavia, são os velhos questionamentos.

O poder judiciário, ainda que a passos largos, já vem adotando a tecnologia como meio facilitador do trabalho jurisdicional, as plataformas digitais são utilizadas para andamento dos processos eletrônicos e, mais recentemente, julgamentos virtuais. Ademais, já é realizado atendimentos remotos, audiências virtuais, entre vários outros serviços prestados pelo poder judiciário.

Diante disto, e atento às diversas medidas tomadas pelo governo de incentivo ao isolamento social, o poder judiciário vem igualmente buscando medidas como forma de evitar o colapso da saúde pública, em consonância com as condutas de isolamento social orientadas pelo governo. Diversas resoluções já foram editadas pelo Conselho Nacional de Justiça, e continuaram sendo, perante as adaptações necessárias para o momento.

O Conselho Nacional de Justiça no mês de março do ano vigente editou a resolução 313, buscando uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários de todo o Brasil e visando garantir o acesso à justiça dos cidadãos nesse período emergencial. Estabeleceu nesta resolução um regime de plantão extraordinário, bem como a suspensão de prazos processuais até 30 de abril, ocasião em que houve a necessidade de ampliações posteriores deste prazo.

A resolução estabelece que os processos deverão seguir o curso normal, apenas as audiências e sessões de julgamento presenciais não ocorrerão enquanto perdurar essa restrição social. No entanto, a resolução estabelece também que, sendo possível, ocorrerão sessões de julgamentos virtuais, audiências virtuais e atendimentos remoto às partes e advogados, tendo em vista que tanto os magistrados quanto os servidores trabalharão também na modalidade home office, assim, ficam mantidas todas as atividades, especialmente as essenciais pelo poder judiciário conforme bem estabelecido no artigo 5, em que prever que esta suspensão processual não poderá ser

um obstáculo “a prática de ato processual necessário à preservação de direitos e de natureza urgente”.

O artigo 2, §1º da Resolução 313 do CNJ preocupou-se também em dar seguimento à publicização dos atos processuais ao estabelecer que “os tribunais definirão as atividades essenciais a serem prestadas, garantindo-se, minimamente: (...) II – a manutenção de serviços destinados à expedição e publicação de atos judiciais e administrativos”. Nota-se que a publicidade dos atos processuais, enquanto princípio constitucional, está entre as atividades essenciais do poder judiciário e tem como fim garantir a transparência e a prestação jurisdicional à população.

Nota-se que a revolução tecnológica sem dúvidas proporcionou uma facilitação na atividade jurisdicional, especialmente em momentos de pandemia, todavia, o teletrabalho dos servidores do judiciário não poderão deixar dar ampla ciência dos seus atos aos cidadãos, significa dizer que deverão disponibilizar e facilitar ao máximo o acesso de toda a população aos atos “virtuais” do judiciário.

A pandemia do Corona vírus teve um importante papel de antecipar a busca e utilização das transformações tecnológicas que, muito embora existissem, vinham ainda a passos largos, e um “novo” mundo se avizinhou diante de nós com transformações em todos os âmbitos da vida humana, redefinindo valores, prioridades, modificando relações interpessoais e transformando definitivamente os vínculos e a maneira tradicional de desempenho laboral. Não há como olvidar que a pandemia passará, todavia, suas marcas perdurarão e, no sistema judiciário, se de fato facilitarem e simplificarem o acesso à justiça para todos, ocorrerá de forma muito positiva.

Considerações Finais

O presente ensaio objetivou analisar as garantias fundamentais de acesso à justiça, a publicidade e os impactos decorrentes da pandemia do covid-19 diante do fenômeno da informatização judicial. Observou-se o princípio da publicidade tendo sua base na ideia do Estado Democrático de Direito, na exata medida em que proporciona a fiscalização da atividade jurisdicional e impede abusos por parte do Estado.

Analisou-se, ainda, que a publicidade dos atos processuais, em casos específicos, pode ser restringida, a fim de que tão somente as partes, seus procuradores

e terceiros juridicamente interessados tenham acesso, no sentido de assegurar que outros princípios fundamentais não sejam violados, e que o interesse do Estado reste protegido.

A nova dinâmica social trazida pela pandemia do Covid-19 e a necessidade de virtualização do processo amplia significativamente o acesso à justiça e consequentemente o princípio da publicidade, pretendeu-se estudar o aprimoramento do sistema processual vigente oriundo da informatização judicial, bem como analisar os novos problemas a serem enfrentados pela implantação deste novo sistema.

Conclui-se afirmando que apesar dos grandes avanços tragos pela rede mundial de computadores, no que se refere a ampliação da publicidade e principalmente quanto a celeridade processual, se torna imprescindível o cuidado e a criação de melhores mecanismos para defesa de informações pessoais, de modo a não gerar danos às partes envolvidas no processo. Ou seja, a regra é a publicidade no processo, inerente ao próprio Estado Democrático de Direito, todavia, ela deve estar em consonância com outros grandes valores constitucionais, no caso os direitos fundamentas à intimidade e à privacidade das partes em juízo.

Referências

ALMEIDA FILHO, José Carlos de. **O princípio da publicidade no processo frente à EC 45/2004 e o processo eletrônico**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2006.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ASSIS, Araken. **Processo civil Brasileiro**: Parte geral: institutos fundamentais. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do devido processo legal nas relações privadas**. Salvador: Juspodivm, 2008.

BRASIL. **Código de Processo civil**. De 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 17 de jun. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 jun. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional 45**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm> Acesso em: 01 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.419**, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm> Acesso em: 01 Jul. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-313-5.pdf>>. Acesso Em 07 Jun 2020.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantias constitucionais da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões no projeto do CPC**-Análise e proposta. São Paulo: Revista dos tribunais, 2011.

Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao1789.html>> Acesso em: 30 de Jun 2019.

DIDIER, Jr. Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil. Salvador: Jus Podivm, 2015.
KEMMERICH, Clóvis Juarez. **O direito processual da Idade Média**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

MARTINS, Marcelo Guerra. **A mitigação do princípio da publicidade e a resolução 121/2010 do CNJ na sociedade da informação**. In: Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 123 – 140, Jul / 2018.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

PERUINGEIRO, Ricardo. **O livre acesso à informação, as inovações tecnológicas e a Publicidade processual**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 149 – 180, Jan /2012.

REICHELT, Luis Alberto. **A exigência de publicidade dos atos processuais na perspectiva do direito ao processo justo**. São Paulo: Revista dos tribunais, Ago/2014.

ROCHA, Henrique de Moraes Fleury da. **Garantias fundamentais do processo sob a ótica da Informatização judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 267/2017, p. 129 – 170, Mai/2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

33. UMA PROPOSTA DE RELEITURA DA GARANTIA DE ACESSO AO JUDICIÁRIO: O PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E O USO DA PLATAFORMA CONSUMIDOR.GOV.BR

NEW INTERPRETATION OF THE ACCESS TO THE JUDICIAL SYSTEM GUARANTEE: A PRELIMINARY ADMINISTRATIVE REQUEST AND THE USAGE OF CONSUMIDOR.GOV.BR



<https://10.0.142.240/10.36592/9786587424149-33>

Carolina Borges Mosmann¹

Resumo

Almeja-se com a presente pesquisa suscitar a necessidade de uma releitura da garantia de acesso ao judiciário (art. 5º, inciso XXXV da CF), à luz da necessidade de racionalização seus recursos e do dever de promoção da autocomposição, com o fito de adequar sua aplicação prática à atual conjectura que se insere a máquina judiciária. Palavras-chaves: acesso ao judiciário; direitos fundamentais; Direito Constitucional; Direito Processual Civil; interesse de agir

Abstract

The following research intends to present a new interpretation of the access to the judicial system guarantee (5th article, item XXXV from the Federal Constitution), in light of the need to rationalize its resources and stimulate the alternative dispute resolutions, focusing into adapting its practical application to the current conjecture; which is part of the judicial system.

Keywords: access to judicial system guarantee; fundamental rights; Constitutional Law; Civil Procedure Law; legal interest.

1 Introdução

Parece não haver grandes controvérsias quanto ao fato de que o processo

¹ Mestranda bolsista PRO-Stricto em Teoria Geral da Jurisdição e Processo pela PUCRS. Aluna da especialização em Processo Civil pela PUCRS. Advogada na Zavagna Gralha Advogados. E-mail: carolb.mosmann@gmail.com. O material em questão foi apresentado para publicação pela mesma instituição, sob orientação e coordenação do Professor Doutor Marco Félix Jobim.

público tradicional, por si só, é insuficiente para dar vazão os conflitos de interesses emergentes das complexas relações sociais vivenciadas.

No entanto, as discussões doutrinárias começam a emergir quando pensadas as formas de racionalização e distribuição adequada dos recursos limitados e comuns disponíveis no judiciário e se intensificam quando pensadas à ótica da garantia de acesso ao judiciário, posta no art. 5º, inciso XXXV da CF e reiterada pelo legislador infraconstitucional ao art. 3º do CPC.

Sabe-se que não é necessário o esgotamento da via administrativa para ingresso no Poder Judiciário, sobretudo em razão da garantia constitucional de inafastabilidade posta ao art. 5º, inciso XXXV da CF/88². Mas será que o prévio requerimento administrativo não seria imprescindível para configuração do interesse de agir (pretensão resistida) em determinados casos? Condicionar a atuação jurisdicional à tentativa de resolução previa do conflito pelo jurisdicionado teria o condão de violar a aludida garantia constitucional?

Estas e outras questões que circundam o tema são objeto da presente análise que visa, sobretudo, contribuir para a racionalização dos recursos do Judiciário frente a hiper litigiosidade hodiernamente experimentada, a baixa efetividade do provimento jurisdicional e seu elevado custo ao Estado.

Para tanto, o presente trabalho foi dividido em quatro momentos. No primeiro momento traçou-se um panorama geral acerca do direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional. Em segundo momento, abordou-se, mediante apresentação de dados empíricos, a genuína preocupação da doutrina processualista com a hiper litigiosidade brasileira. Em terceiro momento tentou-se demonstrar ao leitor a necessidade de releitura da garantia constitucional posta ao art. 5º, XXXV da CF. E, em quarto e último momento, buscou-se, também com dados empíricos, demonstrar a efetividade da plataforma Consumidor.gov.br na resolução de conflitos consumeristas e na desjudicialização de demandas.

2 Acesso ao judiciário e esgotamento da via administrativa

Inicialmente, cumpre estabelecermos premissa basilar de que “o direito

² MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 10 à 50 da Constituição da República Federativa do Brasil.** Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1998. P. 197.

fundamental preconizado pelo inciso XXXV, art. 5 da CF³, não pode ser confundido com o direito humano e fundamental de acesso à justiça⁴. Isso porque a aludida garantia fundamental, doravante referida como acesso ao judiciário⁵, é, em verdade, espécie do direito humano e fundamental de acesso à justiça, sendo este último compreendido como “acesso efetivo a todos os meios pelos quais as pessoas possam reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios”⁶, consoante bem elucidada Luis Alberto Reichelt.

A garantia constitucional de acesso ao judiciário foi originalmente posta na Constituição Federal de 1946, ao artigo 141, § 4º e dispunha que: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. A redação permaneceu inalterada na Constituição Federal de 1967.

Na Magna Carta de 1969, em que pese a redação original fosse a mesma das constituições anteriores, após a Emenda Constitucional n. 7 de 1977, a aludida garantia fundamental restou condicionada ao esgotamento da esfera administrativa, resultando redigida a previsão legal da seguinte forma: § 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido”.

A condicionante vigorou até a promulgação da Constituição de 1988, quando suprimida pelo constituinte. Atualmente, prevê a Magna Carta, ao seu art. 5, XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, não procedendo ressalvas ou condicionantes para o exercício deste direito, o qual, destaca-se, compõe rol de direitos fundamentais.

Diante da supressão da condicionante de exaurimento prévio da via administrativa, conclusões como (i) qualquer cidadão que entenda ter seu direito lesionado ou ameaçado pode buscar a prestação jurisdicional independentemente de

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm. Acesso em: 11.06.2020.

⁴ REICHELTL, Luis Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no Novo CPC. Revista de Processo. REPRO VOL. 258. Agosto de 2016.

⁵ Denominação também empregada pelos professores Sergio da Cruz Arenhart e Gustavo Osna. Ver: ARENHART, Sérgio Cruz e OSNA, Gustavo. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. P. 69. O nome da obra deve sempre estar grifado – itálico ou negrito.

⁶ REICHELTL, Luis Alberto. O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no Novo CPC. Revista de Processo. REPRO VOL. 258. Agosto de 2016.

ingresso na esfera administrativa; e (ii) a imposição da utilização da via administrativa como condição para prestação jurisdicional configura ofensa à garantia constitucional do livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF)⁷, passaram a ser observadas nas decisões judiciais.

Ocorre que, consoante se demonstrará a seguir, o entendimento de que a garantia posta ao art. 5º, inciso XXXV da CF, reiterada ao art. 3º do CPC, é incondicionada provém de uma análise individualista do fenômeno processual, não sustentável na atual conjuntura em que inserida a máquina judiciária brasileira.

Certo é que para que a aludida garantia tenha preservada sua “atualidade e aderência à realidade sócio-político-econômica do país, faz-se necessária sua releitura pelos aplicadores do direito, sob pena de degradar-se em mera retórica ou, ainda, em uma “oferta generalizada e incondicionada do serviço judiciário estatal”⁸

3 A “tragédia dos comuns” no judiciário brasileiro

Há décadas cientistas sociais, a exemplo de Gordon¹⁰ e Scott¹¹, se debruçam na árdua tarefa de demonstrar as devastas consequências de permitir que múltiplos agentes tenham acesso ilimitado a recursos comuns, dicotomia metaforizada por Garrett Hardin¹² como “tragédia dos comuns”. Tais estudos denunciavam que “o fato de indivíduos gozarem de direitos ilimitados de explorar cardumes em determinadas regiões levava a uma exploração acima dos níveis sustentáveis”¹³, resultado na própria extinção dos cardumes, dada sua assertividade, a lógica vem sendo transposta para o estudo de inúmeros problemas modernos, como o aquecimento global, a poluição ambiental, o congestionamento nas estradas entre outros.

A semelhança entre o que fora investigado por Gordon, Scott e Garret com o

⁷ TJRS. **Apelação Cível nº 70075098145**. Décima Câmara Cível. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, in DJe de 01/03/2018.

⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 55.

⁹ Importante esclarecer que o termo tragédia é empregue, não no sentido pejorativo do termo, mas como uma circunstância inevitável.

¹⁰ GORDON, H. S. **The economic theory of a common-property resource: the fishery**. Journal of Political Economic 62: 124-142, 1954.

¹¹ SCOTT, James C. **The Moral Economy of the Peasant: Rebellion and Subsistence in Southeast Asia**. New Haven: Yale University Press, 1976.

¹² HARDIN, Garrett. **The Tragedy of the Commons**. Science, vol. 162, No. 3859 (13 de dezembro de 1968), pp. 1243-1248.

¹³ HARDIN, Garrett. **The Tragedy of the Commons**. Science, vol. 162, No. 3859 (13 de dezembro de 1968), pp. 1243-1248.

que, hodiernamente é observado no judiciário brasileiro, fez emergir na doutrina a concepção de “tragédia do judiciário”¹⁴, através da qual busca-se demonstrar que, assim como os cardumes, os recursos judiciários são comuns e esgotáveis, devendo, portanto, ser racionalizado.

A exploração acima dos níveis sustentáveis do Judiciário é comprovada anualmente pelo Relatório Justiça em Números, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça. No último relatório publicado, ano de 2019, podemos observar que, muito embora tenha-se anunciando a melhora no coeficiente de eficiência – vale dizer eficiência meramente quantitativa¹⁵, não qualitativa –, ainda estamos diante de uma estrutura extremamente cara¹⁶ cuja taxa de congestionamento na justiça estadual chega à casa dos 73,9%¹⁷

Ainda segundo a pesquisa, em 2018 o Poder Judiciário finalizou o ano com R\$78,7 milhões de processos em tramitação, sendo 28,1 milhões de ações novas cadastradas ao longo do ano.¹⁸ Os números coligidos acompanham conclusões igualmente alarmantes, a exemplo da seguinte: “mesmo que não houvesse ingresso de novas demandas e fosse mantida a produtividade dos magistrados e dos servidores, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 6 meses de trabalho para zerar o estoque.”¹⁹

O quadro acima posto é oriundo de diversas modificações sociais experimentadas, não sendo objeto do presente trabalho dirimi-las, sendo oportuno apenas pontuá-las para reflexão posterior do leitor. A exemplo: massificação das

¹⁴ GICO JR., Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198.

¹⁵ A conta da eficiência é feita da seguinte forma: Eficiência Total = $(\sum \text{Baixado Real}) / (\sum \text{Baixado Ideal})$. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 10 de junho de 2020. P. 232

¹⁶ As despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 93,7 bilhões no ano de 2019, representado 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional. Disponível em: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 10 de junho de 2020. P. 78

¹⁷ Taxa de Congestionamento: indicador que mede o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados). Disponível em: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 10 de junho de 2020. P. 78

¹⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 10 de junho de 2020. P. 79.

¹⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 10 de junho de 2020. P. 80.

contratações, aumento da complexidade das relações sociais, o desajuste no mercado da advocacia²⁰, crise econômica que acarreta em maior número de demandas envolvendo o estado (pensões e impostos); a concessão do benefício da gratuidade de justiça sem a adequada documentação da pobreza, que acaba por aumentar o índice de recorribilidade²¹; a gratuidade irrestrita para litigar perante os Juizados Especiais Cíveis; a falta de políticas públicas de tratamento adequado dos conflitos²².

Ou seja, o Poder Judiciário há anos recebe um número de processos que é incompatível com sua capacidade de julgamento e como corolário lógico temos um quadro deficitário que obstrui a Justiça, prejudica seu acesso e torna lentos os julgamentos.²³

Nesse passo, parece-nos acertado defender a necessidade de racionalização da tutela jurisdicional, com o fito de evitar que, no lugar de acesso ao judiciário, tenhamos “um cenário de tragédia, causado pelo esgotamento dos recursos públicos alocados ineficazmente para a solução conflitos”.²⁴

4 Acesso ao judiciário e interesse de agir

A alocação eficaz dos recursos do judiciário pode, em certos casos, ser

²⁰ “Por outro lado, há um absoluto desajuste no mercado da advocacia. A cada seis meses estão sendo jogados, no já esgotado mercado, milhares de novos advogados, e estes, de forma absolutamente legítima, na expectativa da manutenção e até mesmo da dignidade pessoal, vão em busca do ajuizamento de processos. Dessa forma, o litígio, hoje, já não é mais apenas resultado de um desajuste nas relações sociais e sim algo provocado, buscado, fomentado. O processo passou a ser um produto de mercado”. Disponível em: TJRS. **Agravo de Instrumento nº 70068119684**. Nona Câmara Cível. Relator: CARLOS EDUARDO RICHINITTI. In DJ 16/03/2016).

²¹ Se o custo para manter um processo tramitando for zero, que é o caso da assistência judiciária gratuita, o índice de recorribilidade aumenta. No TJRJ, em varas cíveis da justiça comum, o índice de recorribilidade verificado foi de 65%. Nos casos em que as partes tinham direito a gratuidade, esse índice foi para 83%. Quando a parte era obrigada a pagar para recorrer, o percentual caía para 23%. “Se a Justiça é um sistema estatal de resolução de conflitos que externaliza grande parte dos seus custos (repassados para a sociedade) acaba sendo um incentivo à prática de judicializar disputas”. PIMENTEL, Wilson. Custas Judiciais em debate. **Revista Consultor Jurídico**, 29 de novembro de 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-nov-29/debate-baixo-custo-apontado-estimulo-judicializacao>>. Acesso em 06/06/2020.

²² WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

²³ AZEVEDO, André Gomma de. Desafios de Acesso à Justiça ante o Fortalecimento da Autocomposição como Política Pública Nacional. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coords). **Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 11.

²⁴ WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro**. 2018. 835 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

propiciada pela obrigatoriedade, não do exaurimento, mas do acionamento da seara administrativa previamente a instauração judicial do conflito. Isso porque, consoante pontua Cassio Scarpinella Bueno, o requisito do interesse de agir²⁵ reclama para sua configuração “que a tutela jurisdicional seja necessária para o autor, ou seja, que ele não possa conseguir o bem da vida sem a tutela requisitada”²⁶. Em adendo à esta compreensão, Luiz Guilherme Marinoni explica que o interesse processual pode, ao fim ao cabo, ser por um trinômio de adequação, utilidade e necessidade da prestação jurisdicional²⁷.

Quanto ao referido trinômio, insta explicar que a concepção de interesse-adequação está diretamente ligada a idoneidade do meio processual que se vale o jurisdicionado para alcançar a tutela jurisdicional pretendida. A concepção de interesse-utilidade, por sua vez, está relacionada ao incremento à esfera jurídica do autor que a atividade jurisdicional pode propiciar (melhor da situação fática). E, por fim, a noção de interesse-necessidade resume-se a indispensabilidade da atuação do judiciário para proteção do direito perseguido²⁸.

Desta feita, em sendo interesse processual um juízo de adequação/utilidade e necessidade, não parece crível sustar-se a existência de interesse de agir nos casos em que o interessado não tenha previamente manifestado sua pretensão ao adversário, porquanto ausente a figura da “necessidade” da tutela jurisdicional²⁹. Nota-se, ademais, que tal agir, inclusive, iria de encontro ao dever de estímulo à autocomposição, preconizado pelo legislador infraconstitucional ao art. 3, §3 do CPC³⁰.

Tanto é assim que, o raciocínio acima posto é, há tempos, observado nas decisões do Superior Tribunal e Justiça e Supremo Tribunal Federal quando diante de

²⁵ Sobre a diferenciação conceitual de interesse de agir substancial e processual Enrico Tullio Liebman em: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, vol. 1, 2 ed. Ed. Forense. Rio de Janeiro: 1986, P. 154-155

²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella (org.). **Comentários ao código de processo civil** (arts. 1º a 317). vol. 1. São

Paulo: Saraiva, 2017. P. 275.

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4ª e. São Paulo: RT. 2010, p. 161. P. 174.

²⁸ NEVES, Daniel Amorim. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método; 2012. P. 95

²⁹ Importa destacar que em casos específicos, pela própria natureza do direito, será inviável cogitar-se o prévio requerimento administrativo, à exemplo das demandas penais.

³⁰ WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Coor.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

causada cuja natura é previdenciária, exhibitória de documentos bancários³¹ ou securitária (DPVAT³² e pedido de medicamentos). Da análise sistemática dos votos proferidos pelos ministros nesse sentido, observou-se a adoção e uma máxima: o exercício da jurisdição subjetiva exige uma lide, um conflito de interesses que culmine em uma pretensão resistida.

A título elucidativo, rememoremos abaixo dois julgamentos paradigmáticos, o primeiro proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (bancário) e o segundo pelo Superior Tribunal Federal (previdenciário).

Na ocasião do julgamento do REsp 1.349.453-MS³³, com repercussão geral reconhecida, o Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que a exigência de requerimento prévio junto à agência bancária constitui fator essencial para configuração do interesse processual, sendo admitido o ingresso no judiciário quando o pedido administrativo não for atendido em tempo razoável.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RExt 631.240, igualmente com repercussão geral reconhecida, estabeleceu que a exigência de prévio requerimento administrativo nas demandas previdenciárias não caracterizaria violação a inafastabilidade do controle jurisdicional, haja vista a ausência da figura da pretensão resistida (lesão ou ameaça à direito)³⁴. Em seu voto, o ex-ministro Teori Zavascki destacou que:

o interesse de agir, na verdade, é requisito natural e próprio da garantia constitucional de acesso ao Judiciário. Realmente, se a ação judicial é assegurada e reservada para casos de “lesão ou ameaça a direito” (CF, art. 50, XXXV), não seria apropriado aceitá-la em hipóteses em que, nem em tese, se verifica lesão ou ameaça dessa natureza.

Em seus votos, os ministros preocuparam-se e ressaltar ainda a necessária observância da tempestividade da tutela de direitos também na esfera administrativa para que não reste configurada a lesão ou ameaça ao direito pretendido. Sob este prisma, consignaram que a demora de mais de 45 dias na resposta do INSS autoriza o

³¹ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Ação cautelar de exibição de documentos bancários**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ca0daec69b5adc880fb464895726dbdf>. Acesso em: 18/06/2020.

³² Conforme Resolução CNSP 154/2006 e Portaria CNSP nº 2.797/07)

³³ **STJ, REsp 1349453/MS**, Repercussão Geral no Recurso Especial, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, in DJe 02/02/2015.

³⁴ STF, **RE 631.240 RG/MG**, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário, Rel. Min. Joaquim Barbosa, in DJe de 15/04/2011.

ingresso do pleito judicial, ainda que não tenha sido proferida a decisão pelo órgão da previdência pelo indeferimento ou deferimento da aposentadoria.

Ao que parece, as Cortes Superiores compreendem pela compatibilidade entre a garantia de acesso ao judiciário e a submissão do demandante a requisitos de ordem processual estabelecidos nas leis ordinárias, partindo a análise dos ministros do mesmo trinômio de adequação, utilidade e necessidade da prestação jurisdicional, já dirimido no início deste tópico. Em outras palavras, a exigência do prévio requerimento administrativo, ao menos nas demandas específicas anteriormente referidas, passou a ser condicionante para configuração do interesse de agir do interessado (interesse-necessidade), sendo sua ausência causa de extinção da demanda sem julgamento de mérito.

Hodiernamente, há um movimento doutrinário e jurisprudencial para que a exigência do prévio requerimento administrativo seja estendida a outras ações judiciais de natureza diversa, não só em razão da necessidade de racionalização dos recursos judiciários, mas também pelo dever de estímulo aos métodos alternativos de resolução de conflitos em detrimento do processo judicial tradicional³⁵.

A seguir, delimitar-se-á, para os fins que se ocupa a presente pesquisa, a análise da pretendida extensão às demandas consumeristas, as quais, ainda no de 2013, correspondiam a quase a metade dos 90 milhões de processos no judiciário³⁶ e, hoje, representam aproximadamente 14,53% das novas ações intentadas³⁷.

5 A plataforma do consumidor.gov.br e as demandas consumeristas

No âmbito consumerista a exigência de busca por resolução previa para o intento da demanda judicial, parece-nos, *a prima facie*, adequada à luz do novo ideal de justiça, denominado de Sistema Multiportas de Resolução de Conflitos, que afasta o pensamento de que a jurisdição prestada pelo Estado-Juiz seria o modelo tradicional

³⁵ Explica-se, nesse norte, que o novo ideal de Justiça, denominado Sistema Multiportas de Resolução de Conflitos, *Nesse sentido*: WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pelegrini et al (Coor.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. 2. reimpressão. São Paulo: Atlas, 2008.

³⁶ **Supremo em Números**, FGV- RJ. Disponível em: <https://www.fgv.br/supremoemnumeros/index.html>. Acesso em 21/06/2020.

³⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 10 de junho de 2020. P. 204.

e os demais meios meros métodos alternativos³⁸.

Todavia, para que se justifique a busca por resolução prévia como genuíno requisito pré-processual, faz-se necessária a atenção ao grau de efetividade dos meios disponíveis para resolução extrajudicial do conflito. Efetividade esta que, mediante dados empíricos coletados, pode, hoje, ser encontrada na plataforma do consumidor.gov.br, a qual merece ter seu funcionamento e resultados destacados.

Lançado oficialmente em 27 de junho de 2014 e monitorado pelo Ministério da Justiça (por meio da Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON)³⁹ e pela própria sociedade civil, o sítio do consumidor.gov.br permite a interlocução direta e gratuita entre consumidores e empresas previamente cadastradas, para solução de conflitos, funcionando, em brevíssima síntese, da seguinte forma:

Primeiro, o consumidor verifica se a empresa contra a qual quer reclamar está cadastrada no site.

O consumidor registra sua reclamação e a empresa tem até 10 dias para analisar e responder.

*Em seguida, o consumidor tem até 20 dias para comentar e classificar a resposta da empresa, informando se sua reclamação foi Resolvida ou Não Resolvida, e ainda indicar seu nível de satisfação com o atendimento recebido.*⁴⁰

Segundo a secretaria de defesa do consumidor, a plataforma “fornece informações essenciais à elaboração e execução de políticas públicas de defesa dos consumidores” e, paralelamente, “incentiva a competitividade no mercado pela melhoria da qualidade de produtos, de serviços e do atendimento ao consumidor”, haja vista a publicidade de seus dados. Atualmente, “a plataforma conta com mais de 2,4 milhões de reclamações, uma base de 1,8 milhão de usuários cadastrados e mais de 600 empresas credenciadas”⁴¹. Destes 2,4 milhões, 80% foram solucionadas pelas empresas participantes, “que respondem às demandas dos consumidores em um prazo

³⁸ WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pelegrini et al (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

³⁹ BRASIL, **Decreto nº 8.573**, de 19 de novembro de 2015. Dispõe sobre o Consumidor.gov.br, sistema alternativo de solução de conflitos de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8573.htm>. Acesso em 22/06/2020.

⁴⁰ <https://www.consumidor.gov.br/pages/conteudo/publico/1>

⁴¹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Consumidor em Números 2019**. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1552676889.94/arquivos/boletim-sindec-2018.pdf>>. Acesso em 10/06/2020. P. 4.

médio de 6,5 dias”⁴².

Em que pese não haja previsão de penalidade a empresa para o caso de não resolução da reclamação registrada, afirma o secretário da SENACON, Luciano Timm, que:

“as informações registradas no banco de dados do sistema poderão subsidiar a adoção, em âmbito coletivo, de medidas necessárias à prevenção e repressão de condutas desleais e abusivas adotadas no mercado de consumo”⁴³.

Ainda, foi verificado que a plataforma conta com amplo acesso pela população, sendo disponibilizado nos principais órgãos de defesa do consumidor, tais como: Procons, Defensorias Públicas, Ministérios Públicos, Tribunais de Justiça e Agências Reguladoras, incluindo a criação de espaços destinados à utilização do serviço dentro da estrutura física de vários desses órgãos.⁴⁴

Não por acaso, tornou-se plataforma digital oficial da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, para registro e solução de conflitos consumeristas⁴⁵ e, a partir de maio de 2020 foi decretada como obrigatória para empresas que: i) tenham faturamento bruto de no mínimo R\$100 milhões de reais; ii) tenham média mensal igual ou superior a mil reclamações em seus canais de atendimento; ou iii) sejam reclamadas em mais de 500 processos judiciais envolvendo relações de consumo.⁴⁶

Outrossim, não se pode olvidar de refletir acerca do relevante papel da plataforma em tempos de pandemia e, inclusive, pós pandemia. Isso, pois, enquanto observamos no Judiciário a suspensão dos prazos processuais e atividades forenses em razão do isolamento social, o funcionamento 100% virtual da plataforma permite demandas consumeristas possam ser sanadas de maneira eficiência e eficaz pelo Poder

⁴² Idem. Ibidem.

⁴³ TIMM, Luciano Benetti. **Por um plano nacional de defesa dos direitos do consumidor**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.consumidor.gov.br/pages/conteudo/publico/1>>. Acesso em 20/06/2020.

⁴⁴ Idem. Ibidem.

⁴⁵ BRASIL, **Decreto nº 10.197**, de 2 de janeiro de 2020. Altera o Decreto nº 8.573, de 19 de novembro de 2015, para estabelecer o Consumidor.gov.br como plataforma oficial da administração pública federal direta, autárquica e fundacional para a autocomposição nas controvérsias em relações de consumo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10197.htm>. Acesso em 23/06/2020.

⁴⁶ BRASIL, **Portaria nº 15/2020**, de 27 de março de 2020. Determina o cadastro de empresas na plataforma Consumidor.gov.br para viabilizar a mediação via internet, pela Secretaria Nacional do Consumidor, dos conflitos de consumo notificados eletronicamente, nos termos do art. 34 do Decreto no 2.181, de 20 de março de 1997. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-15-de-27-de-marco-de-2020-251490307>>. Acesso em 23/06/2020.

Público, ainda que de maneira extrajudicial.

No mesmo norte, em um potencial cenário de hiperjudicialização pós COVID-19, faz-se ainda mais oportuna a reflexão ora proposta acerca da necessidade de prévio requerimento administrativo para configuração do interesse de agir. Reflexão esta que, obrigatoriamente, será precedida de uma análise macro do judiciário brasileiro e seus recursos disponíveis, sob pena de incorremos na já referida “tragédia do judiciário”.

Considerações Finais

Destarte, almejou-se demonstrar que a exigência de prévio requerimento extrajudicial antes da propositura da ação não tem o condão de ferir a garantia fundamental de acesso ao judiciário prevista ao art. 5º, XXXV, da CF e o art. 3º, *caput*, do CPC. Nesse norte, foi explicitada a equivocidade de compreender-se a garantia de acesso ao judiciário como direito absoluto e irrestrito de ingresso no Judiciário, sendo tal concepção oriunda de uma análise individualista do fenômeno processual, não sustentável na atual conjuntura em que inserida a máquina judiciária brasileira.

Após, foi possível constatar, mediante dados empíricos e revisão doutrinária, que necessidade de prévio requerimento administrativo para ingresso no judiciário não só está em consonância com princípios norteadores do exercício jurisdicional - como a racionalização de recursos e promoção da autocomposição -, como também mostra-se imprescindível para configuração do interesse de agir (pretensão resistida) em determinados casos – à exemplo das demandas consumeristas.

Também com sustentáculo em dados empíricos, concluiu-se que o uso do sistema alternativo de resolução de conflitos sob sítio consumidor.gov.br tem se mostrado extremamente eficiente no enfrentamento dos litígios que lhe são submetidos e bastante eficaz no que tange às resoluções conferidas, constituindo, portanto, importante ferramenta para contenção da hiper judicialização pós pandemia, inclusive.

Referências Bibliográficas

ARENHART, Sérgio Cruz e OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

AZEVEDO, André Gomma de. Desafios de Acesso à Justiça ante o Fortalecimento da Autocomposição como Política Pública Nacional. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (coords). **Conciliação e Mediação**: Estruturação da Política Judiciária Nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRASIL, **Decreto nº 10.197**, de 2 de janeiro de 2020. Altera o Decreto nº 8.573, de 19 de novembro de 2015, para estabelecer o Consumidor.gov.br como plataforma oficial da administração pública federal direta, autárquica e fundacional para a autocomposição nas controvérsias em relações de consumo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10197.htm>. Acesso em 23/06/2020.

BRASIL, **Decreto nº 8.573**, de 19 de novembro de 2015. Dispõe sobre o Consumidor.gov.br, sistema alternativo de solução de conflitos de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8573.htm>. Acesso em 22/06/2020.

BRASIL, **Portaria nº 15/2020**, de 27 de março de 2020. Determina o cadastro de empresas na plataforma Consumidor.gov.br para viabilizar a mediação via internet, pela Secretaria Nacional do Consumidor, dos conflitos de consumo notificados eletronicamente, nos termos do art. 34 do Decreto no 2.181, de 20 de março de 1997. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-15-de-27-de-marco-de-2020-251490307>>. Acesso em 23/06/2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11.06.2020.

BUENO, Cassio Scarpinella (org.). **Comentários ao código de processo civil** (arts. 1º a 317). vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Ação cautelar de exibição de documentos bancários**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/caodaec69b5adc880fb464895726dbdf>>. Acesso em: 18/06/2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – RJ. **Supremo em Números**. Disponível em: <<https://www.fgv.br/supremoemnumeros/index.html>>.

GICO JR., Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198.

GORDON, H. S. **The economic theory of a common-property resource: the fishery**. Journal of Political Economic 62: 124-142, 1954.

HARDIN, Garrett. **The Tragedy of the Commons**. Science, vol. 162, No. 3859 (13 de dezembro de 1968), pp. 1243-1248.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, vol. 1, 2 ed. Ed. Forense. Rio de Janeiro: 1986.

MANCUSO, Rodolfo de Camarg

o. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4^a e. São Paulo: RT. 2010.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Consumidor em Números 2019**. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1552676889.94/arquivos/boletim-sindec-2018.pdf>>. Acesso em 10/06/2020.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 10 à 50 da Constituição da República Federativa do Brasil**. Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1998.

NEVES, Daniel Amorim. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 4.^a ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Método; 2012.

PIMENTEL, Wilson. Custas Judiciais em Debate. In: **Revista Consultor Jurídico**, 29 de novembro de 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-nov-29/debate-baixo-custo-apontado-estimulo-judicializacao>>.

REICHELDT, Luis Alberto. **O direito fundamental à inafastabilidade do controle jurisdicional e sua densificação no Novo CPC**. Revista de Processo. REPRO VOL. 258. Agosto de 2016.

SCOTT, James C. **The Moral Economy of the Peasant: Rebellion and Subsistence in Southeast Asia**. New Haven: Yale University Press, 1976.

STF, **RE 631.240 RG/MG**, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário, Rel. Min. Joaquim Barbosa, in DJe de 15/04/2011.

STJ, **REsp 1349453/MS**, Repercussão Geral no Recurso Especial, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, in DJe 02/02/2015.

TIMM, Luciano Benetti. **Por um plano nacional de defesa dos direitos do consumidor**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.consumidor.gov.br/pages/conteudo/publico/1>>.

TJRS. Agravo de Instrumento nº 70068119684. Nona Câmara Cível. Relator: CARLOS EDUARDO RICHINITTI. In DJ 16/03/2016.

TJRS. **Apelação Cível nº 70075098145**. Décima Câmara Cível. Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, in DJe de 01/03/2018.

WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pelegrini et al (Coor.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro**. 2018. 835 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

34. A NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL COMO FORMA DE VIABILIZAR O ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA

THE CONTRACT PROCEDURE AS A WAY TO ENABLE ACCESS TO JUSTICE IN PANDEMIC TIMES



<https://10.0.142.240/10.36592/9786587424149-34>

Isabelle Almeida Vieira¹

Resumo

Os negócios jurídicos processuais, disciplinados no artigo 190, do Código de Processo Civil (CPC), são um importante instrumento de adaptação do processo, que objetiva promover a sua racionalização, na medida em que permite às partes estipularem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre suas posições processuais. A possibilidade de flexibilização do procedimento por meio desse instituto contribuirá não só para que seja viabilizado o acesso à justiça, mas, também, para que a prestação da tutela jurisdicional seja otimizada. Sob esse enfoque, é certo que a elaboração dessas convenções em um cenário de pandemia e de emergência se revelará uma ferramenta fundamental de gestão colaborativa do procedimento entre os atores processuais, a exemplo de uma adaptação tecnológica do processo, considerando as distintas realidades econômicas e geográficas existentes no Brasil.

Palavras-chave: Negócios jurídicos processuais. Flexibilização procedimental. Adaptação. Acesso à justiça. Pandemia.

Abstract

The contract procedure, regulated in article 190, of the Civil Procedure Code, is an important tool for adapting the process, which aims to promote its rationalization, as

¹ Mestranda em Direito, Bolsista do CNPq, na área de concentração Teoria Geral da Jurisdição e Processo, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: isabelle.vieira93@edu.pucrs.br. O material em questão foi apresentado para publicação pela mesma instituição, sob orientação e coordenação do Professor Doutor Marco Félix Jobim.

it allows the parties to stipulate changes in the procedure to adjust it to the specifics of the case and agree on their procedural positions. The possibility of procedure flexibilization through this institute will contribute not only to make access to justice viable, but also for the optimization of the judicial provision. In that focus, it is certain that the elaboration of these conventions in a pandemic and emergency scenario will be a fundamental tool for collaborative management of the procedure between procedural actors, such as a technological adaptation of the process, considering the different economic and geographic realities existing in Brazil.

Keywords: Contract procedure. Procedure flexibilization. Adaptation. Access to justice. Pandemic.

Introdução

A cláusula geral de negociação constante no artigo 190, do CPC de 2015, a qual trata dos negócios jurídicos processuais, inovou ao conferir às partes a possibilidade de adaptar o procedimento de acordo com as peculiaridades da causa, bem como acerca de suas posições processuais, na medida em que, no CPC de 1973, o procedimento era ditado de forma praticamente exclusiva pelo legislador, restando pouca margem de escolha às partes. Nesse aspecto, o referido dispositivo fez com que a autonomia privada ganhasse maior destaque no âmbito do Processo Civil, que é ramo pertencente ao Direito Público, tendo em vista que a vontade das partes virou fonte da norma processual civil, reforçando a existência do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo.

Sob esse olhar, a negociação processual pode ser entendida como uma técnica processual criada com o objetivo de promover a solução dos conflitos judicializados de uma forma mais adequada, efetiva e tempestiva, considerando que a criação de regras processuais pelas partes deve se prestar para racionalizar o processo, e não para torná-lo menos eficiente. Assim, se procurará demonstrar que a flexibilização do procedimento, por meio da adequação de suas formalidades aos interesses dos litigantes, se mostrará essencial ao alcance da ideia de eficiência processual. Nesse sentido, a utilização do instituto poderá resultar na diminuição da morosidade do processo, proporcionando maior economia processual, além de garantir a redução de custos ao Estado e aos litigantes.

Desse modo, se objetivará demonstrar que a adaptação do procedimento contribuirá para a viabilização do acesso à justiça, principalmente em momentos em que haja dificuldades de acesso presencial junto ao Poder Judiciário. Essa é a exata situação do que acontece em relação à pandemia da COVID-19, em que os governantes passaram a determinar o distanciamento social da população para evitar o contágio pelo Coronavírus, o que também impactou a atuação de todo o sistema de justiça.

Nesse passo, em um cenário de pandemia e de emergência, o referido instituto se revelará um instrumento essencial de gestão colaborativa do procedimento entre os atores processuais. Sendo assim, a elaboração de negócios jurídicos processuais merece ser estimulada, na medida em que contribuirá significativamente para o impulsionamento dos processos durante este período pandêmico.

Sob esse enfoque, serão apresentadas diversas situações em que a negociação processual funcionará como forma de racionalizar o processo em tempos de pandemia, a exemplo de uma adaptação tecnológica do processo, considerando as distintas realidades econômicas e geográficas existentes no Brasil.

No entanto, será necessário considerar que o exame de validade dos aludidos negócios jurídicos processuais precisará ser analisado caso a caso, na medida em que, embora se reconheça a enorme valia do instituto para o andamento processual nesse momento excepcional, isso não significa dizer que poderão ser realizados de forma livre e ilimitada, uma vez que devem respeitar os direitos fundamentais processuais.

1 Contextualizando os negócios jurídicos processuais

A possibilidade de contratualização do processo, a qual foi assimilada pelo CPC de 2015 de forma expressa no artigo 190, por meio dos negócios jurídicos processuais, decorreu da influência do Direito Francês, o qual inaugurou essa tendência a partir da década de 1980 com o *contrat de procédure* (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 408). Segundo Loïc Cadiet, na França, os acordos processuais ganharam força a partir da decadência do legicentrismo (CADIET, 2012, p. 4-5). No Brasil, é possível observar a ocorrência dessa mesma lógica, a qual resultou na passagem de uma ordem jurídica imposta exclusivamente pelo legislador, como ocorria no CPC de 1973, para uma ordem jurídica negociada pelas partes, a partir do CPC de 2015 (CABRAL, 2018, p. 187).

Consigna-se que, por bastante tempo, pouca margem de espaço era conferida às partes no sentido de permitir a adaptação do procedimento, na medida em que o Direito Processual Civil era considerado ramo pertencente ao Direito Público, o qual regula a atividade estatal consistente no exercício da jurisdição (SILVA *et al.*, 2011, p. 39), situação que autorizava a redução da autonomia privada no processo.

Barbosa Moreira leciona que “não se poderia reconhecer a autonomia da vontade, no campo processual, atuação tão ampla como a que se lhe abre no terreno privatístico; no processo, ramo do direito público, deveria considerar-se proibido tudo quanto não fosse permitido” (MOREIRA, 1984, p. 184). Nesse sentido, inexistindo uma cláusula geral de negociação processual atípica no CPC, como ocorria antes de 2015, o entendimento era o de que as partes não poderiam dispor acerca do procedimento previamente disciplinado pelo legislador processual civil.

Frisa-se, no entanto, que embora o procedimento não pudesse ser ditado pelos litigantes, no CPC de 1973 existiam poucas exceções a essa regra. Era possível que as partes convencionassem, por exemplo, acerca da suspensão do processo (artigo 265, II); sobre a distribuição do ônus da prova (artigo 333, § único); quanto à eleição de foro (artigo 111); bem como sobre o adiamento da audiência (artigo 453, I).

Diante desse contexto, pode-se observar que o legislador era quem disciplinava o procedimento de forma praticamente exclusiva, com quase nenhuma participação dos atores processuais na sua construção, ou seja, a lei era a única fonte da norma processual. Contudo, já é possível vislumbrar, atualmente, uma tendência na mudança de titularidade acerca de quem dita o procedimento, passando do legislador, mediante o procedimento comum e os procedimentos especiais, para o juiz e as partes, mediante uma adaptação judicial ou privada, possibilitando que o procedimento fique aberto a negociações (ABREU, 2016, p. 57).

Não se desconhece que a rigidez de um procedimento previamente disciplinado pelo legislador tem por finalidade garantir maior segurança e previsibilidade ao resultado das atividades processuais. Todavia, considerando que o Estado “não é capaz de prever e criar abstratamente procedimentos adequados para todas as situações da vida” (GAJARDONI, 2007, p. 16), imperioso que mecanismos e instrumentos que possibilitem a contratualização do processo sejam conferidos aos atores processuais.

Nesse cenário, surge o instituto dos negócios processuais atípicos que, ao lado das hipóteses já existentes de negócios processuais típicos, inaugura um novo panorama no Processo Civil, considerando que o princípio do respeito ao

autorregramento da vontade no processo “visa tornar o processo jurisdicional um espaço mais propício para o exercício da liberdade” (DIDIER JR, 2018, p. 20), o que, como já visto, não era observado sob essa ótica na conjuntura anterior.

Permite-se, assim, a construção do procedimento do caso concreto, possibilitando que as partes o adaptem de acordo com as peculiaridades e as singularidades da relação de direito material², uma vez que a existência de um único procedimento (procedimento comum) se mostrou insuficiente para regular de forma adequada as diversas relações de direito material existentes.

2 Regramento dos negócios jurídicos processuais

Considerando que desde a edição do CPC de 1973 os conflitos levados ao Poder Judiciário aumentaram consideravelmente e as necessidades das partes em relação ao direito material também se alteraram, as formas para a resolução dos litígios precisaram ser repensadas e reformuladas. Nesse contexto, necessária se mostrou a criação de alternativas processuais para o fim de otimizar e de conferir uma efetiva resposta para essas situações.³

Assim, levando em conta que o Processo Civil é um instrumento para a tutela dos direitos (MITIDIERO, 2014, p. 74), bem como que o CPC de 2015 tem como uma de suas normas fundamentais o direito a uma decisão de mérito justa, efetiva e em tempo razoável (artigo 6º), entende-se que a possibilidade de flexibilização do procedimento por meio dos negócios jurídicos processuais poderá contribuir para que essas premissas sejam alcançadas.

Sob esse enfoque, a negociação processual é concebida como uma “terceira via” de acesso à justiça, considerando a inadequação do processo estatal (em decorrência da crise do Poder Judiciário), bem como que os meios alternativos de solução de conflitos (arbitragem, mediação e conciliação) também não atendem satisfatoriamente a todos os anseios dos indivíduos, seja pelos seus altos custos, seja porque não são cabíveis para todos os tipos de litígio (CABRAL, 2018, p. 231-236).

² “Moreover, parties are sometimes (perhaps frequently) in a better position than rulemakers to design procedures for their own cases”. (BONE, 2012, p. 1370-1371).

³ Nesse sentido: “A conformação das relações jurídicas no plano material impõe ao processo a estruturação de ritos idôneos ao respeito de suas particularidades. Para uma tutela adequada dos direitos é necessário que se viabilizem tutelas jurisdicionais diferenciadas para situações específicas no plano material, levando em conta a natureza da controvérsia deduzida em juízo, suas contingências e as condições pessoais dos envolvidos”. (ABREU, 2016, p. 56).

O referido instituto se caracteriza como a possibilidade que as partes têm de, mediante a observância de certas condições, criarem regras processuais (YARSHELL, 2017, p. 63). Essa adequação convencional, que pode se operar tanto antes quanto durante o processo, consiste na estipulação de mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, além de permitir que as partes convençionem sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, desde que o processo verse sobre direitos que admitam autocomposição e as partes sejam plenamente capazes.

Nesse aspecto, a negociação processual pode ser entendida como uma técnica processual criada com o objetivo de promover a solução dos conflitos judicializados de uma forma mais adequada, efetiva e tempestiva, na medida em que “a possibilidade de criação de regras pelas partes deve se prestar para racionalizar o processo; e não a torná-lo menos eficiente” (YARSHELL, 2017, p. 64).

A flexibilização e a adaptação do procedimento, por meio da adequação de suas formalidades aos interesses dos litigantes, são, portanto, essenciais ao alcance da ideia de eficiência processual (JOBIM, 2018, p. 178), considerando que “a definição do desenho de cada procedimento, quando operada pelas partes, traduz poderosa técnica de gerenciamento processual em favor da eficiência” (CABRAL, 2018, p. 226). Assim, a utilização do instituto poderá ter por consequência a diminuição da morosidade do processo, proporcionando maior economia processual⁴, além de também garantir a redução de custos ao Estado e aos litigantes (CABRAL, 2018, p. 228-229).

3 AS dificuldades do acesso à justiça na pandemia da Covid-19

Em dezembro de 2019, foram diagnosticados na República Popular da China os primeiros casos de infecção de uma nova espécie de Coronavírus, a COVID-19, que se espalhou rapidamente por todo o mundo, afetando milhares de vidas e instalando um estado de emergência globalizado (MAZZUOLI, 2020, p. 1-2). Diante desse cenário, essa enfermidade foi considerada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em março de 2020, como uma pandemia mundial (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2020, *online*).

⁴ “[...] a flexibilidade poderia tornar mais concisos e objetivos os atos postulatórios, reduzindo suas reportagens fáticas e jurídicas àquilo que fosse absolutamente essencial ao deslinde da controvérsia. Sob esse prisma, resulta claro que conferir alguma maleabilidade ao procedimento pode contribuir para tornar mais econômico o processo, em seu aspecto interno”. (OLIVEIRA, 2007, p. 274).

No Brasil, em face do alto potencial de contágio desse vírus, o Poder Público passou a editar decretos determinando a paralisação de atividades de diversos segmentos (comércio, indústria, etc), buscando diminuir a contaminação pela população e evitar o colapso do sistema de saúde brasileiro.⁵

As aludidas medidas de distanciamento social também produziram impacto na atuação de todo o sistema de justiça, na medida em que, em 19 de março de 2020, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 313, a qual estabeleceu que, no âmbito do Poder Judiciário, se adotaria regime de Plantão Extraordinário para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários. Em síntese, essa determinação suspendeu o trabalho presencial, assegurando apenas a manutenção de serviços essenciais, além de também ter suspenso os prazos processuais (BRASIL, Resolução nº 313 do CNJ, 2020).

Diante desse cenário, não há como se desconsiderar que essa situação excepcional certamente impactará o acesso aos tribunais, despacho junto a juízes, realização de audiências, dentre outros. Em suma, há uma tendência de que todo o acesso à justiça seja afetado por esse estado emergencial, justamente em um período em que novas e urgentes demandas passaram a surgir (MAIORIA ..., 2020, *online*).

No ponto, necessário se faz estabelecer o conceito de “acesso à justiça”, expressão que Mauro Cappelletti e Bryant Garth entendem ser “reconhecidamente de difícil definição”. Os aludidos autores referem que o acesso à justiça compreende “o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado”. Consignam, ainda, que “o sistema deve ser igualmente acessível a todos”, bem como “deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

De outra banda, Cintra, Grinover e Dinamarco referem que o acesso à justiça deve ser entendido como o acesso a uma ordem jurídica justa (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012, p. 41). Nessa esteira, deve ser compreendido não só como o

⁵ “Trata-se de uma situação reconhecidamente excepcional, cujas repercussões sociais e econômicas, bem como as restrições à liberdade e propriedade individual, não encontram paralelo na história brasileira recente. Associam-se à adoção de comportamentos voluntários, com o estímulo das autoridades, dos especialistas em saúde e dos meios de comunicação, visando a prevenir e atenuar a velocidade de transmissão da doença, reduzindo a circulação e aglomeração de pessoas, ampliando a permanência das pessoas, o quanto possível, em suas residências, e retardando ou suspendendo decisões negociais em diversos âmbitos de sua atuação. Por outro lado, o Poder Público vem adotando medidas de polícia administrativa, determinando restrições de funcionamento de diversas atividades e estabelecimentos empresariais, suspensão temporária da prestação de serviços públicos e privados, entre outras iniciativas”. (MIRAGEM, 2020, p. 353).

acesso ao Poder Judiciário, mas também ao devido processo legal (processo justo), o que perpassa pela busca da efetividade dos direitos previstos na Constituição Federal.

De acordo com essas premissas, mostra-se imperiosa a adoção de técnicas especiais para facilitar o atendimento de novas demandas, bem como o andamento de processos em tramitação, considerando que a atuação do Poder Judiciário durante a pandemia poderá fazer com que o processo tradicional previsto na legislação não consiga atender adequadamente às peculiaridades desse momento específico que estamos vivendo. Nesse contexto, a flexibilização procedimental se mostrará extremamente útil para auxiliar os jurisdicionados no acesso à justiça, permitindo a adaptação do procedimento às suas necessidades.

4 os negócios jurídicos processuais como instrumento de adaptação do processo em tempos de pandemia

Considerando as dificuldades impostas pelo momento excepcional de pandemia que estamos vivenciando, os negócios jurídicos processuais poderão contribuir não só para que seja viabilizado o acesso à justiça⁶, por meio da adequação dos instrumentos processuais à efetiva tutela dos direitos dos jurisdicionados (GRINOVER *et al.*, 2015, p. 18), mas, também, para que a prestação jurisdicional seja otimizada e haja o efetivo respeito ao devido processo legal.

Em um cenário de pandemia e de emergência, o aludido instituto se revelará uma ferramenta fundamental de gestão colaborativa do procedimento entre os atores processuais. Assim, serão apresentadas diversas situações em os negócios jurídicos processuais contribuirão para a racionalização do processo em tempos de pandemia.

Pode-se citar como exemplo a adoção de dispositivos tecnológicos para evitar o contato físico entre os integrantes do Poder Judiciário e os assistidos (GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT, 2020, *online*), como a realização de audiências *online* por videoconferências (mecanismo telepresencial) para a coleta de depoimentos, as quais proporcionarão celeridade ao andamento dos processos. Sarlet e Zaneti Jr sustentam que a prática telepresencial de atos no processo civil é amplamente defendida, “especialmente o proferimento e publicação de decisões, atos

⁶ “Trata-se, portanto, de instrumento importante para que o acesso à justiça seja pensado não apenas da perspectiva da tutela oferecida (ou na óptica do próprio Judiciário), mas com olhos voltados para as necessidades humanas que precisam do Estado-juiz”. (CABRAL, 2018, p. 227).

executivos como a penhora eletrônica, audiências com advogados por videoconferência e a apresentação de peças processuais” (SARLET; ZANETI JR, 2020, *online*).

Frisa-se que a prática de atos processuais por meio de videoconferência não é nenhuma novidade, considerando a existência de previsão expressa no CPC quanto a essa possibilidade (artigo 236, §3º). No entanto, na grande maioria das vezes, essa prática é destinada somente para a oitiva de testemunhas que se encontram fora dos limites territoriais do tribunal, da comarca, da seção ou da subseção judiciária.

Ainda, consigna-se que a possibilidade de realização de videoconferência passou a ser reconhecida expressamente na Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), por meio da Lei nº 13.994/20, a qual foi editada em 24 de abril de 2020 (em plena pandemia) e incluiu o parágrafo 2º ao artigo 22 da referida legislação, passando a prever que, no âmbito dos Juizados, será possível a conciliação não presencial “mediante o emprego dos recursos tecnológicos disponíveis de transmissão de sons e imagens em tempo real [...]”.

Sob esse enfoque, na hipótese de as plataformas eletrônicas oferecidas pelo Poder Judiciário estarem sobrecarregadas e indisponíveis no momento da realização de audiências previamente agendadas, ou, ainda, quando algum dos sujeitos do processo não estiver conseguindo acesso remoto ao sistema do tribunal, será possível que as audiências sejam realizadas em plataformas eletrônicas que não pertençam ao Poder Judiciário, a exemplo do *Zoom*, *Microsoft Teams*, *Google Meet*, dentre outros. Esse é o entendimento que pode ser extraído do artigo 6º, §2º, da Resolução nº 314, do CNJ, de 20 de abril de 2020.⁷

Nesse sentido, é importante frisar que a tecnologia, nesse momento de pandemia, será uma grande aliada para o impulsionamento de processos em tramitação, considerando que impedir o andamento processual em decorrência de limitações quanto ao nível de informatização do Poder Judiciário brasileiro não deve ser considerada uma situação aceitável.⁸

⁷ “Para realização de atos virtuais por meio de videoconferência está assegurada a utilização por todos juízes e tribunais da ferramenta Cisco Webex, disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça por meio de seu sítio eletrônico na internet (www.cnj.jus.br/plataforma-videoconferencia-nacional/), nos termos do Termo de Cooperação Técnica nº 07/2020, ou outra ferramenta equivalente, e cujos arquivos deverão ser imediatamente disponibilizados no andamento processual, com acesso às partes e procuradores habilitados”. (BRASIL, Resolução nº 314 do CNJ, 2020).

⁸ “[...] seguir nas atividades executáveis à distância é a resposta que se pode dar à sociedade, aos jurisdicionados e, em última instância, aos profissionais que, pela natureza de suas atividades, precisam se expor ao risco da contaminação dada a presença física”. (YARSHELL; SICA, 2020, *online*).

De outra banda, mesmo que as partes não estejam com a intenção de conciliar quanto ao teor do conflito, é provável que desejem que o processo seja julgado com a maior brevidade possível. Dessa forma, poderão acordar quanto ao método processual mais pertinente para dirimir a demanda.⁹ De acordo com essa lógica, os litigantes poderão pactuar que a forma das citações e das intimações do processo seja realizada por *e-mail* ou via mensagem instantânea, por aplicativo de *WhatsApp*. Ainda, é possível a fixação de calendário processual enquanto perdurar a pandemia (artigo 191, do CPC).

Outra situação diz respeito às causas que necessitam de perícia judicial. Como conciliar essa situação com o distanciamento social que se faz necessário nesse momento? Essa questão possui grande relevo, em especial, nas causas envolvendo o Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS), considerando que as perícias judiciais previdenciárias começaram a ser sobrestadas em juízo por conta da pandemia (RESOLUÇÃO ..., 2020, *online*).

Assim, se a perícia precisar ser realizada *in loco* (exame no local), é possível que se acorde que o exame pericial se realize por meio de atestados médicos, somado ao exame do indivíduo por meio telepresencial, o qual será gravado e anexado aos autos do processo. Essa possibilidade se coaduna com a ideia de que “a suspensão das perícias médicas por conta da epidemia do coronavírus não pode desobrigar que um processo previdenciário corra em prazo razoável” (VITAL, 2020, *online*). Em atenção a isso, o CNJ houve por bem editar a Resolução nº 317, a qual dispõe sobre a realização de perícias em meios eletrônicos ou virtuais em ações em que se discutem benefícios previdenciários por incapacidade ou assistenciais, enquanto durarem os efeitos da crise ocasionada pela pandemia (BRASIL, Resolução nº 317 do CNJ, 2020).

Ainda, os negócios processuais também serão de grande valia para a redução de custos e despesas do processo em face deste momento pandêmico.¹⁰ É possível que as partes convençionem acerca da repartição de custos e despesas relacionados à oitiva de uma testemunha essencial para o processo e que não possua acesso à internet. Sendo a testemunha determinante para o deslinde do feito, os litigantes podem acordar acerca dos custos relacionados à entrega de um celular ou de um *notebook*

⁹ “Mesmo havendo discordância a respeito dos direitos materiais, há lugar para o consenso em torno de finalidades *processuais*”. (CABRAL, 2018, p. 217).

¹⁰ “[...] a parte que se inclina a esse caminho [de elaboração de negócios jurídicos processuais] o faz como imperativo do seu próprio interesse; procura, por meio dele, equalizar a relação entre os custos e os benefícios do processo em um sentido que lhe seja mais favorável”. (OSNA, 2020, p. 179).

com internet para viabilizar a realização de audiência telepresencial com essa testemunha.

No que toca à redução de obstáculos quanto aos custos do acesso à justiça, inclusive por meio da disponibilização de condições de acessibilidade em termos tecnológicos, colaciona-se a lição de Luis Alberto Reichelt:

A presença de ferramentas que reduzam as dificuldades com vistas a fazer com que sujeitos, normas e atividades possam ser efetivamente utilizados em favor daqueles que almejam a solução de conflitos e/ou o reconhecimento de direitos também é parte integrante do direito fundamental ao acesso à justiça. É nesse sentido que a adoção de providências com vistas à redução de obstáculos quanto aos custos envolvidos no emprego de tais mecanismos, quanto à distância em relação ao local em que prestadas tais atividades ou, ainda, quanto à necessidade de disponibilização de condições de acessibilidade em termos de recursos tecnológicos acabam por desempenhar um papel fundamental com vistas ao efetivo respeito ao direito fundamental ao acesso à justiça (REICHELTL, 2019, p. 19).

Outro ponto que ganhou repercussão neste período de pandemia foi o da renegociação de contratos, uma vez que, em muitos casos, houve alteração da situação inicial em que as partes pactuaram o acordo, ou seja, mudou-se o estado de fato existente ao tempo da celebração, considerando que a pandemia se caracterizou como circunstância superveniente que gerou desequilíbrio negocial.

Nesse passo, levando em conta que os negócios jurídicos processuais se manifestam como a possibilidade de contratualização do processo pelas partes, é certo que a convenção processual realizada antes da pandemia também poderá ser objeto de revisão, caso constatada a quebra do sinalagma por conta desse evento.¹¹ Na hipótese, será aplicado o teor do artigo 478, do Código Civil, o qual trata da possibilidade de resolução do contrato por onerosidade excessiva.

Desse modo, a título exemplificativo, caso as partes tivessem renunciado a todos os meios de prova existentes, exceto a testemunhal e, após, sobreviesse a pandemia, a qual acometeu a única testemunha do fato discutido em juízo, seria possível a sua revisão, considerando que o contraditório e a ampla defesa estariam sendo obstados pela impossibilidade de realização da prova por outros meios.¹²

¹¹ “A aplicação da teoria da imprevisão às convenções processuais é adequada quando preenchidos seus requisitos, quais sejam, alteração das condições iniciais, do momento da contratação, que denote uma nova situação, imprevisível e extraordinária”. (ALMEIDA, 2014, p. 187).

¹² Antonio do Passo Cabral cita outros dois exemplos: “Por exemplo, acordos processuais sobre o custo do processo podem ser revistos se se alterarem as condições financeiras das partes, que talvez pudessem levar a que fossem beneficiadas pela gratuidade de justiça (art. 98 do CPC). Convenções processuais

Não obstante, deve-se considerar que existem vários “países” dentro de um mesmo Brasil. O contexto da litigância empresarial na região sudeste não pode ser comparado com o do interior de regiões do norte e do nordeste, em que, não raras vezes, as pessoas precisam percorrer grandes distâncias para acessar o Poder Judiciário ou, ainda, obstáculos tecnológicos, a exemplo de áreas que não possuem cobertura ou sinal de telefone e de internet. Nessa senda, a negociação processual se mostrará essencial, em face das distintas realidades econômicas e geográficas existentes no Brasil.

Quanto ao tema, é possível se cogitar acerca da mudança do foro competente para uma comarca mais próxima da residência dos jurisdicionados, a fim de reduzir os custos de deslocamento em função do estado emergencial da pandemia.¹³ Pessoas em situação de vulnerabilidade precisam ter acesso facilitado à justiça, principalmente os moradores das comunidades mais carentes do país.

Por derradeiro, mesmo havendo divergência doutrinária quanto a essa hipótese (uma vez que diz respeito aos poderes exercidos pelo juiz), caso as partes enfrentem dificuldades em face de sessão de julgamento virtual, elas podem convencionar sobre a substituição dessa sessão por uma decisão monocrática do relator. Em suma, os litigantes poderiam optar que a decisão em segundo grau de jurisdição não fosse tomada de forma colegiada, mas, sim, individualmente.¹⁴

Diante do exposto, é possível vislumbrar a importância da negociação processual para a adaptação do processo em tempos de pandemia.¹⁵ A criatividade na customização do procedimento, para adequá-lo às necessidades específicas de cada causa, será ferramenta fundamental de gestão processual. Nessa linha de entendimento, o estímulo e o incentivo para a realização de negócios jurídicos

probatórias, pelas quais os convenientes renunciaram à produção de prova testemunhal ou pericial, poderão ser modificadas se a parte demonstrar que o documento por meio do qual confiava comprovar suas alegações pereceu sem culpa, ou foi considerado inautêntico, posteriormente à celebração do acordo”. (CABRAL, 2018, p. 406).

¹³ “[...] *terms that specify the location in which disputes will be resolved can allow parties to minimize travel costs*”. (DAVIS; HERSHKOFF, 2011, p. 526); “[...] as convenções processuais sobre o foro competente podem reduzir custos de deslocamento das partes e de seus advogados”. (CABRAL, 2018, p. 230).

¹⁴ Esse é o posicionamento adotado pelo Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral no Webinar “Negócios Jurídicos Processuais em Tempo de Pandemia do Coronavírus”, que ocorreu em 10 jun. 2020, o qual foi promovido pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

¹⁵ “Assim, a melhor forma de prosseguir nos feitos pendentes para além dos atos urgentes e expressamente previstos na lei é através do *case management* consensual entre o juiz, as partes e seus advogados. Isso significa que os direitos fundamentais processuais são respeitados e protegidos em sua maior amplitude, tais como o direito de acesso à justiça e à efetividade da jurisdição, o direito à segurança jurídica e o auto regramento da vontade no processo”. (SARLET; ZANETI JR, 2020, *online*).

processuais contribuirão de forma expressiva para o impulsionamento dos processos durante esse período de distanciamento social.¹⁶

No entanto, é preciso advertir que essa maior flexibilização procedimental deve ser analisada caso a caso, de forma singular, considerando que, embora estejamos vivenciando situação extremamente excepcional, isso não significa dizer que a negociação processual poderá ser realizada de forma livre e ilimitada, devendo sempre respeitar os direitos fundamentais processuais, a exemplo do contraditório, da ampla defesa e da duração razoável do processo.

Considerações Finais

O ano de 2020 ficará marcado na história pelos efeitos ocasionados pela pandemia da COVID-19, considerando que, além de ceifar milhares de vidas, a disseminação desse vírus está impactando consideravelmente o dia-a-dia de toda a população mundial. Certamente, o distanciamento social vem se mostrando o fator que desencadeou maiores desdobramentos, o qual, inclusive, está afetando o acesso à justiça, em especial em face da impossibilidade de comparecimento presencial dos jurisdicionados junto ao Poder Judiciário.

Nesse cenário, a utilização de instrumentos processuais que facilitem o acesso à justiça será imprescindível para garantir que novas demandas sejam ajuizadas, bem como que os processos em andamento possam seguir tramitando. Isso porque a atuação do Poder Judiciário nesse ambiente emergencial de pandemia poderá fazer com que o processo tradicional previsto na legislação não consiga atender de forma adequada as peculiaridades desse momento específico que estamos vivendo.

Assim, a flexibilização procedimental, por meios dos negócios jurídicos processuais, se mostrará extremamente útil para auxiliar os jurisdicionados no acesso à justiça, permitindo a adequação do procedimento às suas necessidades. Em um cenário de pandemia e de emergência, o referido instituto se revelará uma ferramenta fundamental de gestão colaborativa do procedimento entre os atores processuais.

Dessa forma, foram apresentadas diversas situações em que os negócios jurídicos processuais poderão contribuir para esses objetivos, a exemplo de audiências

¹⁶ “[...] o magistrado deve incentivar o uso de instrumentos autocompositivos (função de fomento). Lembremos que o art. 3º, § 2º do CPC/2015 dispõe que incumbe ao Estado promover a solução consensual dos conflitos, e dentre os mecanismos que permitem atingir esse desiderato estão as convenções processuais”. (CABRAL, 2018, p. 257).

por videoconferências *online* (inclusive por meio de plataformas eletrônicas que não pertençam ao Poder Judiciário); citações e intimações por *e-mail* ou via mensagem instantânea; calendarização processual; perícia judicial previdenciária por meio eletrônico ou virtual; repartição de custos e despesas relacionados ao processo; mudança do foro competente para reduzir os custos de deslocamento, dentre outros exemplos.

Contudo, advertiu-se que essa maior flexibilização procedimental precisa ser verificada de forma individual, levando em conta que, em que pese estejamos vivenciando situação excepcional, isso não autoriza que a negociação processual seja realizada de forma livre e ilimitada, uma vez que sempre deverá respeitar os direitos fundamentais processuais.

Referências Bibliográficas

ABREU, Rafael Sirangelo de. “Customização processual compartilhada”: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. **Revista de Processo**, v. 257, p. 51-76, jul. 2016.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Das convenções processuais no processo civil**. 239 p. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://www.bdtd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=7292> Acesso em: 11 jul. 2020.

BONE, Robert G. Party rulemaking: making procedural rules through party choice. **Texas Law Review**, v. 90, p. 1330-1397, 2012. Disponível em: <<http://texaslawreview.org/wp-content/uploads/2015/08/Bone-90-TLR-1329.pdf>> Acesso em: 11 jul. 2020.

BRASIL. **Resolução nº 313, de 19 de março de 2020**. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus - Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original221425202003195e73eec10a3a2.pdf>> Acesso em: 02 jul. 2020.

BRASIL. **Resolução nº 314, de 20 de abril de 2020**. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução no 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/04/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-314.pdf>> Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. **Resolução nº 317, de 30 de abril de 2020.** Dispõe sobre a realização de perícias em meios eletrônicos ou virtuais em ações em que se discutem benefícios previdenciários por incapacidade ou assistenciais, enquanto durarem os efeitos da crise ocasionada pela pandemia do novo Coronavírus, e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1616562_02005085eb585_f8b31d5.pdf> Acesso em: 11 jul. 2020.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais.** 2. ed. Salvador: JusPodvm, 2018.

CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. **Civil Procedure Review**, v. 3, n. 3, p. 3-35, ago./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.civilprocedurereview.com/teoria-geral-do-processo/456-los-acuerdos-procesales-en-derecho-frances-situacion-actual-de-la-contractualizacion-del-proceso-y-de-la-justicia-en-francia>> Acesso em: 15 jun. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. **William & Mary Law Review**, v. 53, n. 2, p. 507-564, 2011.

DIDIER JR, Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais.** Salvador: JusPodvm, 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual.** Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/publico/FERNANDO_TESE_COMPLETA_PDF.pdf> Acesso em: 15 jun. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *et al.* Conferência de Seoul 2014 Constituição e processo – Acesso efetivo à justiça: o direito de acesso à justiça e responsabilidades públicas. **Revista de Processo**, v. 250, p. 17-31, dez. 2015.

GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. **Impacts of COVID-19 on Justice Systems.** Disponível em: <<http://globalaccesstojustice.com/impacts-of-covid-19/>> Acesso em: 02 jul. 2020.

JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro.** São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

Maioria dos países não facilita acesso à Justiça na pandemia, diz relatório.

Consultor Jurídico (CONJUR), 05 mai. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-05/maioria-paises-nao-facilita-acesso-justica-pandemia>> Acesso em 02 jul. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIÉRO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Responsabilidade internacional dos Estados por epidemias e pandemias transnacionais: o caso da Covid-19 provinda da República Popular da China. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 7, n. 23, abr./jun. 2020.

MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de Coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, v. 1015, p. 353-363, mai. 2020.

MITIDIÉRO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no estado constitucional. Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). **Revista de Processo**, ano 39, v. 229. mar. 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista de Processo**, v. 33, p. 182-191, jan./mar. 1984.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. **Conexidade e efetividade processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OSNA, Gustavo. “Contratualizando o processo”: três notas sobre os negócios jurídicos processuais (e seu possível “fracasso”). **Revista Eletrônica de Direito Processual da UERJ**, Rio de Janeiro, ano 14, v. 21, n. 2, p. 163-185, mai./ago. 2020.

REICHELDT, Luis Alberto. Reflexões sobre o conteúdo do direito fundamental ao acesso à justiça no âmbito cível em perspectiva contemporânea. **Revista de processo**, v. 296, p. 21-40, out. 2019.

Resolução do CNJ autoriza perícia previdenciária por meio eletrônico.

Consultor Jurídico (CONJUR), 30 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-30/resolucao-cnj-autoriza-pericia-previdenciaria-meio-eletronico>> Acesso em: 11 jul. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZANETTI JR, Hermes. **Direitos fundamentais em tempos de pandemia II: estado de calamidade e justiça**. Consultor Jurídico (CONJUR), 05 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-05/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-tempos-pandemia-ii>> Acesso em: 06 jul. 2020.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, *et al.* **Teoria geral do processo civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VITAL, Danilo. **Juíza manda INSS analisar benefício assistencial mesmo sem perícia.** Consultor Jurídico (CONJUR), 21 mai. 2020. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/juiza-manda-inss-analisar-beneficio-mesmo-pericia>> Acesso em: 06 jul. 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Coronavirus disease (Covid-19) Pandemic.** Disponível em: <www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>. Acesso em: 02 jul. 2020.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. v. 1. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Ideias para o Judiciário brasileiro em tempo de pandemia — parte II.** Consultor Jurídico (CONJUR), 21 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-21/ideias-judiciario-brasileiro-tempo-pandemia-parte-ii>> Acesso em: 15 jul. 2020.

35. A AUDIÊNCIA DO ARTIGO 334 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19 E A PROBLEMÁTICA DO ACESSO À JUSTIÇA

THE HEARING OF ARTICLE 334 OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE DURING THE COVID-19 PANDEMIC AND THE ISSUE OF ACCESS TO JUSTICE



<https://10.0.142.240/10.36592/9786587424149-35>

Luana Steffens¹

Resumo

O presente artigo pretende examinar os efeitos da pandemia do COVID-19 na realização da audiência do artigo 334 do Código de Processo Civil e o consequente impacto no acesso à justiça. Ao final, é proposta algumas soluções para a resolução e/ou mitigação da problemática existente. A partir de uma abordagem hipotético-dedutiva, buscam-se algumas soluções, mediante o falseamento das hipóteses. Conclui-se que a pandemia do COVID-19 chegou inesperadamente e impôs ao Judiciário e a toda a sociedade que se reinventassem. O órgão jurisdicional, no particular, teve de criar mecanismos tecnológicos e procedimentos para que o acesso à justiça não significasse apenas um direito no papel. A pandemia é a oportunidade para que se pense mais seriamente sobre os métodos adequados de resolução de conflitos e a aplicação da tecnologia ao Direito. Talvez, esse seja o *nudge* para que o sistema de justiça brasileiro saia dessa situação difícil mais forte e prestigiado.

Palavras-chave: Direito fundamental de acesso à justiça; audiência do artigo 334 do CPC/15; autocomposição endoprocessual; pandemia do COVID-19.

Abstract

This article aims to examine the effects of the COVID-19 pandemic on the holding of the hearing of article 334 of the Code of Civil Procedure and the consequent impact on

¹ Mestranda em Direito na área Teoria Geral da Jurisdição e Processo pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Pós-graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários e pela Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul - AJURIS. MBA em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Bacharel em Direito pela PUC/RS. Bolsista CAPES/PROEX. Advogada. E-mail: luana@lsteffens.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0751939826959797>. O material em questão foi apresentado para publicação pela mesma instituição, sob orientação e coordenação do Professor Doutor Gustavo Osna.

access to justice. In the end, some solutions are proposed for the resolution and/or mitigation of the existing problem. Based on a hypothetical-deductive approach, some solutions are sought by distorting the hypotheses. It is concluded that the COVID-19 pandemic arrived unexpectedly and imposed itself to the Judiciary and the whole society to reinvent itself. The court, in particular, had to create technological mechanisms and procedures so that access to justice did not mean just a right on paper. The pandemic is an opportunity to think more seriously about appropriate methods of conflict resolution and the application of technology to law. Perhaps this is the nudge for the Brazilian justice system to emerge from this stronger and more prestigious difficult situation.

Keywords: Fundamental right of access to justice; hearing of article 334 of CPC/15; endo-procedural self-composition; COVID-19 pandemic.

Introdução

O Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015 - trouxe uma ampla abertura no sistema processual no tocante ao acesso à justiça². Desde a década de setenta³, há uma enorme tendência de uso cada vez mais frequente de medidas de conciliação e mediação como opção ao sistema jurisdicional tradicional. No fim do século XX e início do século XXI, percebe-se uma grande preocupação dos profissionais do Direito com a implantação, a par dos tradicionais, de novos métodos de composição de litígios. Trata-se de novas vertentes para certos tipos de atuação jurisdicional.

Nesse contexto, o CPC/2015 estabeleceu a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos⁴, nos quais as pessoas em situação de conflito podem optar por não os judicializar, buscando soluções pré-processualmente⁵. Em

² “A exposição de motivos da Resolução nº 125, de 2 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça deixa claro que o inciso XXXV do art. 5º da Constituição, que literalmente trata apenas do acesso ao Poder Judiciário, deve ser interpretado como garantia de acesso à justiça por qualquer meio adequado de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação. Alarga-se com isso o conceito de acesso à justiça”. (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 61)

³ O “projeto Florença de Acesso à Justiça” foi idealizado em 1973 e os seus resultados foram publicados em 1978, em quatro volumes, sob a coordenação de Mauro Cappelletti. (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 9).

⁴ Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

⁵ Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais

decorrência dessa inovação, a mediação e a conciliação podem ocorrer fora do processo⁶ ou em seu interior.

O que interessa nesse artigo é a mediação e conciliação *endoprocessual*, isto é, aquela que ocorre no interior do processo. O Código de Processo Civil instituiu a audiência de conciliação e mediação⁷ que, em regra, deverá ser realizada, salvo quando o objeto da lide não permitir a autocomposição (direitos indisponíveis) ou quando as partes expressamente se manifestarem contra a sua realização.

A pandemia do coronavírus 2019 – COVID-19 - atingiu o Brasil, como todo o mundo, de uma forma intensa e imediata, o que desconcertou o funcionamento de toda a economia, bem como o do Poder Judiciário. O Poder Público determinou medidas de confinamento e fechamento das instituições públicas e privadas para evitar a disseminação e propagação do vírus. Tais determinações, como é evidente, também afetaram a realização de diversos atos processuais, notadamente a audiência de conciliação e mediação prevista no artigo 334 do CPC/2015. Apesar da não realização da audiência, ocorreu a suspensão dos atos processuais subsequentes, bem como a suspensão do andamento dos processos, o que atinge diretamente a concepção atual de acesso à justiça.

E é nesse fluxo que o presente ensaio pretende se inserir, realizando uma breve análise dos efeitos da pandemia do COVID-19 na realização da audiência do artigo 334 do CPC/2015, bem como propondo possíveis soluções para a resolução e/ou mitigação da problemática existente.

Com esse propósito, o estudo é dividido em dois principais momentos. Primeiramente, analisa-se a concepção da autocomposição judicial no CPC/2015. Após, busca-se identificar o impacto da pandemia do COVID-19 na realização da audiência do artigo 334 do CPC/2015 e, em sequência, propõe-se eventuais soluções para a problemática surgida com a pandemia.

independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica. Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação.

⁶ Diz o art. 174 do CPC: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos *no âmbito administrativo*, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

⁷ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

A pesquisa teve abordagem hipotético-dedutiva, à medida em que formula um problema (a problemática do acesso à justiça em tempo da pandemia do COVID-19), apresenta algumas hipóteses de solução (conjecturas), e conduz ao falseamento das hipóteses. Buscou-se empregar o método interpretativo sistemático e manusearam-se fontes bibliográfico-documental.

1 A Autocomposição judicial no Código De Processo Civil de 2015

Atualmente, com a crescente litigiosidade e o aumento exponencial de demandas, fruto do movimento de acesso à justiça liderado por Cappelletti e Garth durante o final do século XX, impõe-se uma revisitação do próprio papel do Poder Judiciário⁸. Nesse cenário, os meios adequados de resolução de litígios passaram a ser uma das respostas à tragédia da justiça⁹. A vantagem da conciliação e mediação é pontuada por Cappelletti e Garth:

Existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas [...]. Ademais, parece que tais decisões são mais facilmente aceitas do que decretos judiciais unilaterais, uma vez que elas se fundam em acordo já estabelecido entre as partes (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 83-84).

⁸ “O juiz não deve ser mero espectador dos atos processuais das partes, mas um protagonista ativo de todo o drama processual” (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 59)

⁹ Em pesquisa realizada pelo CNJ, constatou-se a alta taxa de congestionamento judicial no Brasil. De acordo com o texto do documento: “O Brasil é o país que apresenta maior taxa de congestionamento, 70%, seguido de Bósnia e Herzegovina e Portugal, com 68 e 67%, respectivamente. Observa-se elevada diferença entre a taxa mais alta, de 70%, e a mais baixa, de 3%, referente à Federação Russa. Assim como a maior taxa de congestionamento, o Brasil também apresenta o maior número de advogados por magistrado, seguido por Itália e Malta, com 25 e 33 advogados, respectivamente, conforme apresentado na tabela. Como a elevada proporção de advogados em relação a magistrados pode indicar que existe elevada propensão ao litígio e relativa incapacidade de fazer frente a essa tendência, analisou-se o coeficiente de correlação entre a proporção de advogados por magistrados e a taxa de congestionamento. Obteve-se como resultado um valor de 61,8%. Isso significa que há relação alta e significativa entre essas duas variáveis. Ou seja, quanto maior o número de advogados por magistrado, maior tende a ser a taxa de congestionamento desses países. [...] O Brasil possui a terceira maior produtividade quando comparado aos países da Europa. Não obstante, contrariamente à Dinamarca, essa produtividade é ainda inferior à carga de trabalho, e isso se reflete em uma taxa de congestionamento alta. Pode-se dizer que o Brasil está em posição intermediária entre a Bósnia e Herzegovina e a Dinamarca (CNJ, 2011). (Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional. Brasília: CNJ, 2011)

O Código de Processo Civil de 2015¹⁰ teve como norte a ideia de difundir a cultura da pacificação por meio de um processo cooperativo, participativo e conciliatório, objetivando superar a cultura do litígio e a hiperjudicialização de conflitos. Busca-se a adoção de soluções integradas dos litígios, na exata dicção da garantia constitucional do livre acesso à justiça, estabelecida no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal.

No particular, gize-se que, contemporaneamente, a concepção de acesso à justiça não se limita à mera admissão ao processo ou possibilidade de ingresso em juízo. O acesso à justiça, na expressão muito feliz de Kazuo Watanabe (WATANABE, 1984), é o “acesso à ordem jurídica justa”, isto é, o acesso só se configura quando a atividade jurisdicional chega ao ponto de oferecer efetiva tutela jurisdicional àquele que tiver razão (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020). Do mesmo modo, Cappelletti e Garth asseveram que “a expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição”, mas objetiva aclarar duas finalidades do sistema jurídico. A primeira, a de que o sistema deve ser igualmente “acessível a todos” e, a segunda, a de que o processo deve “produzir resultados que sejam individual e socialmente justos” (CAPPELLETI; GARTH, 1988, p. 8).

Isso impacta diretamente na mudança do comportamento não cooperativo das partes, sobretudo em face da possibilidade inaugural de realização da audiência¹¹ de conciliação ou mediação do artigo 334. Esse novel dispositivo não apenas incentiva a solução consensual dos conflitos como impõe a *obrigatoriedade* da realização da audiência antes mesmo da apresentação da contestação¹². Esse fato – de ser designada antes da apresentação da contestação e, portanto, apartada das audiências de

¹⁰ Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão à direito.

§ 1º. É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deveram ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

¹¹ Fernanda Tartuce alega que “(...) é questionável usar o termo ‘audiência’ para se referir à autocomposição, já que tal expressão remete à circunstância em que o magistrado conduz os trabalhos sob a vertente contenciosa para proferir decisões. É mais apropriado e recorrente, portanto, o uso da expressão ‘sessão’ para designar os encontros pautados pela consensualidade”. (TARTUCE, 2015, p. 270)

¹² A questão da obrigatoriedade da audiência de conciliação e mediação é questão controversa na doutrina, porém, tendo em vista a limitação desse ensaio, não será possível a análise dessa questão. Sobre o tema: GAJARDONI, Fernando. Novo CPC: vale apostar na conciliação/mediação? *Revista Jota*, Disponível em: <http://jota.info/novo-cpc-vale-apostar-na-conciliacao-mediacao>. Acesso em: 20 mai. 2020.

saneamento e de instrução e julgamento - busca *incentivar* a pacificação social mediante a solução consensual do litígio.

A audiência de conciliação já era prevista no Código de Processo Civil de 1973, no artigo 331¹³. Todavia, como a audiência era facultativa, acabou por se transformar em uma “formalidade inútil” (GRINOVER, 2015, p. 16). Na prática, a audiência passou a ser dispensada nos casos de julgamento conforme o estado do processo, e a tentativa de conciliação passou a ser uma pergunta vazia no início da audiência de instrução e julgamento (GRINOVER, 2015, p. 16).

No CPC/2015, por sua vez, a audiência de conciliação e mediação só não será realizada quando a matéria em litígio não comportar autocomposição ou quando *ambas as partes* manifestarem expressamente seu desinteresse em realizá-la. Caso apenas uma delas se manifeste favoravelmente à audiência e a outra silencie ou manifeste desinteresse, *a audiência será designada* e o não-comparecimento de uma ou de outra parte será considerado um ato atentatório à dignidade da justiça, com imposição de multa ao ausente (art. 334, § 8º)¹⁴.

¹³ Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. § 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. § 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º.

¹⁴ No particular, apesar de ser um crítico da opção legislativa da “quase obrigatoriedade” da audiência do 334, Fernando Gajardoni afirma a importância da técnica autocompositiva: “Em 2004 participei, com outros colegas, de um projeto-piloto do TJSP e do CEBEPEJ (Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais), para implantar, pioneiramente no Estado de São Paulo, um projeto de gerenciamento de processos na justiça estadual de 1º grau (Processo CSM G-37.979/2004). Objetivava-se, entre outras coisas, fomentar a prática da conciliação/mediação, estabelecendo que o magistrado, ao fazer o controle das iniciais distribuídas, encaminhasse aqueles casos que, efetivamente, vislumbrassem a possibilidade de autocomposição, para uma audiência inaugural facultativa, realizada por um setor de mediação/conciliação da unidade, composto não por juízes, mas sim por advogados voluntários, psicólogos, assistentes sociais e estagiários. Obtido o acordo, o processo acabava por ali mesmo. Infrutífero, o réu sabia que, a contar da audiência, tinha o prazo de 15 dias para contesta via advogado. A experiência foi um sucesso total, com a celebração de acordo com mais de 50% dos conflitos mediados/conciliados. Avaliou-se que o êxito do projeto se deveu aos seguintes fatores: 1º a conciliação/mediação não era obrigatória; 2º a audiência só se realizava nos processos em que os direitos admitisse a autocomposição, mas desde que o magistrado vislumbrasse, à luz da controvérsia e do comportamento das partes em casos pretéritos semelhantes, a possibilidade de acordo (Tribunal Multiportas); 3º o ato era realizado por conciliadores/mediadores treinados/vocacionados para a prática, e não pelos juízes (que podiam dedicar seu tempo às decisões, sentenças, etc. 4º as audiências aconteciam rapidamente, em um intervalo máximo de 90 dias da propositura da ação; e 5º as audiências de conciliação/mediação eram gratuitas e facultativas, podendo quaisquer das partes, sem sanções, declinar o desinteresse na audiência ou não comparecer ao ato designado. O CPC, de modo absolutamente correto, aposta muitas de suas fichas na solução consensual dos conflitos. O texto-base, aprovado no Senado, usa as expressões ‘mediação’ e ‘conciliação’ ao menos 44 vezes, colocando, entre

Não se pode olvidar que com o advento da Lei da Mediação (Lei n. 13.140/2015), e seu art. 27¹⁵, o contexto normativo alterou-se, à medida que a audiência de mediação se tornou imperativa, não podendo as partes agirem para impedir a sessão de mediação. Assim, presentes os requisitos do artigo 334 do CPC/2015, o juiz *deve* designar a sessão de mediação/conciliação, a qual, por sua vez, não deve ser vista como “formalidade inútil”, já que inserida com obrigatoriedade no Novo Código exatamente para estimular a cultura jurídica e social de conciliação e solução por meios adequados.

Nessa linha, o artigo 139, inciso V, incentivando as soluções concertadas entre as partes, inclui entre os deveres do juiz o de “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”. No desenvolvimento de todo processo é necessário que a ordem legal de seus atos seja observada (devido processo legal), que as partes tenham oportunidade de participar em diálogo com o juiz (contraditório como direito de influência), e que o juiz participe cooperativamente com as partes de todo o desenrolar processual (DINAMARCO; BADARÓ; LOPES, 2020, p. 59).

Sob esse prisma, o uso da audiência do artigo 334 não deve se limitar apenas à busca da autocomposição no aspecto material do litígio. Esse pode ser o momento, também, para pensar em eventual negociação processual dos sujeitos processuais no tocante ao procedimento e ajustes acerca de faculdades e outros ônus (artigos 190 e 191). Isto é, será viável a busca por uma solução concertada ou, caso isso não seja possível, o gerenciamento processual do caso mediante a negociação processual (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020, p. 372).

Desse modo, a audiência prévia do artigo 334 objetiva a autocomposição dos conflitos e, para tanto, o prazo para a resposta do réu só passa a fluir após a audiência de conciliação (art. 335, I). Na dicção de Osna, “prioriza-se o diálogo, delegando propositalmente, o embate para um momento posterior” (OSNA, 2016, p. 349-370). O grande problema existente é que, em determinadas situações, a postergação da resposta do réu acaba por atrasar a tramitação processual, sobretudo, quando há a impossibilidade de realização prática da sessão de conciliação ou mediação.

as normas fundamentais do processo civil, o dever do Estado de incentivar a solução consensual dos conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º, do CPC/2015)”. GAJARDONI, Fernando. Novo CPC: vale apostar na conciliação/mediação? Revista Jota, Disponível em: <http://jota.info/novo-cpc-vale-apostar-na-conciliacao-mediacao>. Acesso em: 20 mai. 2020.

¹⁵ Art. 27. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação.

2 A audiência do artigo 334 do Código De Processo Civil durante a pandemia: a problemática da falibilidade do acesso à justiça e as possíveis soluções

Como se vê, a intenção do CPC/2015 de estímulo à solução consensual dos conflitos mostra-se nitidamente influenciada pela Resolução nº 125/2010 do CNJ. O intuito da lei, à evidência, foi estimular a autocomposição para a pacificação social.

O ano de 2020 iniciou com a declaração da Organização Mundial da Saúde – OMS, em 11 de março, da ocorrência de uma pandemia mundial por força do COVID-19. Ato subsequente, o Brasil declarou situação de calamidade pública por meio do Decreto-legislativo 6, de 20 de março de 2020¹⁶.

Tal fato impactou toda a economia e, por óbvio, os serviços judiciais, pois o processo civil também sentiu os efeitos da pandemia, em face do necessário distanciamento social. Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ - editou as Resoluções nºs 313¹⁷ e 314¹⁸, suspendendo o atendimento presencial das partes e dos advogados e vedando a prática de audiências presenciais, facultada a realização por meio virtual quando todos os envolvidos tiverem acesso aos meios necessários.

Tais regras do CNJ afetaram o procedimento comum, já que, nos termos dos artigos 334 e 335 do CPC, ao despachar a petição inicial, o juiz, de imediato, deveria designar a audiência de conciliação ou de mediação, após a qual iniciaria o prazo para a apresentação de defesa. Em face das determinações de distanciamento social por conta da pandemia do COVID-19, a realização presencial dessa audiência mostrou-se impraticável. Nessa situação, muitos processos, diante da impossibilidade da

¹⁶ Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.

¹⁷ “Art. 30 Fica suspenso o atendimento presencial de partes, advogados e interessados, que deverá ser realizado remotamente pelos meios tecnológicos disponíveis. § 1o Cada unidade judiciária deverá manter canal de atendimento remoto, a ser amplamente divulgado pelos tribunais. § 2o Não logrado atendimento na forma do parágrafo primeiro, os tribunais providenciarão meios para atender, presencialmente, advogados, públicos e privados, membros do Ministério Público e polícia judiciária, durante o expediente forense”.

¹⁸ “Art. 50 As sessões virtuais de julgamento nos tribunais e turmas recursais do sistema de juizados especiais poderão ser realizadas tanto em processos físicos, como em processos eletrônicos, e não ficam restritas às matérias relacionadas no art. 40 da Resolução CNJ no 313/2020, cujo rol não é exaustivo, observado no mais o decidido pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na Consulta no 0002337-88.2020.2.00.0000. Parágrafo único. Caso as sessões se realizem por meio de videoconferência, em substituição às sessões presenciais, fica assegurado aos advogados das partes a realização de sustentações orais, a serem requeridas com antecedência mínima de 24 (vinte e quatro) horas (CPC, art. 937, §4o)”.

realização presencial, bem como da incapacidade tecnológica para a realização virtual da audiência, restaram suspensos, ficando prejudicado o *efetivo acesso à justiça*.

Por outro lado, o § 7º do artigo 334 do Digesto Processual estabelece, expressamente, que a audiência de mediação e conciliação poderá realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei. Seguindo a determinação legal, o Conselho da Justiça Federal, na 1ª Jornada de Direito Processual Civil, formulou o enunciado 25, segundo o qual, “as audiências de conciliação ou mediação, inclusive nos juizados especiais, poderão ser realizadas por videoconferência, áudio, sistemas de troca de mensagens, conversa *online*, conversa escrita, eletrônica, telefônica e telemática ou outros mecanismos que estejam à disposição dos profissionais da autocomposição para estabelecer a comunicação entre as partes”.

Em face da pandemia do COVID-19 e da necessidade premente de realização de sessões e atendimento virtual às partes e aos advogados, o CNJ firmou Acordo de Cooperação Técnica celebrado com a Cisco Brasil Ltda para efetivar uma plataforma de videoconferência nacional¹⁹. Desse modo, muitos Tribunais e justiças de primeiro grau, no Brasil inteiro, estão usando a plataforma “cisco webex”, possibilitando o andamento dos processos mediante sessões virtuais de mediação e conciliação.

A implementação desse tipo de tecnologia digital certamente não é algo fácil, sobretudo porque o acesso à tecnologia não é algo universal, de alcance das partes, dos advogados e do Judiciário, principalmente quando se trata de pequenas comarcas do interior do Estado. Poderá haver, sem dúvidas, problemas e necessidade de adaptação, bem como haver necessidade de investimentos adicionais. Nessa conjuntura, a comunidade jurídica deve estar aberta e pronta para os novos ventos tecnológicos. É

¹⁹ Nesse sentido, notícia no próprio sítio do CNJ: Durante o período de enfrentamento da pandemia causada pelo COVID-19, que exige o isolamento social e, como consequência, as restrições de locomoção, persiste a necessidade da prática de atos processuais que implicam interação entre magistrados e demais atores do Sistema de Justiça. Especialmente para aqueles casos que exigem rápida resposta do Judiciário. Além disso, as hipóteses de atividades judiciárias que dispensam os deslocamentos são variadas, tais como diversos tipos de audiências e sessões de julgamento nos colegiados dos tribunais. Em razão disso e para propiciar mais uma opção aos tribunais e magistrados brasileiros, o CNJ coloca à disposição desses a Plataforma Emergencial de Videoconferência para Atos Processuais. O projeto decorre de Acordo de Cooperação Técnica celebrado com a Cisco Brasil Ltda e não implica em quaisquer custos ou compromissos financeiros por parte do CNJ. Além disso, sua duração é concomitante ao período especial vivenciado pela pandemia. De outro lado, trata-se de uma opção conferida aos tribunais e significa que outras outras soluções tecnológicas semelhantes possam ser utilizadas, desde que alcancem o mesmo objetivo. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Boas práticas de trabalho remoto webex*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/plataforma-videoconferencia-nacional/>. Acesso em 22 jun. 2020.)

cedição que todas as Cortes precisam se adaptar para que os despachos com magistrados, as sessões de mediação/conciliação, as sessões de julgamento, com sustentação oral etc., sejam feitos a distância. De outra banda, à medida que se propõe a audiência telepresencial, necessário colocar à disposição das partes e dos seus procuradores instrumentos tecnológicos factíveis. Caso não se tome medidas protetivas aos hipossuficientes econômicos, o acesso virtual à justiça dar-se-á apenas àqueles que dispõem dos meios econômicos e tecnológicos. Nas palavras de Yarshell e Sica (2020), “os jurisdicionados merecem o esforço e o Judiciário lhes deve essa resposta”.

Não obstante, diante da excepcional e inesperada ocorrência da pandemia, muitos Tribunais e justiças de primeira instância não se encontravam preparados para a operacionalização com as novas tecnologias. E, portanto, o único caminho existente, em um primeiro momento, foi a suspensão e paralisação dos processos antes da realização da audiência do artigo 334 do Código.

Tal fato, à evidência, acarreta uma *falha* no tocante à prestação jurisdicional. Com efeito, o artigo 334 deve ser lido em observância aos direitos fundamentais processuais, especialmente, à duração razoável do processo, à cooperação e à eficiência²⁰. Assim, no caso da impossibilidade da realização da audiência de forma virtual, deve o magistrado buscar alternativas para prestar a tutela jurisdicional adequada. No particular, em relação ao magistrado, os artigos 5º e 6º do CPC, impõe o dever de gestão eficiente do processo²¹, de tratamento paritário, de fundamentação, de adoção de medidas necessárias a efetivar as ordens judiciais (TEMER, 2020, p. 106).

Sob esse prisma, a codificação processual de 2015 está aparelhada para ajudar em épocas de crise, como a atual. O CPC/2015 tem a nota da flexibilidade²², que é a

²⁰ Nesse sentido, Rogéria Dotti, ao abordar a aplicação dos artigos 334 e 335 do CPC, sustenta que eles devem ser lidos e aplicados a partir da ótica das garantias constitucionais e que, em momentos de excepcionalidade, devem ser relidos de acordo com o novo momento social. Continua sustentando que “os magistrados têm o dever de velar pela duração razoável do processo (CPC, art. 139, III) e flexibilizar o procedimento para adequá-lo às necessidades do conflito (CPC, art. 139, VI)”. (DOTTI, 2020)

²¹ Para maior aprofundamento no tocante à eficiência e gestão do Poder Judiciário, recomenda-se a leitura de JOBIM, Marco Félix. As funções da eficiência no processo civil, SP: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 119 e ss.

²² Nesse sentido lecionam Didier Jr., Cabral e Cunha: [...] “o procedimento comum é adaptável, maleável e flexível, bem diferente do modelo tradicional; de que ele é receptivo à incorporação, ainda que episódica, de técnicas diferenciadas pensadas para procedimentos especiais. O procedimento comum passa a ser território propício para a inserção de técnicas procedimentais desenvolvidas para a tutela de determinados direitos. Essa cláusula geral pode ser a fonte normativa da reafirmação e do desenvolvimento do princípio da adequação do procedimento. De todo modo, ao menos há uma certeza:

característica de estruturar e conformar o processo, em concreto, principalmente no rito procedimental²³.

A flexibilidade, no tocante ao procedimento, se opera mediante a adoção de convenções processuais e a adaptação (gerenciamento) judicial. Nesse caso, tendo em vista a impossibilidade de realização da audiência do artigo 334 por meio virtual, poderia o magistrado, mediante convenção processual das partes, estabelecer a inversão do procedimento, determinando, primeiramente, a apresentação da contestação pela parte ré, o que viabilizaria a tramitação do processo durante a pandemia e, tão logo fosse possível, determinar a realização da audiência de conciliação ou mediação, nos termos do artigo 139, inciso V, do Código de Processo Civil.

O processo será ordenado e interpretado nos termos da Constituição (artigo 1º), o que autoriza a adaptação do processo para atender às garantias constitucionais, inclusive para viabilizar o real e efetivo acesso à justiça. A adaptação procedimental será sempre justificada quando se fizer necessária para concretizar as garantias fundamentais (TEMER, 2020, p. 121).

Em resumo, o curso dos processos não pode sofrer paralisação em face da pandemia do COVID-19. Toda a atividade profissional e econômica que mesmo na crise possa ser levada adiante, deve prosseguir (TALAMINI; AMARAL, 2020). No particular, o curso dos processos, apesar da pandemia do COVID-19, deve continuar e, para tanto, necessária a criatividade dos magistrados para superar as adversidades oriundas da crise.

o procedimento comum, no processo civil brasileiro, não é rígido”. (DIDIER JR.; CABRAL; CUNHA, 2018, p. 70-71)

²³ Nesse sentido Paulo Mendes de Oliveira explica a transição do regime rígido de processo para o regime flexível (OLIVEIRA, 2018). O autor sustenta “três fases evolutivas” do fenômeno no direito brasileiro: a primeira fase buscou a flexibilização legal do procedimento (conforme doutrina de Galeno Lacerda, José Roberto Santos Bedaque e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, dentre outros), a segunda, fase, mantendo os avanços da primeira, buscou conferir ao juiz poderes de adequação do processo (Cândido Rangel Dinamarco e Fernando Gajardoni, entre outros) e a terceira fase, que busca defender também os poderes das partes para adequação e flexibilização do processo (Antonio do Passo Cabral, Pedro Henrique Nogueira, Fredie Didier Jr., dentre outros). O autor entende que a flexibilização pode ocorrer de variadas formas, como (i) por adequações ou modificações pontuais já autorizadas pela legislação, como a dilação de prazos (“rotas procedimentais”); (ii) pela instituição de “cláusulas abertas”, como a de medida executiva mais adequada; (iii) pela criação de procedimentos especiais legislados, tais como os juizados (“circuitos procedimentais”).

Considerações Finais

Nas palavras de TALEB (2020),

[...] algumas coisas se beneficiam dos impactos; elas prosperam e crescem quando expostas à volatilidade, ao acaso, à desordem e aos agentes estressores, e apreciam a aventura, o risco e a incerteza. No entanto, apesar da onipresença dos fenômenos, não existe uma palavra para designar exatamente o oposto de frágil. Vamos chamá-lo de antifrágil. [...] A antifragilidade não se resume à resiliência ou à robustez. O resiliente resiste a impactos e permanece o mesmo; o antifrágil fica melhor.

Portanto, a pandemia do COVID-19 chegou inesperadamente e impôs ao Judiciário e a toda a sociedade brasileira que se reinventassem. O órgão jurisdicional, no particular, teve que criar mecanismos tecnológicos e procedimentos para que o acesso à justiça não significasse apenas um direito no papel. Até esse momento, não havia um incentivo iminente para o uso da tecnologia (sessões virtuais, atendimentos virtuais, etc). A pandemia é a oportunidade para que se pense seriamente sobre os métodos adequados de resolução de conflitos e a aplicação da tecnologia ao Direito. Talvez, esse seja o *nudge*²⁴ para que o sistema de justiça brasileiro saia dessa situação difícil mais forte e prestigiado e, parafraseando Taleb, “fique melhor”.

Referências

ABREU, Rafael Sirangelo de. *Incentivos processuais: economia comportamental e nudges no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional*. Brasília: CNJ, 2011, Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/>. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Boas práticas de trabalho remoto webex*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/plataforma-videoconferencia-nacional/>. Acesso em 22 jun. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 83-84.

²⁴ Sobre o tema: ABREU, Rafael Sirangelo de. *Incentivos processuais: economia comportamental e nudges no processo civil*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CAPPELLETTI, GARTH. General report. In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *The Florence Access-to-Justice Project*. Milão: Giuffrè, 1978. v. 1, p. 9.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32^a ed., São Paulo: Malheiros, 2020.

DOTTI, Rogéria. O vírus não pode atrasar os processos. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/328431/o-virus-nao-pode-atrasar-os-processos>. Acesso em: 22 jun. 2020.

GAJARDONI, Fernando. Novo CPC: vale apostar na conciliação/mediação? *Revista Jota*, Disponível em: <http://jota.info/novo-cpc-vale-apostar-na-conciliacao-mediacao>. Acesso em: 20 mai. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. *O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015.

JOBIM, Marco Félix. *As funções da eficiência no processo civil*. SP: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; BAHIA, Alexandre. *Teoria geral do processo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Segurança jurídica e processo: da rigidez à flexibilização processual*. São Paulo: RT, 2018.

OSNA, Gustavo. A 'Audiência de Conciliação ou de Mediação' no Novo CPC: Seis (Breves) Questões para Debate, in *Revista de Processo*, v. 256, p. 349-370, 2016.

REICHEL, Luis Alberto. Reflexões sobre o conteúdo do direito fundamental ao acesso à justiça no âmbito cível em perspectiva contemporânea. In: *Revista de Processo*, v. 296, p. 21-40, out. 2019.

TALAMINI, Eduardo; AMARAL, Paulo Osternack. *Suspensão dos prazos processuais por força da pandemia, in Covid-19 e o direito brasileiro*. In: Marçal Justen Filho...[et al.] Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020.

TALEB, Nicholas. *Antifrágil: as coisas se beneficiam com o caos*. São Paulo: Best business, 2020.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: GEN Método, 2015.

TEMER, Sofia. *Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: *Tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Ideias para o judiciário brasileiro em tempo de pandemia, parte 1 e 2*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/ideias-judiciario-brasileiro-tempo-pandemia-parte>. Acesso em 20 jun. 2020.

36. A TUTELA JURISDICIONAL E A PROTEÇÃO SOCIOAMBIENTAL EM ÁREAS DA AMAZÔNIA LEGAL NO PERÍODO DE PANDEMIA

LEGAL PROTECTION AND SOCIO-ENVIRONMENTAL PROTECTION IN AREAS OF THE LEGAL AMAZON IN THE PANDEMIC PERIOD



<https://10.0.142.240/10.36592/9786587424149-36>

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet¹

Anderson Júnior Ferreira Martins²

Resumo

De acordo com o IBAMA, 60% da área da Amazônia foi comprometida pela degradação ambiental. A concretização do conceito de desenvolvimento socioambiental, por sua vez, tem demonstrado o questionável papel do Estado e da sociedade civil no combate e no enfrentamento desta situação, sobretudo em tempos pandêmicos. Logo, este trabalho destaca o território da Amazônia Legal brasileira e das atividades de manejo socioambientais, objetivando analisar a decisão expedida pela 7^a Vara Federal Ambiental e Agrária da SJAM sobre o bloqueio das atividades socioeconômicas na região e seus principais efeitos. Trata-se de um exame crítico em face de uma possível e irreparável afetação aos direitos humanos e fundamentais e, para tanto, foi utilizado o método hipotético-dedutivo por meio de uma investigação exploratória e bibliográfica.

Palavras-chave: Desenvolvimento Socioambiental, Direito ao Desenvolvimento, COVID-19, Desmatamento, Direitos Humanos e Fundamentais.

¹É pós-doutora em Direito pela Universidade de Hamburgo- Alemanha, pós-doutora em Direito pela PUC-RS, doutora em Direito pela Universidade de Augsburg - Alemanha, graduada e mestre em Direito pela universidade Federal do Ceará. Ex-bolsista do MPI - Max Planck Institut Hamburg- Alemanha. Professora do curso de graduação e de pós-graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Atualmente, cursa a Especialização em Neurociências e comportamento na PUC-RS. E-mail: gabriellebezerrasales@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9638814642817946>

² Advogado; Doutorando em Direito pela PUC-RS (Dinter FCR); Mestre em Psicologia pela Universidade Federal de Rondônia; Especialização em Direito do Trabalho e processual do Trabalho pela União das Escolas Superiores de Rondônia (UNIRON); Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas, Exatas e Letras de Rondônia (FARO). E-mail: ryuggi@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3589346568601390>. O material em questão foi apresentado para publicação pela mesma instituição, em junho de 2020, sob orientação e coordenação da Professora Doutora Gabrielle Bezerra Sales Sarlet.

Abstract

According to IBAMA, 60% of the Amazon area has been affected by environmental degradation. The implementation of the concept of socio-environmental development, in turn, has demonstrated the questionable role of the State and civil society in fighting and coping with this situation, especially in pandemic times. Therefore, this work highlights the territory of the Brazilian Legal Amazon and the socio-environmental management activities, aiming to analyze the decision issued by the 7th Federal Environmental and Agrarian Court of SJAM on the blocking of socio-economic activities in the region and its main effects. It is a critical examination in view of a possible and irreparable affect on human and fundamental rights and, for that, the hypothetical-deductive method was used through an exploratory and bibliographic investigation.

Keywords: Social and Environmental Development, Right to Development, COVID-19, Deforestation, Fundamental and Human Rights.

1 Impacto no desenvolvimento socioeconômico em razão da pandemia do novo coronavírus

De acordo com dados da *Food and Agriculture Organization* – FAO (2010), dos anos de 1990 a 2000, o Brasil foi responsável pelos maiores índices de desmatamento, principalmente na extensão em que é compreendida a Floresta Amazônica, área que representa cerca de 4 milhões de quilômetros quadrados e é o território onde está situada a Amazônia Legal, correspondendo às áreas dos estados da região Norte (Acre, Amapá, Amazonas, Pará, Rondônia, Tocantins), Centro-Oeste (Mato Grosso) e Nordeste (Maranhão) (FERREIRA & COELHO, 2015).

A Assembleia Geral das Nações Unidas de 1986, definiu que o desenvolvimento humano é inalienável e, reconheceu de modo individual e coletivo, a participação, o uso e a contribuição do ser humano no processo de desenvolvimento social, cultural, político e econômico a fim de serem resguardados os direitos humanos e fundamentais (SÁTIRO, *et al.*, 2015), que pudessem, sobretudo, atender às necessidades de análises de impactos ambientais nas atividades comerciais (BRASIL, 2010). Em resposta, o constituinte da Carta de 1988 estabeleceu em seu artigo 3º, inciso II, que o Brasil atenda ao desenvolvimento nacional com um grau de importância objetiva, sendo adotado, na prática, como um programa de ação do governo.

Fachin (2010), todavia, alerta para a falta de menção na Constituição Federal sobre o direito ao desenvolvimento. Na realidade, evidenciar a legitimidade, a legalidade e, especialmente, a constitucionalidade do direito ao desenvolvimento humano, é, de certa forma, torná-lo cada vez mais concreto e, assim, mais eficaz. De qualquer modo, as mudanças no que toca ao direito ao meio ambiente enfatizam o aspecto intrínseco do conceito do direito ao desenvolvimento com o uso – condicionado – dos recursos ambientais.

Dados do INPE (2016) evidenciam que, apesar de haver uma redução no número anual das taxas de desmatamento³ no início da década de 2010, o novo modelo jurídico transfere a responsabilidade de fiscalizar as atividades e os crimes ambientais aos estados federativos. Esta mudança gerou dúvidas sobre a aplicação punitiva dos atos ilegais, uma vez que a redução citada fora promovida pelas ações organizadas pelo órgão ambiental federal (SCHMITT & SCARDUA, 2015), e que poderia vir a ser desacreditada por uma gestão descentralizada.

A 7ª Vara Federal Ambiental e Agrária da Seção Judiciária do Amazonas (2020), no uso dos dados disponibilizados pelo Ministério Público Federal – MPF, em razão da União, ICMBio, Funai e IBAMA, reforça que houve, de fato, um aumento nas taxas de desmatamento e em outras práticas ambientais de forma ilegal a partir de 2012, com incremento de 74% de taxa de desmatamento em terras indígenas entre os anos de 2018 a 2019.

Com efeito, até meados de 2019, o Sistema PRODES⁴ indicou um acréscimo de 30% no crescimento do desmatamento na última década. O MPF ressalta que nos últimos anos tem sido evidenciada a falta de atenção na fiscalização federal das atividades precursoras do desmate na Floresta Amazônica, vez que no ano de 2019 houve o menor número nos Autos de Infração das últimas duas décadas expedidos pelo IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) e que, em razão disso, no cenário pandêmico o problema tende a se agravar.

Friede (2020) e a Agência Brasil (2020), afirmam que, economicamente, a pandemia do COVID-19 é um dos maiores desafios pós-Guerra Mundial, com

³ Disponível em http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod_Noticia=4293, relata entre outros, a evolução das taxas de desmatamento de 2004 a 2015, coordenado Ministério do Meio Ambiente e criado pelo Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (PPCDAm). Os números expressam o total respectivo de 27.772 km² e 6.207 km².

⁴ PRODES: é um programa de Monitoramento da Floresta Amazônica Brasileira por Satélite, o qual utiliza dados espaciais sobre o desmatamento nesta região (INPE, 2014).

repercussão econômica jamais vista. Impactando, inclusive, na vulnerabilidade socioambiental pela escassez de fiscalização em terras de povos amazônicos, a saber, que uma das medidas sanitárias é o isolamento e o modelo funcional de *home office* (FIOCRUZ, 2020). A economia brasileira tem uma projeção de retrair em até 8% a 10,5% seu PIB no ano de 2021 (SOUZA-JÚNIOR *et. al.*, 2020), conforme divulgação do Banco Mundial. Além disso, percebe-se que a recuperação será mais lenta, assim como na retração da economia mundial de 5,2%.

Este trabalho, em suma, contextualiza a questão referente ao impacto da decisão ambiental supra referida no desenvolvimento e na economia da região na medida em que, na busca de preservar o meio ambiente neste período, determina que cesse toda a atividade de exploração ambiental, mesmo aquelas legalmente executadas dentro dos parâmetros estabelecidos pelo Código Florestal, pelas Resoluções pertinentes, e, logo, devidamente licenciada pelo IBAMA e SEDAM.

Saliente-se, nessa altura, a ineficiência estatal, na realização de suas atividades de controle e de fiscalização, vez que os ilícitos ambientais na Amazônia Legal precedem o período da pandemia, tendo se agravado pela redução da atividade de fiscalização e, igualmente, pela necessidade de afastamento social.

Porém, não se pode olvidar que a vedação, enquanto durar a pandemia, de qualquer atividade na indústria de extração de *commodities* pode configurar uma violação ao direito fundamental ao desenvolvimento, afetando a liberdade e o crescimento da região que conta com uma população estimada de 23.031.828 pessoas em 2019 e possui uma significativa representatividade econômica no Brasil (IBGE, 2019).

De qualquer modo, esta pandemia revela a fragilidade do capitalismo, com interferência nos setores da saúde, da economia e do meio ambiente. Historicamente, as epidemias influenciam na redução do uso de bens e consumo. E, embora não haja estudos aprofundados sobre a relação de custos econômicos e de epidemias e os seus efeitos, são notórios que estes efeitos exercem colapso socioeconômico pela restrição imposta pelo Estado na forma de *lockdown* e na obtenção e produção destes bens (JÚNIOR & RITA, 2020).

Portanto, deve-se privilegiar a ponderação dos Direitos Fundamentais colidentes a fim de preservar o meio ambiente de forma responsável com a devida fiscalização por parte do Estado e permitir a continuidade do desenvolvimento da região, igualmente por meio das atividades de exploração ambiental devidamente

autorizada pelos órgãos ambientais fiscalizadores. Esta é, sem dúvida, uma temática de difícil contextualização, e para que seja possível a sua análise, é necessário que seja investigada tanto por um prisma jurídico quanto conceitual.

Para tanto, a metodologia aplicada foi a hipotético-dedutiva, vez que se trata de uma decisão provisória com base em dados gerais sobre um problema atual tendo como intuito a mitigação dos danos causados pela falta de fiscalização em áreas ambientais. Utilizar-se-á uma abordagem exploratória e bibliográfica com base na decisão já mencionada, além de artigos e de capítulos de livros.

Trata-se, destarte, de uma abordagem discursiva e exploratória, consistindo nas seguintes subdivisões: Impacto no Desenvolvimento Socioeconômico pela pandemia do novo coronavírus; Direito Fundamental ao Desenvolvimento; Sustentabilidade e Desenvolvimento; Tutela Jurisdicional em Tempos de Pandemia, e; Síntese Final. Pretende-se, com efeito, investigar se a decisão de bloquear as atividades de manejo dos recursos ambientais é capaz de diminuir os impactos ambientais negativos e não incidir em prejuízos irrecuperáveis ao desenvolvimento socioeconômico.

2 Direito fundamental ao desenvolvimento

A Resolução nº 41/128 de 1986 da Assembleia Geral das Nações Unidas representa uma conquista pelo início do reconhecimento jurídico do direito ao desenvolvimento, entendendo o desenvolvimento como um direito inalienável atribuído a todos os indivíduos e povos (SÁTIRO *et. al.*, 2015) pela participação, contribuição e concretização dos direitos humanos (SENGUPTA, 2002).

Trata-se de uma conquista apta a abranger várias perspectivas que são atribuídas ao conceito de direito ao desenvolvimento, que, inicialmente, era apresentado como subárea do Direito Internacional Econômico, mas que não era suficiente para garantir o crescimento econômico de forma mais individualizada pelas nações. Assim, por possuir uma visão focada no desenvolvimento econômico, tornava as perspectivas cultural, social, econômica, política, histórica e ambiental em menor prioridade, por mais que estas vertentes se complementem na busca e na concretização do direito mediante o processo de capacitação do indivíduo, e com isso, na conquista ao desenvolvimento e dos seus direitos (DELGADO, 2001).

O processo de desenvolvimento tende a seguir duas vertentes teóricas: uma que é norteadada pela visão econômica e outra sobre os processos que envolvem a

administração pública. No entanto, percebe-se que a execução das atividades, em regra, ou negligencia questões que possam impedir a atuação mais imediata em benefício do desenvolvimento, tentando facilitar diretrizes que favoreçam os direitos civis e políticos para a aplicação de uma democracia não estruturada, ou, após o período da facilidade mencionada e já na prática do desenvolvimento, aja de forma mais incisiva e condutora, com o estabelecimento de normas e de diretrizes.

De modo geral, são duas visões que se contrapõem pela permissividade em prol da saúde financeira ou da condescendência política. De qualquer sorte, deve-se frisar a ideia de adoção como causas dos gastos sociais para a extensão aos grupos sociais menos favorecidos, em um parâmetro de simbiose sustentável, em que são aplicadas as redes de seguridade social, de liberdades políticas ou de desenvolvimento social (SEN, 2010, p. 54 - 57).

Esta ideia retrata o pensamento de que o desenvolvimento é uma constante para a obtenção da liberdade real e coletiva, em que o processo do desenvolvimento em si já se justifica como causa e efeito. Sen (2010), apresenta este modelo como fim primordial e o principal meio para a obtenção da liberdade do desenvolvimento, assumindo, respectivamente, um papel constitutivo e instrumental.

Baseando a liberdade como a capacidade de acesso aos recursos que possibilitem não somente as necessidades básicas relacionadas à alimentação, à educação e à qualidade de vida, mas igualmente à liberdade de expressão e de acesso às políticas sociais. Sendo que este é o ponto central, ou seja, a ampliação da liberdade humana por meio da perspectiva constitutiva, que abrange uma visão de normativas, um aumento dos índices do Produto Nacional Bruto – PNB - e uma aplicação de técnicas industriais.

Em contraponto a isto, Sen (1993) fala da retroalimentação dos vetores vulneráveis, em que a negação de uma economia livre promove a perda da liberdade civil, assim como a negação da liberdade política e social tende a prejudicar a liberdade econômica. Havendo uma real necessidade de que as diversas formas de liberdade sejam aplicadas para que a partir dela haja a promoção da liberdade de modo contínuo. E para tal, o direito ao desenvolvimento é adquirido pela capacidade de eliminar a tirania, a intolerância, a pobreza, a negligência dos serviços públicos, ou seja, a atuação direta na desigualdade política e econômica e na condução repressora e interferente do Estado (SEN, 2010).

Neste contexto, Drèze (1989) utiliza o termo *entitlement* para definir um sujeito capaz de adquirir bens conquistados por intermédio de recursos lícitos. Ao se referir à economia de mercado com relação à propriedade privada, trata-se então dos bens que o mesmo possui, denominado de dotação, assim como por meio de comercialização de produtos/serviços. Desse modo, entende-se que este indivíduo passará fome quando seu *entitlement* não possuir bens suficientes. Nesta referência, o termo supracitado se refere ao direito atribuído por lei, e não sobre códigos morais sobre algo.

No Brasil, a expressão do direito ao desenvolvimento é estruturada de modo orgânico e programático, com o uso de recursos instrumentais e reguladores, assim como o uso de diretrizes e de ações que devem ser executados pelo Estado e pela sociedade, respectivamente (GRAU, 2001). Pode-se afirmar que a Carta Magna de 1988 é utilizada inclusive como recurso programático, orientando a interpretação das normas constitucionais e a ação dos órgãos públicos.

A permissão dada aos órgãos reguladores para a obtenção do desenvolvimento por meio de diretrizes constitucionais com vistas à ordem social, política e econômica ocorre na medida em que o artigo 3º da Carta Constitucional não define de modo claro as possibilidades do desenvolvimento tampouco sobre os dispositivos para efetivá-lo, ou seja, há uma lacuna que se refere ao modo como o cidadão pode exigir a efetividade deste direito (KECK, 2000).

A propósito, Montoro (1995), diz que o desenvolvimento é conquistado pelo esforço de cada país na tomada de decisões que venham a surgir, agindo de modo autônomo e independente, ou seja, saindo da subordinação cultural, política e econômica.

3 Sustentabilidade e desenvolvimento

O conceito de sustentabilidade pode assumir uma contradição quando analisada a partir de uma faceta do conceito jurídico restritivo, principalmente quando não abranger de modo equilibrado a importância ecológica com a necessidade da obtenção da rentabilidade por meio da extração e uso dos recursos naturais. (ESTEVA, 2010).

Este pensamento é reforçado por Sachs (2010) quando aponta os altos níveis de extração em relação à capacidade de renovação ambiental e da biodiversidade,

agravando a composição e a estrutura nos ecossistemas e em razão das mudanças climáticas.

Ainda sobre a evolução do processo histórico, convém citar a Declaração de Estocolmo de 1972, a primeira Conferência sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada pela Organização das Nações Unidas – ONU, que transcreve a responsabilidade do ser humano, declarando, por outro lado, o direito fundamental do ser humano à liberdade, à igualdade e às condições de vida adequadas, mantendo a qualidade do meio ambiente de forma que seja possível manter o bem-estar e a dignidade, determinando ao homem o compromisso de zelar e de criar mecanismos que favoreçam os recursos naturais e o meio ambiente de forma contínua (ONU, 1990).

Com isto, delimitam-se alguns padrões para o crescimento econômico em respeito aos âmbitos ecológico e ético de modo que possa realizar uma projeção das técnicas e das medidas atribuídas em conformidade com as novas diretrizes para minimizar os impactos negativos ao meio ambiente. Esses pressupostos revelam uma intenção – não alcançada- pelo aparato jurídico que possibilite o desenvolvimento. Demonstrando uma real necessidade de mudanças executivas aplicadas na segunda Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (ESTEVE, 2010), que, na conceituação de desenvolvimento sustentável, implicana necessidade de ampliar o ideal de prevenção em longo prazo.

Neste contexto, França⁵ (2015) orienta para a necessidade de cautela jurídica no que toca à efetividade da proteção ambiental. Importa esclarecer que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos reconheceu, além de outros direitos, os que dispõem sobre a aplicação normativa que seja favorável na regulação da atenção por parte dos estados, aplicando medidas administrativas e legislativas que atuem em benefício do bem-estar das pessoas em detrimento a qualquer ameaça contra a vida.

Deve-se, portanto, reafirmar a mudança conceitual que aborda o desenvolvimento de forma que seja possível envolver conceitos sociais, políticos, culturais e econômicos na busca pelo bem-estar da população participativa e livre. (ONU, 1986). A sustentabilidade tem previsão constitucional, passando a ser analisada cada vez mais por meio do prisma jurídico e ético de modo que, mantendo sua pluridimensionalidade se torne apta para conduzir o desenvolvimento a partir de um

⁵ :FRANÇA, P. G. Sustentabilidade Ambiental e Direito Internacional: algumas lições de Klaus Bosselmann – por Phillip Gil França. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/sustentabilidade-ambiental-e-direito-internacional>. Acesso em 19 de Jun. 2020.

modelo não ortodoxo, logo, atuando com respeito à integridade ecológica (FREITAS, 2016; BOSSELMANN, 2015).

Houve o adensamento do conceito de desenvolvimento e de sustentabilidade para atingir algo que atenda as necessidades de modo coletivo e sustentável. Exemplo disso é o conceito conhecido como “valorista”, que atribui uma importância maior ao bônus do que ao ônus, ou seja, conduz seus atos na perspectiva dos ganhos sem atenção ou preocupação com a forma como vai adquiri-lo, podendo ser um fator problema por não mensurar situações decorrentes destas práticas. Considera-se para este pensamento a aplicação de novas orientações plausíveis, vez que até então não havia um conceito estabelecido e claro. Neste sentido, o conceito de ambientalismo sobre a preservação e a defesa do meio ambiente surge como parâmetro orientador e regulador de ações que permitam a prática do desenvolver e de consumir de forma orquestrada para o alcance da sustentabilidade (LORENZETTI, 2010).

Bosselmann (2015) estabelece que a definição de sustentabilidade, em sua forma mais pura, está relacionada ao prisma ecológico, independentemente da importância econômica e social que lhe é atribuída. Emerge daí o questionamento acerca do ponto de verificação, vez que se deve ter uma atenção voltada ao desenvolvimento sustentável, que seja capaz de incluir o viés econômico e social. Bosselmann ressalta ainda que juntar estes conceitos é demasiadamente difícil se não tratá-los por meio de um pensamento mais amplo e diferenciado, não sendo possível a sua literalidade (BOSSELMANN, 2015).

Estas visões apenas evidenciam que as mudanças na forma mais ampla da compreensão de sustentabilidade se resignificam em face do artigo 225 da Constituição Federal (FREITAS & GARCIA, 2016). Porém, resignificar a sustentabilidade de modo que seja possível abordar os conceitos técnicos, jurídicos, políticos e éticos exige que a análise transcenda dogmas ontológicos, biológicos e até mesmo ecológicos, pois passa a atribuir os recursos naturais à proteção de direitos e na aplicação responsável e assistida, de deveres. (BOSSELMANN, 2015; FREITAS & GARCIA, 2016).

Freitas e Garcia (2016), relacionam pontos de análise sobre as percepções das mudanças necessárias para o alcance de uma nova visão e aplicabilidade das ações sobre o meio ambiente. Segundo os autores, deve haver uma reavaliação do papel do Estado e da sociedade sobre a busca por uma gestão sustentável e, ademais, aplicar ações corretivas e punitivas de modo indiscriminado aos atos infracionais contra a

sustentabilidade, promover ações preventivas passíveis do sistema jurídico, assim como utilizar de forma clara os conceitos e as diretrizes jurídicas, sobretudo no intuito de não incidir em erros de interpretação sobre as medidas contra atos nocivos ao meio ambiente e nem em relação aos atos omissos à responsabilidade, culminando em prejuízos para gerações presentes e futuras.

Diante da necessidade de adaptação destes conceitos para abranger a complexidade dos novos modelos socioeconômicos e ecológicos, Freitas (2016), adverte sobre a mudança do sistema unilateral, omissivo e corruptível, para assumir uma perspectiva crítica e ponderada e com objetivos de equilíbrio ecológico.

Infere-se, então, que a intenção é analisar de modo multidimensional tanto o âmbito ecológico quanto o econômico de modo que as diretrizes não sejam aplicadas de forma aleatória ou em favorecimento individual, mas, que o Poder público atue em conjunto com a Sociedade Civil para a minimização dos efeitos colaterais negativos advindos de um modelo não estudado, atencioso e programado. Urge, destarte, uma efetiva normatização procedimental em que seja possível realçar os princípios legais, jurídicos, éticos, políticos, econômicos e ecológicos com base na sustentabilidade dos recursos naturais para a promoção da qualidade da vida humana.

4 Tutela jurisdicional em tempos de pandemia

A decisão analisada foi prolatada no bojo de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da União, IBAMA, ICMBio e FUNAI, objetivando a implantação de ações de comando, de controle e de contenção de infrações ambientais, notadamente o desmatamento ilegal e o garimpo ilegal de ouro na Amazônia, diante da tendência de incremento destas atividades registradas desde 2012 (informação apresentada na inicial), fato que teria se agigantado no último ano de acordo com o PRODES, sendo corroborados também pelo sistema DETER⁶.

O *parquet* pontuou o risco de contaminação dos povos tradicionais pelo contato com os infratores ambientais, havendo, portanto, não só risco ao ambiente, mas também à saúde daqueles que vivem na região. Requerendo que seja determinado aos réus executar uma fiscalização adequada nos *hot spots*, inclusive com implementação

⁶ : é o Sistema de Detecção do Desmatamento em Tempo (praticamente) Real, criado para dar apoio ao PRODES como recurso de fiscalização, sendo que o DETER tem uma abrangência de corte não apenas raso, mas também em nível de degradação da floresta de forma escalonada e progressiva (INPE, 2008).

de bases fixas para viabilizar a investigação e a repressão dos crimes ambientais nas regiões, bem como com o adequado fornecimento de insumos para realização do trabalho, e as medidas de sanitárias para prevenir a propagação da pandemia nas regiões.

Pediú ainda: “O bloqueio de toda e qualquer movimentação de madeira no SINAFLOR/DOF (sistema nacional de controle da origem florestal) nos Municípios integrantes dos *hot spots* de ilícitos ambientais durante todo o período em que reconhecida a pandemia de COVID-19 (...) suspensão da operação de todos os postos de compra de ouro vinculados a Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários - DTVMs e de todos os estabelecimentos comerciais de compra e venda de ouro em operação nos Municípios integrantes dos *hot spots* de ilícitos ambientais”, afirmando que a atividade não é essencial .

A magistrada iniciou a análise da Ação Civil Pública, especialmente em relação à Tutela de Urgência pelo prisma do risco da ineficácia da medida se concedida posteriormente, e dos fatos e dos fundamentos jurídicos adequados à concessão da medida. Diante disso, considerou o princípio da precaução e da vedação ao retrocesso, ponderando que este último princípio recebe diversas nomenclaturas na doutrina internacional e que estaria assimilado no ordenamento jurídico brasileiro pela teoria dos direitos adquiridos, cuja regressão não pode ser atacada principalmente no que tange aos direitos humanos e fundamentais.

Assim como o princípio da não regressão, tido pela magistrada como um princípio geral de Direito Ambiental, utilizado para salvaguardar o progresso obtido e evitar ou, ao menos, limitar a degradação ambiental, notadamente em sintonia com o Art. 225 da CF/88 que assegura a manutenção do “meio ambiente ecologicamente equilibrado” e dos “processos ecológicos essenciais.

Neste sentido, argumentou que a exploração ilegal e predatória da Amazônia gera prejuízos para o ecossistema e econômico (no longo prazo), pois a floresta e o conhecimento tradicional são valiosíssimos, sobretudo na geração de riquezas para o Brasil. E, quanto às práticas ilegais, além de destruir esses elementos, apenas geram riquezas para os próprios criminosos ambientais.

Atenta-se, nessa altura, que a supressão da floresta é inegável diante dos dados científicos coletados, inclusive por satélite, com a redução da fiscalização, o que se agravou com a pandemia do COVID-19, fato que não se justifica. A Fundação Oswaldo Cruz - Fiocruz (2020), a propósito, em sua publicação sobre a COVID-19 em território

indígena, afirmou a necessidade do isolamento social, enfatizando que o novo modelo de trabalho realizado em *home office* acentuou, de qualquer sorte, ainda mais a fragilidade no serviço de fiscalização ambiental brasileiro, com a ocorrência de impactos negativos como a vulnerabilidade socioambiental.

Na decisão restou consignado também o princípio do *in dubio pro natura*⁷ na medida em que, no caso, o magistrado deve ter uma postura mais proativa em se tratando de meio ambiente diante da natureza indisponível do bem protegido e do interesse jurídico de incontáveis sujeitos-ausentes (toda a humanidade e futuras gerações).

De fato, devendo atuar e, assim, deferir pedidos para que a União promova a integração interministerial no sentido de promover a implantação do plano emergencial de fiscalização dos *hot spots* com bases fixas e disponibilidade de orçamento para tal, exerça a inibição de ilícitos ambientais e da propagação do COVID-19 nas populações tradicionais, além de determinar o bloqueio de toda e qualquer movimentação de madeira no SINAFLOR/DOF (sistema nacional de controle da origem florestal) e a suspensão da operação de todos os postos de compra de ouro vinculados a Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários – DTVMs, bem como de todos os estabelecimentos comerciais de compra e venda de ouro em operação nos Municípios integrantes dos *hot spots* durante todo o período em que for declarada o período pandêmico advindo com a COVID-19.

Bastante significantes para a elucidação do tema, são o direito à saúde e o direito à vida dos povos tradicionais que foram igualmente considerados, sobretudo em razão da necessidade de imposição de medidas sanitárias para as equipes que realizarão as fiscalizações. Não custa advertir que se trata de direitos fundamentais de natureza indisponível, de responsabilidade da União, especialmente no que afeta aos povos indígenas. Com isso, a evidente imprevisibilidade dos danos causados sobre a exploração ilegal da floresta ante a falta de fiscalização dos órgãos responsáveis, alguns ainda incalculáveis (riscos invisíveis e abstratos), que possam gerar, inclusive, novas doenças de grandes impactos.

⁷O princípio do *in dubio pro ambiente* estabelece que diante de várias interpretações possíveis de uma mesma norma ambiental, deve privilegiar a interpretação que seja favorável ao meio ambiente. De modo geral, há a necessidade de interpretação unívoca, mas não havendo, que esta interpretação pondere de modo cautelar beneficiando o meio ambiente a partir de conceitos multidisciplinares (RANGEL, 2013), disponível em <https://semanaacademica.org.br/artigo/afirmacao-jurisprudencial-do-principio-dubio-pro-nature-no-cenario-juridico-brasileiro>. Acesso em 05 jul. 2020.

Ferreira e Coelho (2015) prelecionam, nessa altura, sobre a importância em manter a fiscalização nos estados compreendidos pela Amazônia Legal em razão de políticas de créditos e variáveis institucionais que assumem, inevitavelmente, um papel facilitador e promotor do desmatamento.

De todo modo, conforme a decisão, assoma um cenário em que não há uma rotina fiscalizadora dos órgãos competentes para o controle e a manutenção do meio ambiente neste momento da pandemia gerada pelo COVID-19, que, se fosse realizada da forma devida, garantiria que as políticas de proteção fossem eficazmente implementadas, assegurando ainda que as regulamentações legais sobre o direito à propriedade fossem tratadas com maior relevância e, conseqüentemente, diminuindo os índices de desmatamento.

Quando se fala sobre o papel descentralizador da fiscalização, o artigo 17 da Lei Complementar 140 esclarece que é permitido que esta seja praticada pelos entes federativos para controle e para a aplicação de políticas sobre atividades geradoras, ou potencialmente geradoras de poluição. E, em um sentido mais amplo, da degradação por uso dos recursos naturais. Com efeito, a fiscalização ambiental é uma medida coercitiva de aplicação de sanções lavradas por órgãos estatais para o cumprimento das regras de uso e de não uso dos recursos ambientais (SCHIMITT & SCARDUA, 2015).

De acordo com o ICMBio (Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade), em 2019 eram previstas mais de 80 ações de fiscalização no estado do Amazonas, sendo que apenas 13 foram praticadas até o mês de setembro, com cerca de 20 canceladas e 48 com previsão de realização. Já o IBAMA, na aplicação de estratégias ao combate ao desmatamento, mapeou que territórios da Amazônia Legal eram os responsáveis por cerca de 60% pela degradação ambiental, com o aumento do índice do desmatamento em quase 30% até o mês de março de 2020, quando comparado ao ano de 2018 (BRASIL, 2020).

Isto permite antever que há um crescimento de infrações ambientais, em especial no que toca às queimadas e ao desmatamento, com impacto significativo aos povos amazônicos, sendo levado ao paroxismo em razão da exposição ao COVID-19 por meio de contato com madeireiros, garimpeiros e grileiros. Quando se aborda a suspensão da fiscalização ambiental por causa desta pandemia no ano de 2020, percebe-se a importância da atividade fiscalizadora no enfrentamento e no combate das atividades ilícitas (BRASIL, 2020).

Considerando a decisão em suspender todo e qualquer manejo ou circulação de madeira na medida do bloqueio do SINAFLOR/DOF, além da paralisação da compra e venda de ouro, entre os municípios integrantes dos *hot spots* no período da pandemia por considerar que não se tratam de atividades essenciais (BRASIL, 2020), evidencia-se o impacto negativo ao desenvolvimento socioambiental, pois não afeta apenas os que trabalham na ilegalidade e irregularidade, aproveitando-se principalmente do aporte escasso da fiscalização do Estado, mas sim, sobre aqueles que possuem permissão legal e atuam em conformidade com as regulamentações de manejo ambiental (SEN, 2010).

Importa reafirmar que, em face da permissão das entidades governamentais, acentuadas pela comprovação e pela permissão da prática de manejo, evidencia-se um direito do indivíduo a sua execução. E, dessa maneira, reforça-se os ideais do dinamismo internacional para o avanço e a implementação de ações governamentais voltadas para os direitos socioeconômicos, permitindo que sejam realizadas as atividades (SALLES, 2013) e, assim, garantir, entre outros, a manutenção e a geração de emprego e de renda.

Embasando-se, sobretudo, no princípio de que o Estado deve satisfazer os anseios da coletividade, entende-se que não se podem aplicar medidas que venham ferir a sua existência (ARAÚJO, 2020), mas atuar nos limites da responsabilidade social, legal, política, administrativa e econômica. Assim, ao analisar o impacto da restrição das atividades no manejo ambiental, é possível compreender toda uma rede de atividades que igualmente serão descontinuadas pela falta de matéria prima para realização da atividade.

No que se refere à crise econômica gerada pelo novo Coronavírus, alerta-se que na falta de insumos básicos as linhas de produção podem parar pela falta de material, impactando toda uma cadeia de fornecimento e, destarte, impactando de forma negativa na economia da região e, de modo mais geral, do Brasil (IPEA, 2020). Isso reflete um cenário que pode ser gerado pela decisão de impedir as atividades de manejo agrosilvipastoril, que produz o fornecimento de matéria prima para redes industriais e de economia básica, e.g., a indústria de mobiliários, a construção civil e o artesanato, logo, afetando vários grupos e esferas sociais.

Em consonância ao que se estabelece na decisão da Juíza Jaiza Maria Pinto Fraxe, que considera o bloqueio do uso dos recursos ambientais no período da pandemia do COVID-19 (BRASIL, 2020), exsurge uma debilitação do direito ao

desenvolvimento socioeconômico e sustentável por reduzir o acesso à atividade extrativista e de uso dos recursos naturais aos empreendedores que atuam de forma concernente à moldura das leis ambientais.

Importa, então, clarificar o entendimento do direito fundamental ao desenvolvimento e, mais especificamente, do desenvolvimento sustentável, de modo que seja possível aplicar as diretrizes legais e administrativas na prática do manejo dos recursos ambientais, tornando possível a manutenção da economia por meio da responsabilidade, da biodiversidade e, em especial, da sustentabilidade.

Com isso, intenta-se garantir um molde de segurança jurídica apropriada para nortear e parametrizar as atividades de extração e de manejo dos recursos naturais. Reafirma-se, de fato, que se trata de direitos fundamentais pluridimensionais assegurados constitucionalmente, ampliados na medida de direitos difusos interligados nos âmbitos sociais, cultural, políticos, tecnológicos, ambientais, econômicos e outros (SÁTIRO *et. al.*, 2015). Entende-se, com base nesse entendimento, que deva ser assegurado o exercício das atividades de acordo com as diretrizes estabelecidas pelas entidades governamentais de regulação e de fiscalização ambientais, inclusive em períodos restritivos, como em quarentenas, atendendo às exigências sanitárias, legais e comerciais.

Conquanto seja dever dos entes do Estado a realização da fiscalização, a efetividade administrativa e tática destes agentes não consegue acompanhar todas as demandas, mesmo quando não há restrição de isolamento social. Ou seja, ainda que se utilize dos postos avançados e da fiscalização determinada pela decisão, os fiscais possuem uma capacidade limitada de atuação. Entende-se, em suma, que as atividades daqueles que seguem os cuidados e a técnica necessária para a exploração responsável e sustentável da floresta atua para a inibição da atividade ilegal, pois possibilita que sejam denunciadas as atividades ilegais eventualmente presenciadas por estes profissionais (SCHMITT & SCARDUA, 2015).

Síntese Final

Tendo como base a decisão do impedimento da realização de atividades de extração de madeiras e de recursos naturais em período da pandemia de COVID-19 foi emulada uma análise do atual cenário da Amazônia Legal, sobretudo no que toca ao direito ao desenvolvimento socioeconômico em um contexto em que se inserem as

mudanças legais e comportamentais advindas ao longo dos anos. Tornou-se possível perceber uma evolução não apenas no que se refere à obtenção de ganhos materiais e rentáveis, mas, de uma dimensão em que o equilíbrio socioambiental voltado para a promoção da qualidade de vida ganha cada vez mais um papel extremamente significativo.

A decisão/objeto da investigação, por sua vez, é baseada nos crescentes índices de desmatamento e de degradação ambiental particularmente causado pelas práticas ilícitas no manejo dos recursos naturais. De fato, o ato decisório acabou causando certa comoção, sobretudo em face da ausência de fiscalização dos órgãos competentes neste momento pandêmico em que há restrição de trânsito em razão do decreto de isolamento social (*lockdown*).

Não se desconhece que a 7ª Vara Federal Ambiental e Agrária da SJAM utilizou deste recurso no intuito de evitar maiores danos ao meio ambiente. Porém, entende-se que houve uma desproporcionalidade, vez que acabou atuando contra todos os empreendimentos, inclusive os lícitos.

Ou seja, impactando tanto na ação dos grupos que atuam de modo ilícito e sem permissão dos órgãos reguladores quanto naqueles que desenvolvem as atividades em conformidade com a lei e, assim, repercutindo negativamente em termos de demissões e de falta de matéria prima para a produção industrial e artesanal, atingindo, outrossim, aos macro e microempresários, inclusive aos autônomos.

Atenta-se, nesta altura, para a relevância sustentável e ambiental do manejo destes recursos de modo a respeitar, promover e proteger a capacidade produtiva no âmbito do desenvolvimento socioeconômico, resguardando a concretização do desenvolvimento humano e demais direitos humanos e fundamentais. Cabe enfatizar que, a idéia que se extraiu desta investigação não diz respeito à promoção de ações em que o Estado seja cada vez mais omissivo ao compromisso da proteção ambiental, mas sim, que atue de forma a permitir e a proporcionar o equilíbrio entre o desenvolvimento socioeconômico e o meio ambiente.

Deste modo, vale salientar que é necessária uma atuação assídua destes agentes reguladores junto aos empreendimentos ambientais, garantindo que as atividades de extração sejam realizadas em conformidade com a lei e com emolduramento constitucional.

Entende-se pela urgência em reavaliar a abrangência da decisão de que trata este trabalho, a qual afeta indiscriminadamente todos estes empreendimentos,

gerando desempregos e, mormente, não atingindo seu objetivo primordial, isto é, a garantia de que os empreiteiros clandestinos cessarão as atividades ilegais.

Por fim, torna-se imperioso reafirmar que no processo histórico e evolutivo a proteção ao meio ambiente passou a ser encetada em uma conformação parametrizada inclusive pelas necessidades dos seres humanos, devendo-se, portanto, garantir não apenas a manutenção da qualidade de vida e bem-estar, mas toda uma plêiade de direitos humanos e fundamentais, dentre eles o direito ao desenvolvimento.

Referências

AGÊNCIA BRASIL. **Pandemia é maior desafio desde a 2ª Guerra Mundial, alerta ONU**. Brasília, DF, 1 de abril de 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2020-04/pandemia-e-maior-desafio-desde-2a-guerra-mundial-alerta-onu> . Acesso em Julho de 2020;

ARAÚJO, V. S. de. **O direito administrativo e sua contribuição no enfrentamento à corrupção**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 279, n. 1, p 135-159, Jan/Abr, 2020;

BASTA, P. C. **Covid-19 avança rumo às terras indígenas**. Informe ENSP, 13 de abril de 2020. Disponível em <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/40837>. Acesso em Julho 2020;

BOSELTMANN, K. **O princípio da sustentabilidade**. Trad. Phillip Gil França. São Paulo: RT, 2015;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2010;

BRASIL, Justiça Federal da 1ª Região. PJe – Processo Judicial Eletrônico. 7ª Vara Federal Ambiental e Agrária da SJAM. Classe: Tutela antecipada antecedente, número: **1007104-63.2020.4.01.3200**. Dano Ambiental, Flora. Assinado eletronicamente por: JAIZA MARIA PINTO FRAXE - 21/05/2020 19:49:49. Disponível em <http://pje1g.trf1.jus.br:80/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=20052119494680000000229311945>. Acesso em 25 mai. 2020;

DELGADO, A. P. T. **Odireito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização**: paradoxos e desafios. Rio de Janeiro: Renovar, 2001;

ESTEVA G. **The development dictionary**: A Guide to Knowledge as Power, Development, in SACHS W. (ed.), Zed Books, London & New York, 2010;

FACHIN, M. G. **Direito fundamental ao desenvolvimento**: uma possível ressignificação entre a Constituição Brasileira e o Sistema Internacional de Proteção

dos Direitos Humanos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010;

FERREIRA, M. D. P.; COELHO, A. B. **Desmatamento Recente nos Estados da Amazônia Legal**: uma análise da contribuição dos preços agrícolas e das políticas governamentais. RESR, Piracicaba-SP, Vol. 53, N° 01, p. 093-108, Jan/Mar 2015 – Impressa em Abril de 2015;

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. **Global Forest Resources Assessment 2010**: Main Report. Roma, Itália: FAO. Disponível em: <http://www.fao.org/docrep/013/i1757e/i1757e.pdf>, 2010;

FOLHA DE SÃO PAULO, por Cucolo, E. **Economia Brasileira deve encolher 8% em 2020 e terá recuperação fraca, projeta Banco Mundial. Publicado em 8 de Junho de 2020.** Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/06/economia-brasileira-deve-encolher-8-em-2020-e-tera-recuperacao-fraca-projeta-banco-mundial.shtml>. Acesso em Julho de 2020;

FRANÇA, P. G. **Sustentabilidade Ambiental e Direito Internacional**: algumas lições de Klaus Bosselmann – por Phillip Gil França. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/sustentabilidade-ambiental-e-direito-internacional-algumas-licoes-de-klaus-bosselmann-por-phillip-gil-franca>. Acesso em 19 de Junho de 2020;

FREITAS, J. **Sustentabilidade**: Direito ao Futuro, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016;

FREITAS, J.; GARCIA, J. C. **Evolução conceitual do princípio da sustentabilidade**. *Rivista Quadrimestrale di Diritto Dell’Ambiente*, Saggi, Quaterly Journal of Environmental Law. n° 3, 2016;

FRIEDE, R. **Medidas protetivas adotadas no combate à COVID-19**. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. *Auditorium dossiê*. DOI: <https://doi.org/10.30749/2177>. Acesso em Julho de 2020;

GRAU, E. R. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 6a ed. São Paulo: Malheiros, p. 35-38, 2001;

HECK, L. A. **Direito Constitucional Econômico**. Estado e Normatização da Economia. Prefácio. In ROCHA SCOTT, Paulo Henrique. Porto Alegre: Safe, 2000;

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **População estimada**: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estimativas da população residente com data de referência 10 de julho de 2019. Fonte: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/panorama>. Acesso em 19 jun. 2020;

INPE. Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais. **Monitoramento da floresta amazônica brasileira por satélite**. Disponível em

<http://www.obt.inpe.br/prodes/index.php> . 20 dez. 2014. Acesso em 08 de Julho de 2020;

_____. **Monitoramento da cobertura florestal da Amazônia por satélites.** São José dos Campos: Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais. 145 p. (INPE-2791-PRE/354). 2008;

_____. **Notícia: INPE apresenta taxa de desmatamento consolidada do PRODES 2015.** Publicado em 28 de Setembro de 2016. Disponível em http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod_Noticia=4293. Acesso em 30 de Junho de 2020;

IPEA – Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas. **Nota Técnica:** Comércio exterior, política comercial e investimentos estrangeiros: considerações preliminares sobre os impactos da crise do Covid-19. Carta de Conjuntura número 47 – 2º trimestre de 2020. Disponível em https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/wp-content/uploads/2020/04/CC47_NT_Co_m%C3%A9rcio-externo-Covid-19.pdf. Acesso em: 27 Jun. 2020;

JORGE, V.; RODRIGUES, D.; NORONHA, M. M.; PEGADO, E. **O Desafio Diagnóstico do Novo Coronavírus:** A Propósito de um Caso Clínico. *Gazeta Médica*, 7(2). <https://doi.org/10.29315/gm.v7i2.364>. Acesso em Julho de 2020;

JUNIOR, R. R. F.; RITA, L. P. S. **Impactos da Covid-19 na Economia:** limites, desafios e políticas. *Cadernos de Prospecção – Salvador*, v. 13, n. 2, Edição Especial, p. 459-476, Abril, 2020;

LORENZETTI, R.L. **Teoria geral do direito ambiental** (Trad. MOROSINI F.C., BARBOSA F.N.), *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2010;

MONTORO, A. F. **Estudos de Filosofia do Direito.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, p.44, 1995;

Organização das Nações Unidas – ONU. **45ª Sessão**, Assembleia Geral, Resolução 45/94 Documento A/RES/45/94, *Need to Ensure a Healthy Environment for the Well-Being of Individuals*, 1990;

RANGEL, T. L. V. **A afirmação jurisprudencial do princípio *in dubio pronature* no cenário jurídico brasileiro.** *Revista Científica* ISSN 2236-6717, Semana Acadêmica, enviado em 23 de Junho de 2013. Disponível em <https://semanaacademica.org.br/artigo/afirmacao-jurisprudencial-do-principio-dubio-pro-nature-no-cenario-juridico-brasileiro>. Acesso em 05 jul. 2020;

SACHS I. **The development dictionary:** A Guide to Knowledge as Power, Environment, in SACHS W. (ed.), Zed Books, London & New York, 2010;

SALLES, M. M. de. **O “novo” direito internacional do desenvolvimento:** conceitos e fundamentos contemporâneos. *Cadernos Prolam/USP*: São Paulo, 2013;

SÁTIRO, G. S.; MARQUES, V. T.; OLIVEIRA, L. P. S. **O reconhecimento jurídico do direito ao desenvolvimento sob a perspectiva emancipatória dos Direitos Humanos.** Arquivo Jurídico – ISSN 2317-918X – Teresina-PI – v. 2 – n. 2 – p. 2-22 , Jul./Dez. de 2015;

SCHMITT, J.; SCARDUA, F. P. **A descentralização das competências ambientais e a fiscalização do desmatamento na Amazônia.** DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-7612131456> Artigo recebido em 2 mar. 2014 e aceito em 24 mar. 2015. Rev. Adm. Pública – Rio de Janeiro 49(5):1121-1142, set./out. 2015;

SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução Laura Teixeira Morra; revisão técnica Ricardo Denonelli Mendes. – São Paulo: Companhia das Letras, pg. 54 – 57, 2010;

_____. **O desenvolvimento como expansão de capacidades.** Lua Nova. São Paulo: 1993;

SENGUPTA, A. **O Direito ao desenvolvimento como um Direito Humano.** Revista da Social Democracia Brasileira. Nº 68. Março de 2002;

SOUZA-JÚNIOR, J. R. de. C.; CAVALCANTI, M. A. F. H.; LEVY, P. M.; CARVALHO, L. M. de.; MORAES, M. L. de.; GARCIA, P. M. **Atividade econômica: revisão das previsões de crescimento 2020/2021.** Disponível em <https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/index.php/tag/previsoes-macroeconomicas/>. Acesso em Julho de 2020.

37. PROVA PERICIAL NOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS: PERÍCIA INDIRETA E TELEPERÍCIA DIANTE DA PANDEMIA

EXPERT PROOF IN BENEFITS FOR DISABILITY IN CORONAVIRUS TIMES: INDIRECT EXPERTISE AND TELEPERIENCE BEFORE THE PANDEMIC



<https://10.0.142.240/10.36592/9786587424149-37>

Fernando Rubin¹

Felipe Camilo Dall'Alba²

Resumo

O trabalho trata da prova pericial nos benefícios por incapacidade em tempos de pandemia. Aborda-se o problema gerado pela perícia indireta, perícia técnica simplificada e pela teleperícia, pois são instrumentos probatórios que estão sendo utilizados para substituir a perícia presencial.

Palavras-chaves: prova, incapacidade, perícia judicial, teleperícia.

Abstract

The paper deals with expert evidence on disability benefits in times of pandemic. It addresses the problem generated by indirect judicial examination, simplified technical judicial examination and telepresential examination, as they are probative instruments that are being used to replace face-to-face examination.

Keywords: proof, disability, judicial examination, telepresential examination.

1 Introdução

Com o advento da pandemia do coronavírus, os processos, que dependem de perícia médica presencial, foram paralisados na esfera judicial. A esfera administrativa

¹ Advogado-sócio do Escritório de Direito Social, especializado em saúde do trabalhador. Mestre em processo civil pela UFRGS. Doutorando pela PUCRS. Bolsista CAPES. Professor da Graduação e Pós-graduação do Centro Universitário Ritter dos Reis – UNIRITTER, Laureate International Universities.

² Procurador Federal da AGU, Mestre em Direito pela UFRGS, Doutorando pela PUCRS. Professor de cursos de Pós-Graduação. O material em questão foi apresentado para publicação pela mesma instituição, sob orientação e coordenação do Professor Doutor Luis Alberto Reichelt.

encontrou a solução, que foi abrir uma alternativa de concessão de um benefício provisório aos segurados.

A questão que se coloca, na presente quadra histórica, é saber se é possível substituir as perícias presenciais, para resolver as lides previdenciárias que tratem dos benefícios por incapacidade. Lembrando que a perícia vai sustentar o julgamento e, por consequência, a coisa julgada. Uma perícia mal elaborada pode ter efeito deletério para as partes.

Diversas são as propostas que serão analisadas e exploradas nos próximos tópicos, partindo-se da premissa da importância da prova técnica para auxiliar o juízo a implementar benefícios por incapacidade da Previdência Pública brasileira.

2 Os benefícios por incapacidade e a prova técnica

Os benefícios por incapacidade são um grande grupo de prestações pagas pelo INSS em razão de eventos infortunisticos, em que a perícia médica é fundamental para fins de análise do caso concreto – há outros grupos, como as aposentadorias programadas (como a aposentadoria por tempo de contribuição e a aposentadoria especial), os benefícios pagos aos dependentes (como o auxílio-acidente e a pensão por morte) e os benefícios híbridos de natureza previdenciária pagos prioritariamente pela empresa (como o salário-família e o salário-maternidade)³.

Evidentemente que a perícia judicial não é prova absoluta, quando há divergência entre o INSS e o segurado a respeito da extensão da incapacidade. Cabível o exame do conjunto da prova, inclusive sendo apropriado assistentes técnicos participarem do evento solene que examine a (in)capacidade do obreiro⁴.

O principal benefício por incapacidade, em que estão sendo feitas as perícias nessa época mais urgente de pandemia, é o auxílio-doença – regulado no art. 59 e ss. da Lei nº 8.213/91. Trata-se de benefício concedido por prazo indeterminado, mantido até que seja formada conclusão segura sobre a estabilização do quadro infortunistico⁵. A partir daí o expert autárquico deve determinar: *a)* o retorno do trabalhador ao mercado de trabalho, quando estiver 100% apto; *b)* encaminhá-lo à reabilitação

³ A respeito: RUBIN, Fernando, **Introdução geral à Previdência Social**, São Paulo: LTr, 2016.

⁴ Também tratamos a respeito, em outra obra específica: **Temais atuais de processo previdenciário**, Porto Alegre: Paixão Editores, 2019.

⁵ A respeito: RUBIN, Fernando, **Benefícios por incapacidade no Regime Geral**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

profissional, quando houver dúvidas sobre a real extensão da sua aptidão ou quando entender oportuno que passe por algum procedimento conservador antes de retorno ao mercado de trabalho⁶; c) o retorno do trabalhador ao mercado de trabalho, com a contraprestação do auxílio-acidente, quando estiver apto com restrições definitivas as suas tradicionais atividades laborais; d) a transformação do benefício auxílio-doença na aposentadoria por invalidez, quando a convicção é a de que o obreiro não terá mais condições de retorno ao mercado de trabalho para desenvolvimento de atividade laboral que lhe garanta a subsistência.

No entanto, na hipótese de o trabalhador, em gozo de benefício e no aguardo de recuperação clínica, vir a óbito, será transformado o seu benefício auxílio-doença em pensão por morte – o que não raro pode ocorrer em tempos de pandemia, em razão de complicações de ordem respiratória principalmente.

Ainda a título propedêutico, necessário enfatizar que a **perícia judicial deve examinar não só a extensão da incapacidade, mas também avaliar o nexo causal**, já que o benefício por incapacidade pode ter natureza acidentária – no caso da pandemia, evidentemente que o coronavírus pode ser adquirido no ambiente de trabalho, hipótese de doença profissional, ou mesmo via acidente de trajeto, no deslocamento para o trabalho.

Em sendo acidentário, o auxílio-doença leva do sistema o **código 91**, sendo usualmente conhecido como “B91”; diferenciando-se assim do benefício de natureza não-acidentária (*rectius*: natureza previdenciária), o qual leva do sistema o **código 31**, sendo usualmente conhecido como “B31”⁷.

O empregado conhecedor dos seus direitos sabe, desde esse momento de requerimento administrativo de benefício, quais são as importantes diferenças entre um “B91” e um “B31”, e que motivam o pedido expresso para que haja a concessão do primeiro, a partir do reconhecimento da natureza acidentária do benefício provisório pleiteado. Ocorre que somente o auxílio-doença acidentário (“B91”) confere um ano de

⁶ PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUXÍLIO-DOENÇA. REQUISITOS NECESSÁRIOS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. É devido o auxílio-doença ao segurado considerado parcialmente incapaz para o trabalho, mas suscetível de reabilitação profissional para o exercício de outras atividades laborais. Assentando o Tribunal a quo estarem demonstrados os requisitos necessários à concessão do benefício previdenciário, a alegação em sentido contrário, em sede de recurso especial, exige o exame do acervo fático-probatório, procedimento vedado a teor da Súmula 7/STJ. 2. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, AgRg-AREsp 220768/PB).

⁷ Aprofundamentos, inclusive para fins trabalhistas em: RUBIN, Fernando; ROSSAL, Francisco de Araújo. **Acidentes de Trabalho**, São Paulo: LTr, 2016, 2ª Ed.

estabilidade ao obreiro após retorno deste ao ambiente de trabalho, bem como somente o auxílio-doença acidentário (“B91”) obriga o empregador a efetuar o depósito do FGTS na conta do empregado pelo período que o mesmo se mantenha vinculado ao órgão previdenciário – sendo, as aludidas vantagens, previstas, respectivamente, no art. 118 da Lei nº 8.213/91 e no art. 15, § 5º Lei nº 8.036/90⁸.

Esses dois grandes resultados autorizam, aliás, que se recorra administrativamente ou se ingresse judicialmente, de imediato, tão somente para conversão do benefício provisório previdenciário em acidentário, já que mesmo que a perícia administrativa acabe por reconhecer a extensão da incapacidade (a “inaptidão”), se não reconhece a natureza acidentária da benesse (o “acidente de trabalho”), passa a trazer prejuízo de alguma ordem significativa ao empregado/segurado, o que pode possibilitar, por si só, o ingresso com demanda judicial⁹.

3 Prova Pericial

A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação (CPC, art. 464). O que nos interessa para efeitos do estudo é explorar o que seria o exame. Além disso, o juiz nomeará perito especializado no objeto da perícia e fixará de imediato o prazo para a entrega do laudo. (Art. 465).

Nas ações previdenciárias, o exame pericial tem relevância extraordinária, pois o perito indica a existência denexo causal para efeitos de acidente de trabalho, a data

⁸ ACIDENTE DE TRABALHO. AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO EM BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. CABIMENTO. INTERESSE DE AGIR EVIDENCIADO. SENTENÇA EXTINTIVA DO PROCESSO DESCONSTITUÍDA. O auxílio-doença acidentário possibilita a estabilidade de emprego e o depósito do FGTS, evidenciando o interesse de agir da demandante que postula a conversão da natureza do benefício previdenciário em acidentário. Decreto de carência de ação afastado. Sentença desconstituída. (Apelação Cível Nº 70020776845, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann).

⁹ APELAÇÃO REEXAME NECESSÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. INSS. CONVERSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO EM AUXÍLIO DOENÇA ACIDENTÁRIO. POSSIBILIDADE. NEXO CAUSAL COMPROVADO. INTERESSE DE AGIR DO POSTULANTE. 1. Verificando-se que somente os benefícios de natureza acidentária conferem ao segurado a garantia de emprego, conforme disposto no artigo 118, da Lei n. 8213/1991, não há falar em ausência de interesse de agir ao ser pleiteada a conversão do benefício de natureza previdenciária em acidentária. 2. Comprovado o nexocausal entre a atividade funcional desenvolvida pelo autor e a moléstia que gerou o pagamento de benefício pelo INSS, mostra-se adequada à conversão do auxílio doença previdenciário em auxílio doença acidentário (...).PRELIMINAR REJEITADA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO (Apelação e Reexame Necessário Nº 70035651082, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário Crespo Brum).

de início da incapacidade, a data da doença, se o paciente se submete ao tratamento, se parte pode ser readaptada.

No parecer do Conselho Federal de Medicina ficou consignado que “A perícia médica é uma ciência porque sistematiza técnicas e métodos para um objetivo determinado, que é próprio apenas dela e para atingir um objetivo que diz respeito apenas a ela e é uma arte, porque mesmo aplicando técnicas e métodos muito exatos e sofisticados em busca de uma verdade objetiva, utiliza valores que em outras áreas do conhecimento médico não teriam a mesma interpretação” (Conselho Federal de medicina, parecer CFM n. 3/2020)

Assim, nas ações por incapacidade, o tipo de perícia utilizada é o exame, pois o médico por meio de testes clínicos, anamnese e análise dos exames, conclui se a parte está capaz ou incapaz para o exercício do labor.

Com efeito, “ao ser designado jurisperito para avaliar incapacidade laborativa, sequela, déficit funcional, mesmo portando vários documentos médicos, o periciado precisa ser submetido a avaliação médico-pericial (Conselho Federal de medicina, parecer CFM n. 3/2020)

De acordo com o art. 473, o laudo pericial deverá conter a exposição do objeto da perícia; a análise técnica ou científica realizada pelo perito; a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou; resposta conclusiva a todos os quesitos apresentados pelo juiz, pelas partes e pelo órgão do Ministério Público.

No laudo, o perito deve apresentar sua fundamentação em linguagem simples e com coerência lógica, indicando como alcançou suas conclusões. (Art. 473, § 1º)

Some-se a isso o que diz Art. 12 da lei 10259/01 no sentido de que “para efetuar o exame técnico necessário à conciliação ou ao julgamento da causa, o Juiz nomeará pessoa habilitada, que apresentará o laudo até cinco dias antes da audiência, independentemente de intimação das partes”. E, em havendo tal perícia, os honorários do técnico serão antecipados à conta de verba orçamentária do respectivo Tribunal e, quando vencida na causa a entidade pública, seu valor será incluído na ordem de pagamento a ser feita em favor do Tribunal. (Art. 12, § 1º)

4 Perícia direta e indireta

A regra é que tenhamos perícia direta no objeto a ser examinado, mas é possível,

com exceção, que seja feita perícia indireta.

Começemos a falar da perícia direta. A perícia pressupõe que o objeto seja examinado, portanto, se a pessoa está com problema ortopédico, depressão, ler, o **perito**, em contado com o periciado, dá ao fim, em documento escrito, seu parecer conclusivo. Então, a perícia, como regra, para ser perícia, tem que ser presencial, ou seja, a prova pericial médica direta se verificar nos casos em que o autor da demanda é justamente quem alega ter sofrido danos à saúde/e/ou à integridade física e mental.¹⁰

Segundo o parecer do Conselho Federal de Medicina, “A Valoração do Dano Corporal que se presta a definir em termos técnicos e num quadro jurídico determinado, as lesões e os elementos do dano susceptíveis de serem objeto de sanção penal e/ou indenização, benefícios fiscais, benefícios sociais, etc. demanda a realização do exame médico-pericial no periciado, **sendo impossível avaliar déficit funcional, seqüela, incapacidades ou restrições sem o exame físico direto**”(Conselho Federal de medicina, parecer CFM n. 3/2020).

Com isso, após o exame, o perito dá seu parecer, que se concretiza por meio de um laudo escrito.

A segunda modalidade de perícia, é a indireta, que é realizada nos casos em que a vítima dos alegados danos falece no curso da demanda ou já era falecida quando do ajuizamento da ação.¹¹ Nessa hipótese, o perito examina tão-somente os documentos dos autos, e a partir deles, conclui pela capacidade ou incapacidade. Parte-se de uma série de indícios e com base neles retira-se a conclusão.

Frise-se que o Conselho Federal de Medicina não aceita a chamada perícia indireta quando a pessoa está viva, pois “a perícia médica sem a realização do exame físico direto na periciada afronta o art. 92 do CEM que veda o médico assinar laudos periciais, auditoriais ou de verificação médico-legal caso não tenha realizado pessoalmente o exame”. (Conselho Federal de medicina, parecer CFM n. 3/2020)

Continua o Conselho Federal de Medicina: a “perícia indireta é documental ou em objetos e não se aplica em pessoas que podem ser examinadas presencialmente. O que busca a justiça? A primazia da verdade! Na prova técnica pericial estão condensados os elementos fáticos para a construção do juízo de valor do Magistrado. Não pode sob nenhuma hipótese a perícia médica ser violada,

¹⁰BOSSCHART, Louise Emily, **Uma análise crítica da prova pericial médica**, Revista do IASP, 2010, n.25, p. 202.

¹¹BOSSCHART, Louise Emily, **Uma análise crítica da prova pericial médica**, Revista do IASP, 2010, n.25, p. 203.

retalhada em partes e reconstituída como em um documento Frankenstein". (Conselho Federal de medicina, parecer CFM n. 3/2020)

Como o direito à prova é um direito fundamental¹² (**entendemos, aliás, como direito prioritário à prova**¹³), não nos parece adequado generalizar a utilização da perícia indireta, não só pelo veto do Conselho de Medicina, mas também para evitar erros invencíveis, para as partes. Ocorre que a toda evidência, a perícia direta oferece maiores meios de se aproximar da real condição de incapacidade do trabalhador, inclusive via a anamnese e exame clínico (físico).

3 Perícia Técnica simplificada

O CPC estipula que o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade (Art. 464. § 2º).

Como se observa, a prova técnica simplificada substitui a perícia. Mas, para que ocorra essa substituição, o fato deve ser pouca complexidade. Para Alexandre Freita Câmara, um bom exemplo desse tipo de exame ocorre quando uma ação busca a reparação por danos num imóvel, pois nesse caso bastará o perito vistoriar o imóvel, para, em seguida, na audiência, descrever o estado do imóvel e as causas do seu estado e as providências que devem ser tomadas para reparação dos danos.¹⁴

No nosso âmbito previdenciário, poderíamos indicar hipótese nos juizados especiais federais previdenciários em que o expert poderia comparecer em audiência para tratar de um ponto específico da incapacidade, como o período de recuperação

¹² Em semelhante contexto, abordagem de Mitidiero – muito próxima da linha central de Cambi, no sentido da existência de um direito prioritário à prova – ao ressaltar que se impõe contemporaneamente a ideia de processo cooperativo e de “direito fundamental à prova no processo civil” (MITIDIERO, Daniel Francisco, **Colaboração no processo civil**, São Paulo: RT, 2009, especialmente p. 127 e 133).

¹³ Expressão consagrada de *direito prioritário à prova* retiramos da obra de Eduardo Cambi, quando destaca que embora o direito à prova não seja absoluto (como nenhum direito pode desta forma ser concebido), “deve ser reconhecido como prioritário para o sistema processual, não podendo ser indevidamente limitado, a ponto de seu exercício ser meramente residual”. Ainda acrescenta o jurista: “O reconhecimento da existência de um direito constitucional à prova implica a adoção do critério da máxima virtualidade e eficácia, o qual procura admitir todas as provas que sejam hipoteticamente idôneas a trazer elementos cognitivos a respeito dos fatos da causa, independente de prova, procurando excluir as regras jurídicas que tornam impossível ou excessivamente difícil a utilização dos meios probatórios” (CAMBI, Eduardo, **A prova civil: admissibilidade e relevância**, São Paulo: RT, 2006, p. 35).

¹⁴ FREITAS CÂMARA, Alexandre, **Juizados especiais cíveis, estaduais e federais**, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008, p. 116. Consultar também, DALL'ALBA, Felipe Camilo, **Curso de juizados especiais**, Belo Horizonte, Editora Forum, 2011, p. 56.

provável, sendo incontroverso a inexistência de nexos causal e, por outro lado, a existência manifesta da incapacidade contemporânea para o trabalho.

Nessa senda, a prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico (Art. 464. § 3º). E durante a arguição, o especialista, que deverá ter formação acadêmica específica na área objeto de seu depoimento, poderá valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de esclarecer os pontos controvertidos da causa. (Art. 464. § 4º

Mas pelo que se pode retirar do disposto no CPC, tal exame simplificado parte do pressuposto do exame no objeto a ser periciado, porém o laudo escrito é substituído por uma inquirição oral.

Portanto, regula o art. 464, parágrafos 2º a 4º da Lei nº 13.105/2015 que é viável tal medida quando o **ponto controvertido for de menor complexidade**, cabendo daí ser feito tão somente a inquirição do especialista (oral e não por escrito), pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico, como já se sucede nos Juizados Especiais¹⁵.

4 Parecer preliminar e a perícia presencial definitiva

A Procuradoria-Geral Federal, órgão da Advocacia-Geral da União, em Webinar da Ajufe, no dia 26.5.2020, propôs que o perito faça um parecer preliminar para fins de verossimilhança, para antecipação de tutela e após, uma perícia presencial, para fins de tutela definitiva. Nesse parecer o perito analisa a documentação médica do autor e do réu e dá a sua opinião, que, será, naturalmente, provisória.

¹⁵ SEGURO. INVALIDEZ. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PERÍCIA FORMAL. INCOMPETÊNCIA DO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. - A perícia admissível no sistema dos Juizados Especiais Cíveis é aquela simplificada, despida de maior formalidade, nos termos do contido no art. 35 da Lei 9.099/95. - Hipótese dos autos em que ambas as partes acostam laudos, um apontando a ocorrência de incapacitação e outro a possibilidade de reversão da suposta incapacitação. - Situação que exige a realização de perícia formal, rigorosa e não compatível com a agilidade e celeridade exigidas no sistema dos Juizados. Extinção do feito sem apreciação do mérito que se impõe. - Sentença extintiva confirmada por seus fundamentos. Aplicação da regra contida no art. 46 da Lei 9.099/95. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Recurso Cível Nº 71003005527, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Heleno Tregnago Saraiva, Julgado em 24/11/2011). Eis aqui um outro espaço – como na hipótese das decisões interlocutórias não sujeitas a agravo – em que o sistema do rito comum se aproxima do rito sumaríssimo dos Juizados Especiais.

Dessa feita, em nosso sentir, pode-se considerar esse parecer como uma prova atípica, que embasaria, com um pouco mais de certeza, o deferimento ou indeferimento da tutela de urgência.

Quanto à questão do pagamento ao perito, daria para antecipar uma parte do pagamento do perito e, na sequência, na perícia presencial, o restante do valor.

No que tange aos acordos, se o parecer é suficiente para antecipar a tutela, seria, também, suficiente, para formulação de proposta de acordo provisória. A outra possibilidade seria realizar uma proposta de acordo depois que o perito entregar a perícia, para tutela definitiva, ai sim, um acordo definitivo e não provisório.

Portanto, a bipartição da prova em duas etapas, uma para fins de tutela provisória, como se fosse uma justificção prévia, e uma para tutela definitiva, nos parece conveniente para o momento que vivemos.

5 Teleperícia

A teleperícia é um meio não presencial de realizar exames. Utiliza-se um meio de transmissão de sons e imagens, de modo que o médico está num local e o paciente em outro. O próprio ato processual torna-se eletrônico.

Em face dos recentes episódios de coronavírus no Brasil (COVID-19), vem ganhando força as **perícias indiretas**, na via administrativa e judicial, em que o benefício provisório é deferido com exame dos documentos anexados ao processo, sem a perícia física diante do perito do INSS ou do perito judicial. Em momento posterior, ainda dentro do longo período da Pandemia Mundial, o CNJ aventou para a possibilidade de **teleperícia**, aqui com o complemento de que o expert, embora não tenha o contato pessoal com o segurado, pode ao menos vê-lo à distância, sendo autorizado acompanhamento pelo assistente técnico¹⁶.

¹⁶ O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, em 28/04/2020, a edição de ato normativo para realização de perícias eletrônicas e virtuais enquanto durar a pandemia de Covid-19. A medida segue orientação da Rede dos Centros Locais de Inteligência da Justiça Federal que destacou a viabilização de teleperícia ou perícia virtual nas ações judiciais que tratem de benefícios por incapacidade, baseada em nota técnica elaborada pelo Centro Local de Inteligência da Justiça Federal de São Paulo (CLISP). Na visão do CLISP, a ferramenta tem extrema relevância porque possibilita o trâmite de milhares de processos judiciais na seção judiciária de São Paulo, com possibilidade de replicação nas demais seções judiciárias do país. Além da nota, a Resolução leva em conta o ofício do Conselho Federal de Medicina que reconhece a utilização da telemedicina, as recomendações da Organização Mundial de Saúde referentes à adoção do isolamento social para conter a transmissão do novo coronavírus e a eficácia do procedimento para examinar o paciente sem contato físico. Dentre as normas estipuladas pelo CNJ para a realização da perícia estão a obrigação de que o procedimento seja requerido ou consentido pelo periciando e a criação de uma sala de perícia na Plataforma Emergencial de Videoconferência para Atos

O Conselho Nacional de Justiça liberou, por meio da resolução 317/2020, o uso da Teleperícia: As perícias em processos judiciais que versem sobre benefícios previdenciários por incapacidade ou assistenciais serão realizadas por meio eletrônico, sem contato físico entre perito e periciando, enquanto perdurarem os efeitos da crise ocasionada pela pandemia do novo coronavírus (Art. 1º).

Para a realização das perícias por meio eletrônico durante o período contemplado por esta Resolução, os tribunais deverão criar sala de perícia virtual (reunião do tipo “teleperícia”) na Plataforma Emergencial de Videoconferência para Atos Processuais disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça. Em caso de indisponibilidade comprovada da plataforma mencionada no caput, fica autorizada a utilização de plataforma diversa para garantir a realização da perícia previamente agendada (Art. 2º, § 1º).

Nessa esteira, o parecer do Conselho Federal de Medicina admite o uso da teleperícia, porém coloca uma condicionante: Admite-se a aplicação dos recursos tecnológicos em junta médica pericial **quando de um lado está um médico perito a realizar o exame físico no periciado e à distância, acompanha todo o ato pericial os outros médicos peritos, sendo que juntos assinam o Laudo Pericial**. Não há aí ilícito ético ou afronta a boa técnica forense, vez que está garantida a aplicação da semiologia médica. (Conselho Federal de medicina, parecer CFM n. 3/2020)

Deve-se levar em consideração, igualmente, a vulnerabilidade tecnológica dos segurados da previdência, pois pode prejudicar o periciado, inclusive com a formação de coisa julgada. A operação de uma câmera de celular e de diversos aplicativos nem sempre é fácil. Da mesma maneira, o segurado, especialmente atendido pelo SUS, tem poucas condições econômicas de já ter documentos que comprovem a sua incapacidade, também pode enfrentar dificuldades tecnológicas, como as alinhadas.

Assim, a teleperícia, para ser realizada, necessita que um profissional da saúde acompanhe a pessoa a ser periciada, para que realize os procedimentos requeridos pelo perito, bem como encontre os documentos que devem ser demonstrados durante a perícia. O cuidado, portanto, deve ser muito grande para preservar o direito à prova.

Processuais disponibilizada pelo Conselho. Texto retirado do sítio AJUFE - <https://www.ajufer.org.br/imprensa/noticias-covid-19/13721-apos-nota-tecnica-dos-centros-de-inteligencia-da-justica-federal-cnj-aprova-realizacao-de-telepericia>. Acesso em 05 de maio de 2020.

Não é crível que se faça qualquer tipo de perícia, sem nenhum cuidado, apenas para dar andamento aos processos, com uma efetividade perniciosa¹⁷ – sem maiores preocupações, portanto, com a segurança jurídica, com a qualidade da prestação de jurisdição, sem que os envolvidos no processo (perito e o próprio julgador da causa) não se atendem a eventuais déficits econômicos e tecnológicos do segurado que tragam cerceamento de defesa e, conseqüente, impossibilidade de demonstração da incapacidade laborativa do trabalhador.

Conclusão

O debate trazido no presente ensaio é absolutamente atual e exige atenção dos operadores do direito. Nem sempre os meios tecnológicos trazem resultados satisfatórios, se comparados com a presença física dos atores, no caso o contato clínico (físico) do perito judicial com o segurado, na presença inclusive dos assistentes técnicos, para fins de definição precisa da extensão da incapacidade e mesmo do nexa causal do benefício por incapacidade perquirido.

A pandemia trouxe-nos, evidentemente, desafios, como a busca por alternativas ao contato pessoal em períodos de isolamento social; a perícia indireta ou mesmo a teleperícia pode trazer resultado útil, desde que haja a devida contextualização do cenário em que realizada, restando comprovado que não trouxe prejuízo de defesa ao segurado, quanto à utilização de documentos hábeis e uso da tecnologia capaz de não comprometer o evento solene “on line”.

À guisa de conclusão soa razoável a medida, proposta pela Procuradoria-Geral Federal, da perícia indireta servir para análise provisória da incapacidade, devendo ser complementada, para tutela a definitiva do direito, por uma perícia médica presencial, a ser realizada após a normalização dos transtornos causados à sociedade pelo coronavírus.

¹⁷ Aqui referência histórica ao nosso mestre Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, debatendo os valores em jogo na guerra ritualizada. A respeito: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**, Revista de Processo, n. 137, p. 7-21, 2006; **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais in _____**(org.). Processo e Constituição, Rio de Janeiro, Forense, 2004; **Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica**, in AJURIS n° 35 (2008): 57/71.

Referências

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**, Revista de Processo, n. 137, p. 7-21, 2006;

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais in** _____(org.), Processo e Constituição, Rio de Janeiro, Forense, 2004.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, **Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica**, in AJURIS n° 35 (2008): 57/71.

BOSSCHART, Louise Emily, **Uma análise crítica da prova pericial médica**, Revista do IASP, 2010, n.25.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: RT, 2006.

DALL' ALBA, Felipe Camilo, **Curso de juizados especiais**, Belo Horizonte, Editora Forum, 2011.

FREITAS CÂMARA, Alexandre, **Juizados especiais cíveis, estaduais e federais**, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008.

MITIDIERO, Daniel Francisco, **Colaboração no processo civil**, São Paulo: RT, 2009.

RUBIN, Fernando, **Introdução geral à Previdência Social**, São Paulo: LTr, 2016.

RUBIN, Fernando, **Temas atuais de processo previdenciário**, Porto Alegre: Paixão Editores, 2019.

RUBIN, Fernando, **Benefícios por incapacidade no Regime Geral**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

RUBIN, Fernando; ROSSAL, Francisco de Araújo. **Acidentes de trabalho**. São Paulo: LTr, 2016, 2ª Ed.

SUSSIKIND, Richard, **Tomorrow's lawyers**, Oxford University Press, 2017.

38. A PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL E OS PROCESSOS ESTRUTURAIIS: UMA ABORDAGEM PARA LITÍGIOS COMPLEXOS

*THE COVID-19 PANDEMIC IN BRAZIL AND THE STRUCTURAL PROCEDURES:
AN APPROACH OF COMPLEX LITIGATION*



<https://10.0.142.240/10.36592/9786587424149-38>

Micaela Porto Filchtiner Linke¹

Marco Félix Jobim²

Resumo

O presente artigo aborda uma possibilidade de aplicação dos processos estruturais no contexto da pandemia da COVID-19 no Brasil frente à emergência de litígios complexos perante o judiciário nacional nestes períodos de crise e pós-crise. A escolha do tema atual justifica-se pela necessidade imediata de desenvolvimento do estudo sobre o assunto, de forma a proporcionar alternativas adequadas no intuito de contenção e superação da situação adversa, sendo social e juridicamente relevante. A pesquisa de caráter exploratório utilizou basilamente de metodologia dedutiva para o exame do cenário pandêmico - desastre de proporções nacionais e internacionais que assola o país - em especial no âmbito do direito, para a revisão da teoria jurídica quanto aos processos estruturais e para a análise da possível utilização dessa espécie de procedimento e de suas técnicas para lidar com os litígios complexos decorrentes das falhas sistêmicas e profundas reformas impulsionadas pelo contexto pandêmico. Como resultado, depreendeu-se que a complexidade inerente ao cenário imposto pela pandemia da COVID-19, vislumbrada em questões que aportam ao poder judiciário em quantidade exponencial, urge por opções viáveis para que sirva o direito processual como instrumento para a prestação de tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva aos direitos violados e ameaçados. Com isso, entenderam-se os processos

¹ Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Bolsista de Iniciação Científica PROBIC/FAPERGS, 2019-2020. E-mail: micalalinke@terra.com.br.

² Professor Orientador. Pós-doutor em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná – UFPR - e Doutor em Direito pela PUCRS. Professor dos cursos Graduação e de Pós-graduação em Direito da PUCRS. E-mail: marco@jobimesalzano.com.br.

estruturais como adequados para lidar com litígios complexos, por seu próprio enquadramento conceitual finalístico às circunstâncias do cenário pandêmico no Brasil, permanecendo imperiosa a análise concreta e adaptação à situação fática apresentada para o aproveitamento responsável e eficiente dessa espécie de procedimento.

Palavras-chave: Coronavírus; Direito dos desastres; Técnicas estruturantes; Processo civil; Complexidade.

Abstract

This article addresses the possible application of structural procedures – public interest litigation - in the context of the COVID-19 pandemic in Brazil in the face of the insurgence of complex litigation in this period of crisis and afterwards. The choice of theme is justified by the immediate need to develop studies about the subject, in order to provide adequate alternatives to contain and overcome the present disaster, being socially and legally relevant. This exploratory research mainly used deductive methodology to examine the pandemic scenario, a disaster of national and international proportions, especially in the scope of the law, to do a revision of the legal theory regarding structural procedures and the analysis of the possible use of these techniques to deal with complex litigation arising from systemic failures and from the deep reforms driven by the pandemic context. As a result, it emerged that the complexity inherent to the scenario imposed by the pandemic of COVID-19 demonstrates issues that contribute to the judiciary in an exponential amount. Therefore, there is an urgency to find viable options to ensure civil procedure serves as an instrument, providing adequate and effective judicial protection in time to violated and threatened rights. Thus, structural procedures are adequate to deal with complex litigation, due to their conceptual goal which is inherently connected to the circumstances of the pandemic scenario in Brazil, as long as there is a concrete analysis of the case in order to have a responsible and efficient use of these techniques.

Keywords: Coronavirus; Disaster law; Structuring techniques; Civil Procedure; Complexity.

1 Introdução

O presente trabalho, intitulado “A Pandemia da COVID-19 no Brasil e os

Processos Estruturais: uma abordagem para litígios complexos.”, pretendeu analisar os processos estruturais como alternativa jurídica para o contexto da pandemia da COVID-19 no país, especialmente em relação aos litígios complexos. A escolha do tema deu-se exatamente frente à necessidade acadêmica e social de aprofundamento da pesquisa acerca das opções para a proteção dos direitos fundamentais e para a promoção da prestação de tutela adequada, efetiva e tempestiva pelo poder judiciário nesta nova realidade que se apresenta.

Inegável que o desastre global em que se consolidou a pandemia da COVID-19 em 2020 alterou a humanidade e suas consequências permearão a sociedade brasileira pelos próximos tempos. Nesse contexto, direitos colocados em oposição, ou em tensão, exigindo reestruturação de sistemas em colapso e intervenção em políticas públicas, criam conflitos complexos que aportam ao poder judiciário em busca de soluções proporcionais e razoáveis. Com isso, são colocados em pauta os processos estruturais como alternativa para lidar com tais litígios complexos de maneira eficiente³, tendo em vista seu conceito interligado a tais lides. Por isso, demonstra-se relevante o desenvolvimento de conhecimento teórico sobre a temática, de forma a qualificar as respostas práticas a serem empregadas.

Desse modo, no intuito de melhor estruturar o trabalho e oportunizar maior exatidão aos resultados, o propósito geral deste estudo - analisar os processos estruturais como alternativa jurídica para o contexto da pandemia da COVID-19 no país, especialmente em relação aos litígios complexos – dividiu-se nos seguintes objetivos específicos: examinar o surgimento e o cenário pandêmico no Brasil, com enfoque no poder judiciário diante do desastre e nos seus três primeiros meses; apontar a origem e evolução dos processos estruturais, destacando conceito e características; avaliar o direito dos desastres e os litígios complexos no contexto atual; e, finalmente, analisar a aplicação dos processos estruturais a conflitos decorrentes da pandemia.

Para tanto, utilizou-se essencialmente do método dedutivo, tendo como base de estudo a doutrina brasileira no que se refere aos assuntos que compõem o tema desta pesquisa. Contudo, em consideração ao caráter global do contexto fático estudado e ao

³ Aliás, é a eficiência um dos nortes do Processo do século XXI. Ver: JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; CADIET, Lóic. **Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa**: seis lições brasileiras. Daniel Mitidiero; Bibiana Gava Toscano de Oliveira; Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando (tradução). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

surgimento da espécie processual abordada em ordenamento estrangeiros, optou-se pela complementação da pesquisa por meio de método comparativo e histórico. Assim, o trabalho teve caráter exploratório, haja vista o desenvolvimento por meio de técnica de revisão bibliográfica e em consideração à atualidade do tema e à sua constante transformação.

Portanto, desenvolveu-se este artigo, inicialmente, com um delineamento contextual da pandemia da COVID-19, do Brasil e do poder judiciário nacional em face a ela, considerando o ocorrido até o mês de maio de 2020. Sequencialmente, fez-se um exame do surgimento, do conceito e das características dos processos estruturais. Finalmente, embasado no anteriormente traçado, analisou-se o direito dos desastres, os litígios complexos e a aplicação dessa espécie processual ou de suas técnicas no cenário pandêmico brasileiro.

2 A pandemia da Covid-19: breve delineamento contextual

Em um século marcado pela evolução tecnológica e pela globalização⁴, as recorrentes descobertas de novos agentes infecciosos, a perturbação do meio ambiente, a ausência de limites de fronteiras e a circulação de pessoas e mercadorias em ritmo cada vez mais acelerado pelo mundo apontavam para a possibilidade de cada vez mais eminente de uma pandemia e da necessidade utilização da tecnologia para combatê-la.⁵ Ou seja, a probabilidade de uma nova doença infecciosa viral de origem zoonótica – sofrem mutação em uma espécie animal de forma a infectar seres humanos - ou transmitida por vetor – transportada por alguma espécie, como mosquitos ou outros insetos que, então, infectam seres humanos - espalhar-se pelo globo terrestre rapidamente⁶ era uma realidade aventada em diversos meios.⁷

⁴ Para entender um pouco mais sobre o século XXI, ver: FRIEDMAN, Thomas L. **The world is flat: a brief history of the Twenty-First Century**. Picador, USA, 2007.

⁵ GRAHAM, Barney S.; SULLIVAN, Nancy J. Emerging viral diseases from a vaccinology perspective: preparing for the next pandemic. In: **Nature Immunology**. Vol. 19. Berlin: Springer Nature, 2018. pp. 20–28.

⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **What is a pandemic?** Disponível em: https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/pandemic/en/. Acesso em: 13 Abr. 2020.

⁷ **EXPLAINED, THE NEXT PANDEMIC**. Direção: Ezra Klein e Joe Posner. Produção de Ezra Klein, Kara Rozansky, Claire Gordon, Chad Mumm, Lisa Nishimura, Joe Posner, Jason Spingarn-Koff e Kate Townsend. Nova Iorque: Vox Media, 2019. Netflix.

As previsões nesse sentido – difundidas por pessoas influentes como Bill Gates⁸ -, inclusive, colocavam como agentes patogênicos possíveis - junto às gripes ou influenzas - algum não ainda identificado à exemplo dos causadores de síndromes respiratórias como foram a SARS (Síndrome Respiratória Aguda Grave) e a MERS (Síndrome Respiratória do Oriente Médio).⁹ As apostas em uma nova espécie de coronavírus – denominados pelo formato de seu envelope assimilar-se ao de uma coroa devido às glicoproteínas externas – fundavam-se na sua capacidade de contágio e baixa taxa de mortalidade.

Esses dois aspectos definem o sucesso do vírus em se espalhar rapidamente, visto que para tanto ele não pode matar seu hospedeiro tão rápido que este não o transmita para outros hospedeiros, nem o afetar tão pouco que o contágio não se efetue. Tais conclusões e as previsões, que pairavam ao longo desta década, em muito derivam de observações feitas a partir do controle de doenças como a catapora, o sarampo e a poliomielite por meio de vacinas, do tratamento do HIV (Vírus da Imunodeficiência Humana) e do convívio com gripes e resfriados. No século XXI, a humanidade perpassou por diversas epidemias – transmissão local rápida e desenfreada de uma determinada doença – como a da SARS em 2003¹⁰, MERS em 2012¹¹ e os surtos de Ebola em 2014¹², sem contar a pandemia de Gripe A, ou Influenza A, (H1N1) em 2009¹³.

Dessa forma, pode-se dizer que era uma questão de tempo até que um novo vírus tivesse a combinação correta de características para alterar a realidade global. No meio científico, essa possibilidade era conhecida e discutia-se como utilizar a evolução tecnológica, que possibilitaria a dispersão do agente patogênico, para combatê-lo.

⁸ GATES, Bill. **The next outbreak? We are not ready**. TED talks. 2015. (8min33s). Disponível em: https://www.ted.com/talks/bill_gates_the_next_outbreak_we_re_not_ready?language=en. Acesso em: 13 Abr. 2020.

⁹ GATES, Bill. Innovation for pandemics. In: **The New England Journal of Medicine**. 378. Boston: Massachussets Medical Society, 2018. pp. 2057-2060. Disponível em: <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/nejmp1806283>. Acesso em: 13 Abr. 2020.

¹⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **SARS (Severe Acute Respiratory Syndrome)**. Disponível em: <https://www.who.int/ith/diseases/sars/en/>. Acesso em: 13 Abr. 2020.

¹¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Middle East respiratory syndrome coronavirus (MERS-CoV)**. Disponível em: <https://apps.who.int/mediacentre/factsheets/mers-cov/en/index.html>. Acesso em: 13 Abr. 2020.

¹² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Ebola outbreak 2014-2016**. Disponível em: <https://www.who.int/csr/disease/ebola/en/>. Acesso em: 13 Abr. 2020.

¹³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **What is the pandemic (H1N1) 2009 virus?** Disponível em: https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/about_disease/en/. Acesso em: 13 Abr. 2020.

Contudo, o impacto de uma pandemia não era – e talvez ainda não seja - compreendido pela população no geral, sendo uma surpresa para a maioria das pessoas o cenário a que se chegou no primeiro semestre de 2020, o que somente pairava na imaginação daqueles livros e filmes envolvendo um mínimo de ficção sobre esse tipo de acontecimento.

Isso porque, em novembro de 2019, na cidade de Wuhan, a maior área metropolitana da província de Hubei, na China, emergiram casos de infecção respiratória contagiosa, sendo reportada, em 31 de dezembro de 2019 – pelas autoridades chinesas –, à Organização Mundial da Saúde - OMS - a identificação de 44 pacientes com pneumonia causada por agente não identificado.¹⁴ A evolução da epidemia no local, resultou no primeiro relatório oficial da OMS¹⁵ em 21 de janeiro de 2020, no qual se anunciou a existência de um novo coronavírus (2019-nCoV) isolado pelos pesquisadores locais em 07 de janeiro de 2020, que já contava – naquela data – com 282 casos confirmados em quatro países de pessoas afetadas pela doença COVID-19 (*Coronavirus Disease 2019*) decorrente do que veio a ser denominado SARS-CoV-2, síndrome respiratória aguda grave 2 causada por coronavírus.

O estudo acerca do surgimento deste agente patogênico apontou no sentido de que a contaminação inicial ocorreu em um mercado de animais vivos - *Huanan Seafood Wholesale Market of Wuhan* - no epicentro original da pandemia¹⁶, por meio de morcegos infectados, visto que os vírus isolados nesta espécie animal possuem similaridades genéticas significativas ao identificado em 2020, como já havia ocorrido em 2003 e em 2012.¹⁷ Cientificamente, verificou-se que se estava lidando com uma doença transmissível entre seres humanos por gotículas de saliva que poderia afetar pessoas de qualquer idade, mas que possui taxa de mortalidade maior em pacientes idosos ou com comorbidades como doenças cardíacas, diabetes e imunodeficiências,

¹⁴ CASCELLA, Marco; RAJNIK, Michael; CUORNO, Arturo; DULEBOHN, Scott C.; DI NAPOLI, Raffaella. **Features, Evaluation and Treatment Coronavirus (COVID-19)**. Bethesda: StatPearls Publishing LLC, 2020. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK554776/> Acesso em: 07 Abr. 2020.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Novel Coronavirus (2019-nCoV) - SITUATION REPORT – 1 -21 JANUARY 2020**. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200121-sitrep-1-2019-ncov.pdf?sfvrsn=20a99c10_4. Acesso em 28 Abr. 2020.

¹⁶ **EXPLAINED, THIS PANDEMIC**. Direção: Ezra Klein e Joe Posner. Produção de Ezra Klein, Kara Rozansky, Claire Gordon, Chad Mumm, Lisa Nishimura, Joe Posner, Jason Spingarn-Koff e Kate Townsend. Nova Iorque: Vox Media, 2020. Netflix.

¹⁷ FAN, Yi; ZHAO, Kai; SHI, Zheng-Li; ZHOU, Peng. Bat Coronaviruses in China. *In: Viruses* 11, nº 3: 210. Basel: Multidisciplinary Digital Publishing Institute – MDPI, 2019. Disponível em: <https://www.mdpi.com/1999-4915/11/3/210/htm>. Acesso em: 28 Abr. 2020.

que o período de incubação do vírus é de 14 dias, podendo se apresentar assintomaticamente ou com um conjunto de sintomas distintos de acordo com cada indivíduo dentre os quais se destacam a tosse seca, fadiga, febre alta e dificuldades respiratórias.

Devido a tais aspectos, à contaminação assintomática, à similaridade de sintomas com doenças respiratórias comuns e à inconsistência de sintomas entre pacientes, a potencialidade de transmissão demonstrou-se alarmante para as entidades de saúde mundiais – Organização Mundial de Saúde (OMS) e os Centros de Controle de Doenças (CDCs). Aquela, desde seu primeiro relatório em janeiro, publicou diariamente atualizações sobre a evolução da doença ao redor do globo¹⁸, que em fevereiro já havia atingido os cinco continentes com casos importados ou já com transmissão local.

Em março, a Europa – em especial a Itália – se tornou o segundo epicentro da epidemia e a OMS sustentou que ainda não era necessária a instituição de limites à circulação de pessoas e mercadorias em deslocamento das áreas afetadas, haja vista a baixa efetividade de tais medidas à contenção da contaminação e elevados prejuízos econômicos e sociais, porém que os protocolos de higiene deveriam ser reforçados.¹⁹ Nesse sentido, seguiu a conduta da maioria dos locais do globo terrestre.

Contudo, sem sucesso na contenção do alcance da epidemia, no dia 11 de março de 2020 a OMS – por meio da coletiva de imprensa de seu Diretor Geral²⁰ - declarou, para muitos já em atraso, a existência de uma pandemia com relação a doença denominada COVID-19, já com 118.000 casos em 114 países e com 4.291 mortes. Em face ao reconhecimento mundial das circunstâncias que assolavam a humanidade à imagem do ocorrido quando da pandemia da gripe espanhola em 1918 que atingiu o planeta em meio à primeira guerra mundial impactando os cenários políticos e sociais

¹⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Coronavirus disease (COVID-2019) situation reports**. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/situation-reports/>. Acesso em: 13 Abr. 2020.

¹⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Updated WHO recommendations for international traffic in relation to COVID-19 outbreak**. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/articles-detail/updated-who-recommendations-for-international-traffic-in-relation-to-covid-19-outbreak/>. Acesso em: 13 Abr. 2020.

²⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19**. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em: 13 Abr. 2020.

inclusive no Brasil²¹, medidas de segurança desenvolvidas desde a peste negra ou peste bubônica na Idade Média pela Igreja Católica como a quarentena e o isolamento começaram a ser implementadas com o objetivo de achatar a curva de contaminação.

Os objetivos estratégicos das autoridades de saúde²² de reduzir a infecção de um elevado número de pessoas ao mesmo tempo, justificam-se porquanto não há sistema de saúde no mundo capaz de arcar com a porcentagem de pessoas que são afetadas por um vírus como esse sem colapsar. Esta tornou-se, então, a preocupação da sociedade globalizada no ano de 2020: alongar o período de construção de resistência comunitária da COVID-19 para que todos os contaminados pudessem ser atendidos em unidades de assistência à saúde e o menor número possível de vidas fosse perdido até a descoberta ou criação de um tratamento efetivo para a síndrome ou até o desenvolvimento de uma vacina para imunização generalizada.

Para tanto, a maioria dos países - em diferentes graus e seguindo suas diretrizes governamentais instituídas – entrou em alguma forma de isolamento social. Ou seja, a capacidade humana de adaptação foi colocada à prova, quando no auge do desenvolvimento tecnológico e da globalização, o contexto mundial é completamente alterado, testando as habilidades individuais e coletivas de conexão e empatia sem o aspecto do contato físico interpessoal.

2.1 O Brasil em face do desastre global de um novo coronavírus

O Brasil – que já contava com casos importados desde fevereiro – pareceu demorar a reagir diante da crise que se apresentava à população mundial. Conquanto já haviam sido identificados pacientes acometidos da COVID-19, medidas de contenção da contaminação foram colocadas em prática somente após o anúncio da Organização Mundial da Saúde e aglomerações em eventos esportivos e educacionais ocorreram nos dias posteriores a 11 de março de 2020. As orientações da OMS²³ – que,

²¹ GOULART, Adriana da Costa. **Revisitando a espanhola: a gripe pandêmica de 1918 no Rio de Janeiro**. In: História, Ciências, Saúde -Manguinhos vol.12 n.º.1. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/hcsm/v12n1/06.pdf>. Acesso em: 13 Maio 2020.

²² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Coronavirus disease 2019 (COVID-19) Situation Report – 51**. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200311-sitrep-51-covid-19.pdf?sfvrsn=1ba62e57_10. Acesso em: 13 Abr. 2020.

²³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Critical preparedness, readiness and response actions for COVID-19**. Disponível em: <https://www.who.int/publications-detail/critical-preparedness-readiness-and-response-actions-for-covid-19>. Acesso em: 05 Abr. 2020.

face à promulgação do Regulamento Sanitário Internacional²⁴, acordado na 58^a Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005, por meio do Decreto nº 10.212/2020²⁵, são vinculantes no Brasil segundo Valerio Mazzuoli²⁶ - foram incorporadas por governos estaduais e municipais ao longo de território nacional com maior consistência na semana seguinte, quando o aumento de casos em diversas cidades colocou o país também em alerta.

Todavia, em consideração à extensão territorial do Brasil e as desigualdades sociais que se estendem em todas as localidades, não é uma surpresa que a pandemia afetou diferentes lugares de maneiras distintas. Mais ainda, as divergências e as tensões entre e dentro dos braços estatais proporcionou reações dissemelhantes nas mais longínquas cidades brasileiras²⁷. Não obstante, é inquestionável que o país como um todo se encontrou afetado pelo cenário global estando a população brasileira inteiramente em estado de vulnerabilidade no âmbito da saúde e do saneamento público, mas social e economicamente prejudicada.

A partir dessa visão, é possível verificar a caracterização do ocorrido como um desastre à luz do conceito legal compreendido no disposto no artigo 2º, inciso II, do Decreto nº 7.257 de 2010, como sendo o “resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais”.²⁸ Hermes Zaneti Júnior²⁹, nessa linha, comenta que o país – anteriormente identificado como um local em que não ocorriam desastres – foi assolado nos últimos cinco anos por quatro eventos de enorme magnitude, que com certeza alteraram essa ideia: em 2015,

²⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Regulamento Sanitário Internacional**. 3 ed. 2016. Disponível em: <https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/en/>. Acesso em: 18 Abr. 2020.

²⁵ BRASIL. Decreto nº 10.212/2020. Brasília: Presidência da República, 2020.

²⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **As determinações da OMS são vinculantes ao Brasil?** Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/58018/artigo-as-determinacoes-da-oms-sao-vinculantes-ao-brasil-porvalerio-de-oliveira-mazzuoli>. Acesso em: 19 Abr. 2020.

²⁷ O Supremo Tribunal Federal declarou no julgamento da ADI 6391 a concorrência dos Estados e Municípios juntos ao Governo Federal para medidas de enfrentamento do coronavírus. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **STF reconhece competência concorrente de estados, DF, municípios e União no combate à Covid-19**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447>. Acesso em: 22 Jul. 2020.

²⁸ BRASIL. Decreto nº 7.257/2010. Brasília: Presidência da República, 2010.

²⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Direito Processual dos Desastres**. Palestra online ministrada no Grupo de Estudos Araken de Assis (GEAK), coordenado pela Professora Mariângela Guerreiro Milhioranza da Rocha, em 22 de maio de 2020.

o rompimento da barragem da Barra do Fundão em Mariana³⁰, Minas Gerais; em 2019, o rompimento da barragem do Córrego do Feijão em Brumadinho, também Minas Gerais; em 2019, o derramamento de óleo na costa brasileira; e, agora, em 2020 a pandemia da COVID-19 causada pelo vírus SARS-COV-2.

A identificação do cenário pandêmico atual como um desastre é bastante relevante para a análise da situação que se apresenta no país e os conflitos que diariamente dele surgem. O conjunto de eventos anteriormente mencionados, que se deu ao longo dos primeiros meses de 2020 ao redor da Terra, é a origem da complexa situação que hoje se põe diante da nação brasileira, visto que aquela sequência de fatos culminou em uma crise prevista, ainda que incontornável, que está transformando definitivamente a humanidade.

Nacionalmente, as polarizações políticas e sociais são exacerbadas pelas incertezas e problemas entrelaçados que a situação ocasiona: a crise empregatícia e econômica, a constante necessidade de adequação a novos protocolos, as dúvidas que surgem quanto à saúde e à capacidade de atendimento hospitalar com números e aferições falhas e imprecisas, a ansiedade coletiva frente às incertezas cotidianas e o impacto psicoemocional da ausência de contato interpessoal. Dessa forma, não há setor ou lugar que não tenha sido afetado, porém nenhum deles o foi da mesma maneira, sendo as consequências imensuráveis e, ainda, pouco precisas, a certeza que se demonstra é que o país – à imagem do mundo – estará invariavelmente alterado quando da superação das atuais circunstâncias e os problemas dela advindos, com os quais já se arcam no presente momento, perdurarão por alongado período de tempo.

2.2 A esfera jurisdicional no cenário pandêmico

Falando em conflitos e em um cenário crítico como o delineado, os poderes estatais são colocados sob os holofotes e, em especial, o poder judiciário foi impactado pela pandemia em todo o Brasil³¹ e permanecerá lidando com os conflitos que dela surgirem por muito tempo. O funcionamento da jurisdição nacional e a estrutura do

³⁰ Denominado “Desastre do Rio Doce”, haja vista a extensão do evento, diversidade e complexidade de suas causas e consequências. (ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo Coletivo no Brasil: Sucesso ou Decepção? *In: Civil Procedure Review*, vol. 10, p. 11-40, 2019. p. 29.)

³¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Painel de casos de doença pelo coronavírus 2019 (COVID-19) no Brasil**. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 26 Jun. 2020.

sistema de justiça civil³² é exemplo de transformação impulsionado pelo cenário pandêmico e o judiciário precisará continuar se adaptando para a obtenção de êxito no desempenho de suas funções face aos litígios que aportam e permanecerão chegando ao poder judiciário devido ao desastre global.

No âmbito jurídico, a necessidade de isolamento social implicou na suspensão de todos os prazos processuais e a instituição de regime de plantão extraordinário conforme Resolução 313³³ do CNJ³⁴, publicada em meio a outros atos no mesmo sentido em diversos locais de forma a unificar a tramitação de processos judiciais em todo o território, promovendo a segurança das pessoas atuantes nestes órgãos e garantindo a apreciação das matérias urgentes, visto que as relações jurídicas e os direitos da população permanecem sensíveis aos ônus do tempo e os jurisdicionados têm seus direitos imensamente afetados pelas circunstâncias atípicas que se tornaram parte da realidade. Ou seja, o sistema de prestação de tutela jurisdicional brasileiro, que ainda dependia majoritariamente de locais físicos e diligências presenciais - enquanto se prepara para a alta demanda derivada do cenário pandêmico - se encontrou forçado a se reinventar e depender de ferramentas virtuais no intuito de manter o atendimento mínimo à população com o andamento dos processos eletrônicos.

Nesse caminho, houve a retomada dos prazos processuais das lides que tramitam eletronicamente a partir de maio com a Resolução nº 314 do CNJ.³⁵ No entanto, as diferenças entre as condições dos estados e cidades ao longo do território nacional, com localidades em situação de ou em iminência de *lockdown* – proibição de deslocamento de pessoas que não se enquadrem em servidores essenciais -, implicou também na publicação da Resolução nº 318³⁶ do mesmo órgão, que considera tais a ausência de homogeneidade no território nacional de forma a adaptar o andamento dos processos judiciais a essas distinções.

³² A expressão justiça civil tem ganhado mais contornos atualmente. Recomenda-se: TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. **A justiça civil: da Itália ao Brasil**, dos 700 a hoje. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

³³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 313**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

³⁴ Sobre a legitimidade do Conselho Nacional de Justiça para a publicação de tal normativa: FELJÓ, Maria Angélica. **CNJ tem competência para suspender prazos processuais?** In: Revista Consultor Jurídico. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-23/maria-angelica-feijo-cnj-competencia-suspender-prazos>. Acesso em: 23 Mar. 2020.

³⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 314**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

³⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 318**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

Com isso, dentre as incertezas que dominam as circunstâncias críticas que compõe a realidade, resta bastante claro que o judiciário não voltará a ser o mesmo que antes, porquanto a virtualização da jurisdição é um caminho sem volta e – ainda – necessitará transformar-se perante os litígios que aportarão à sua frente. Como fonte de uma breve noção da situação, consoante dados de taxonomia processual no portal da transparência do STF³⁷, no meio de abril de 2020 – ou seja, 30 dias desde a declaração de pandemia – já existiam mais de 1.000 ações e de 800 decisões classificadas como consequentes da pandemia que assola o país³⁸.

Frente às alterações sociais e à fundada expectativa de emergência de ações individuais em massa, o judiciário desde o início dessa pandemia vem confrontando ideias no intuito de proteger o sistema de um colapso. Um exemplo é o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) ³⁹assinado pelo Ministério da Justiça e da Segurança Pública, por meio da Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON -, pelo Ministério Público Federal, pelo Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, pela Associação Brasileira das Empresas Aéreas – ABEAR -, e pelas companhias aéreas predominantes no território nacional, a fim de possibilitar a flexibilização das regras de remarcação e de reembolso de voos operados a partir de março de 2020 até o mesmo mês do ano seguinte exceto se prorrogada a situação pandêmica ou epidêmica no Brasil além deste período.⁴⁰

Ademais, a crise econômica que o Brasil enfrentava tomou novas proporções diante da pandemia, de maneira que haverá reflexos claramente visíveis também na área de recuperações judiciais e falências. Além da expectativa de ingresso de diversas empresas - de todos os portes, citando-se como exemplo a empresa aérea LATAM

³⁷ PORTAL DA TRANSPARÊNCIA DO STF. **Painel de Ações da COVID-19**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=615fc495-804d-409f-9b08-fb436a455451&sheet=260e1cae-f9aa-44bb-bbc4-9d8b9f2244d5&theme=simplicity&opt=currsel%2Cctxmenu&select=clearall>. Acesso em: 19 Abr. 2020.

³⁸ Até mesmo demandas para a permissão da prática do Surf já foram propostas. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (TJSC). Justiça nega pedido de morador da Capital que queria surfar durante a quarentena. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/justica-nega-pedido-de-morador-da-capital-que-queria-surfar-durante-a-quarentena-?inheritRedirect=true>. Acesso em: 22 Jul. 2020.

³⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF); SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR (SENACON); ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS AÉREAS (ABEAR). **Termo de Ajustamento de Conduta**: regramentos envolvendo o cancelamento de voos nacionais e internacionais por conta da pandemia de COVID-19. Brasília: Ministério Público Federal, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tac-aereas.pdf>. Acesso em: 19 Abr. 2020.

⁴⁰ SANTOS, Rafael. **Acordo com aéreas permite remarcação de passagens sem cobranças**. In: Revista Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-23/acordo-aereas-permite-remarcao-passagens-cobrar#author>. Acesso em: 19 Abr. 2020.

(maior companhia aérea da América Latina) que entrou com o equivalente ao pedido de recuperação judicial nos Estados Unidos da América em 26 de maio de 2020⁴¹- em procedimentos concursais, os planos de recuperação judicial já em andamento precisarão ser revistos, seja por meio de relatórios mais frequentes ou por modificações que considerem as consequências da situação enfrentada coletivamente. Já a Avianca⁴², outra empresa do ramo da aviação, passou da recuperação judicial para o pedido de falência no meio da crise pandêmica.

Nesse sentido, o direito privado como um todo está tendo de se adaptar a esta nova realidade, sendo a preocupação com os conflitos dela derivados inclusive legislativa, resultando no Projeto de Lei nº 1.179/2020.⁴³ Esse, de autoria do senador Antonio Anastasia, dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (COVID-19) e foi aprovado no plenário do Senado em 03 de abril de 2020, sendo encaminhado à Câmara dos Deputados no dia 13 de abril de 2020. O texto propõe, entre outras questões, que os prazos prescricionais e decadenciais fiquem suspensos da vigência da lei até 30 de outubro de 2020; que as consequências decorrentes da pandemia nas execuções de contratos não terão efeitos jurídicos retroativos; que não se consideram fatos imprevisíveis, para os fins exclusivos dos artigos 478, 479 e 480 do Código Civil⁴⁴, o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou

⁴¹ ROCHABRUM, Marcelo; CAMBERO, Fabian; BAUTZER, Tatiana. **LATAM becomes largest airline driven to bankruptcy by coronavirus**. São Paulo: Thompson Reuters, 2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-latam-airlines-bankruptcy/latam-becomes-largest-airline-driven-to-bankruptcy-by-coronavirus-idUSKBN2320GT>. Acesso em: 30 Maio 2020. MARTINEZ-VARGAS, Ivan. **Entenda a recuperação judicial da Latam e quais são os direitos do consumidor**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/05/entenda-a-recuperacao-judicial-da-latam-e-quais-sao-os-direitos-do-consumidor.shtml#:~:text=Embora%20a%20unidade%20brasileira%20da,que%20opera%20rotas%20ono%20Brasil>. Acesso em: 30 Maio 2020. EHLINGER, Maija. **Latin America's largest airline, LATAM, files for Chapter 11 bankruptcy**. CNN, 2020. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2020/05/26/business/latam-chapter-11/index.html>. Acesso em: 30 Maio 2020.

⁴² DYNIEWICZ, Luciana. **Companhia aérea Avianca Brasil entra com pedido de falência**. In: Terra, 2020. Disponível em: <https://www.terra.com.br/economia/companhia-aerea-avianca-brasil-entra-com-pedido-de-falencia,3525c257f2bfd26e5ab2dfdfd978358bufsn3ahu.html>. Acesso em: 22 Jul. 2020.

⁴³ **BRASIL**. Projeto de Lei nº 1.179/2020. Brasília: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141306>. Acesso em: 14 Abr. 2020.

⁴⁴ “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

substituição do padrão monetário; que não se conceda liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo ajuizadas a partir de 20 de março de 2020 até 31 de dezembro de 2020; que a prisão civil por dívida alimentícia seja ser cumprida exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações; e que sejam atendidas exigências de segurança para condomínios e sociedades, com suspensão de prazos de assembleias.

Logo, o impacto do cenário pandêmico no âmbito jurídico, tanto no direito público quanto no direito privado, é extremamente amplo e abrangente, o que não é uma surpresa haja vista que sendo o direito reflexo social, um cenário de profunda alteração social, por decorrência lógica reflete proporcionalmente no direito. No caso em questão, é inquestionável que o poder judiciário brasileiro está e permanecerá recebendo diversas demandas em massa e litígios complexos, já que as relações jurídicas pré-existentes - como regra - foram afetadas por circunstâncias consideradas imprevistas e os impactos da pandemia amplos como são atingiram todas as áreas do direito e da vida da população. Desse modo, o judiciário necessita – desde já – pensar em alternativas para a contínua, adequada, efetiva e tempestiva prestação de tutela jurisdicional, aproveitando as transformações impulsionadas pelo cenário pandêmico para que haja evolução e desenvolvimento de soluções de litígios sem que um colapso do sistema.

3 Os processos estruturais no Brasil⁴⁵

Por sua vez, o processo civil brasileiro vem passando por uma série de transformações nos últimos anos de forma a abraçar os casos complexos, frutos da consolidação das reivindicações fundamentais derivadas da instituição do Estado

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.” (BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406/2002. Brasília: Congresso Nacional, 2002.)

⁴⁵ A pesquisa desenvolvida neste capítulo iniciou-se no projeto de Iniciação Científica intitulado Teoria do Processo Estrutural desenvolvido pela autora sob orientação do Professor Marco Félix Jobim com fomento da FAPERGS por meio do Edital PROBIC 2019-2020, do qual adveio publicação de artigo em coletânea, cujo embasamento coincide com o presente: LINKE, Micaela Porto Filchtiner. Processos estruturais como alternativa na proteção de Direitos Socioambientais: uma análise da Ação Civil Pública Estrutural do Córrego do Feijão/MG. In: SARLET, Ingo Wolfgang; BARBOSA, Jeferson Ferreira; LEAL, Augusto Antônio Fontanive; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt (org.). **Direitos fundamentais: os desafios da igualdade e da tecnologia num mundo em transformação**. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2020, pp. 267-286.

Democrático de Direito e, conforme lição de Ingo Sarlet⁴⁶, resultantes dos impactos da evolução tecnológica, do estado crônico de beligerância, do processo de descolonização do segundo pós-guerra e de suas contundentes consequências. Neste contexto, com o surgimento dos direitos fundamentais de fraternidade ou de solidariedade – classificados como de terceira dimensão –, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴⁷ foi elaborada já de maneira a abarcar garantias de titularidade transindividual, que se desprendem do ser humano concebido como indivíduo e se destinam à proteção de grupos.

Nessa linha, paralelamente à constitucionalização do processo civil – revolução orientada pela efetividade dos direitos fundamentais e observando o modelo de Estado Democrático de Direito proposto pelo texto constitucional pátrio consoante defendido por Hermes Zaneti Júnior⁴⁸ –, criou-se um microsistema de processo coletivo encabeçado pelo Código de Defesa do Consumidor⁴⁹, que sistematizou os direitos transindividuais em seu artigo 81, parágrafo único⁵⁰, de forma a proporcionar segurança na sua proteção jurisdicional. O texto legal dispõe que são entendidos como direitos difusos os de titularidade de pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato, e de natureza indivisível, como direitos coletivos os de titularidade de grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e de natureza indivisível e como direitos

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 316.

⁴⁷ **BRASIL**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

⁴⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A Constitucionalização do Processo**: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional. Tese de doutoramento. Professor Orientador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. fls. 408. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005. p. 378.

⁴⁹ **BRASIL**. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078/1990. Brasília: Congresso Nacional, 1990.

⁵⁰ “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.” (**BRASIL**. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078/1990. Brasília: Congresso Nacional, 1990.)

individuais homogêneos⁵¹ os decorrentes de origem comum.⁵²

A concretização da possibilidade de defesa de tais direitos coletivamente pôs em xeque diversas ideias formalistas, rígidas e estáticas do processo civil brasileiro, visto que - garantidas legalmente - demandas coletivas e de interesse público exigiam estrutura jurisdicional distinta para sua efetiva solução, não sendo a legislação processual da época capaz de absorver instrumentos como a Ação Popular e a Ação Civil Pública efetivamente. Com isso, chegou-se a se pensar um Código Brasileiro de Processos Coletivos⁵³ - que adaptasse princípios e institutos processuais⁵⁴ ao processo coletivo de forma a promover maior efetividade na proteção dos interesses de relevância política, social e jurídica - e uma lei para a solução de litígios de interesse público por meio de procedimento especial⁵⁵ - cujo projeto, subscrito pelo deputado federal Paulo Teixeira, delineava uma possibilidade de caminho processual a ser seguido pelo Poder Judiciário, em estreito contato com o Poder Público, para a construção do consenso ou a formulação de comandos flexíveis e exequíveis, que permitissem o controle da constitucionalidade e a intervenção em políticas públicas - porém, ambos os projetos foram arquivados.

Em face da dificuldade de aprovação de projetos como esses, coube ao Código de Processo Civil de 2015⁵⁶ abranger a necessidade de flexibilização⁵⁷ das técnicas

⁵¹ Sobre a definição de interesses individuais tuteláveis coletivamente: ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 131-135.

⁵² Há discussão acerca da classificação destes, direitos individuais homogêneos, como direitos transindividuais. Por exemplo, Alcides Munhoz da Cunha entende-os como expressão diversa das demais categorias de direitos transindividuais - coletivos e difusos. (CUNHA, Alcides Munhoz da. A evolução das ações coletivas no Brasil. *In: Revista de Processo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano. 20, n. 77, jan./mar. 1995. pp. 224-235.)

⁵³ BRASIL. Projeto de Lei nº 5.139/2009. Brasília: Congresso Nacional, 2009.

⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos Gerais: Direito Processual Coletivo. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.) Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.11-15.

⁵⁵ BRASIL. Projeto de Lei nº 8.058/2014. Brasília: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid="C22A085420C09554A13752057](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=). Acesso em: 08 Set. 2019.

⁵⁶ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105. Brasília: Senado Federal, 2015.

⁵⁷ O que pode ser visto em grande escala na previsão do art. 327, §2º. Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. § 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum. Sobre o tema, recomenda-se: DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**. Salvador: JusPODIVM, 2018.

processuais de maneira a aplicar-se aos litígios coletivos já consolidados. Com isso, vige desde 2016 legislação processual, lida a partir das normas fundamentais⁵⁸ nela explicitadas em seu primeiro capítulo, que sobrepõe o mérito à forma⁵⁹, permite maior intervenção de terceiros⁶⁰ e autoriza a utilização de medidas executivas atípicas, abraçando as tendências de constitucionalização do processo civil e fornecendo maior espaço para desenvolvimento efetivo de guarida aos direitos transindividuais, porquanto o poder judiciário assumiu papel de protagonista, distinto de mero aplicador do direito, diante da judicialização de conflitos de caráter pragmático e prospectivo⁶¹ no neoconstitucionalismo – movimento europeu pós-guerra que tem como marco teórico o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional⁶².

O estado em que se encontra o processo civil brasileiro atualmente é pautado pela busca da concretização de seu propósito, consoante ensina Luiz Guilherme Marinoni⁶³: servir como instrumento para a prestação de tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Pensando nisso, é necessário que se busquem alternativas para a solução efetiva de litígios resultantes da atual realidade social, que muitas vezes dependem de políticas públicas para sua fruição concreta⁶⁴, para os quais o processo com o qual se está acostumado não é suficiente. Nesse contexto, frente aos

⁵⁸ Sobre o tema: JOBIM, Marco Félix; MACEDO, Elaine Harzheim. Das normas fundamentais do processo e o novo Código de Processo Civil brasileiro: repetições e inovações. *In*: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix. **Desvendando o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. pp. 90-103.

⁵⁹ Sobre a primazia do julgamento de mérito inclusive em relação ao sistema recursal do Código de Processo Civil de 2015: JOBIM, Marco Félix; CARVALHO, Fabrício de Farias. Primazia do julgamento de mérito: o formalismo-valorativo e o processo cooperativo no sistema recursal do Código de Processo Civil de 2015. *In*: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). **Revista de Processo**, ano 44, vol. 298, dezembro/2019. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. pp. 77-103.

⁶⁰ Sobre o tema da participação no processo civil: TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2020.

⁶¹ AUGUSTO, Marcela Vaz; ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. Ações coletivas como instrumento de concretização de políticas públicas: o caso do ativismo judicial dialógico no TJSP. *In*: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 97/2016, Set - Out / 2016 DTR\2016\24154, (pp. 179 – 209). p. 195.

⁶² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *In*: **Revista de Direito Administrativo**, Abr./Jun. 2005, Rio de Janeiro, (pp. 1-42). p. 5.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 145-146.

⁶⁴ LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. O novo processo coletivo para o controle jurisdicional de políticas públicas: breves apontamentos sobre o projeto de lei 8.058/2014. *In*: **Revista de Processo**, vol. 252/2016, fev/2016, DTR\2016\215, (pp. 275-300). p. 278.

colapsos sistêmicos e institucionais presentes no país, surgem como opção os processos estruturais para a concretização da proteção jurisdicional fundamentalmente garantida às lesões ou ameaças a direitos.⁶⁵

3.1 Surgimento

Os processos estruturais têm sua origem retrçada aos Estados Unidos da América na década de 1950 com a superação do precedente⁶⁶ *separate but equal* instituído no século anterior e confirmado ao longo do século XX⁶⁷, do qual se depreendia a constitucionalidade de condutas de segregação racial no território nacional desde que fossem fornecidas igualdade de condições. Em um movimento internacional de desenvolvimento dos direitos humanos⁶⁸, foi julgado na Suprema Corte Estadunidense em 1954⁶⁹ e em 1955⁷⁰ o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, em que o – à época – *Chief Justice* Warren movimentou seus pares na direção da alteração da interpretação constitucional firmada nos julgamentos de *Dred Scott v. Sandford*⁷¹ e de *Plessy v. Ferguson*⁷², impulsionando a transformação da realidade social a partir da dessegregação racial nas escolas públicas do país.⁷³

⁶⁵ “Artigo 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Congresso Nacional, 1988.)

⁶⁶ Em contrapartida à concepção de rompimento de precedente no caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, David O’Brien entende que a Suprema Corte Estadunidense neste julgamento não reverteu a doutrina de *separate but equal*, não obstante – unicamente – observou que esta não se aplicava à segregação racial nas escolas públicas do país. (O’BRIEN, David M. Precedent and Courts. In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix. **Precedentes Judiciais: Diálogos Transnacionais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. [pp. 27-38]. p. 33.)

⁶⁷ JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

⁶⁸ GOLDSTONE, Richard J.; RAY, Brian. The International Legacy of *Brown v. Board of Education*. In: **35 McGeorge L. Rev.** 105, 2004. (pp. 105-120). p. 105. Disponível em: <https://scholarlycommons.pacific.edu/mlr/vol35/iss1/5>. Acesso em: 13 Maio 2019.

⁶⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Brown I*, 347 U.S. 483, 1954. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1940-1955/347us483>. Acesso em: 04 Maio 2019.

⁷⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Brown II*, 349 U.S. 294, 1955. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1940-1955/349us294>. Acesso em: 04 Maio 2019.

⁷¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393, 1857. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1850-1900/60us393>. Acesso em: 04 Maio 2019.

⁷² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 1896. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1850-1900/163us537>. Acesso em: 04 Maio 2019.

⁷³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As Medidas Estruturantes e a Efetividade das Decisões Judiciais no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume XIII. Rio de Janeiro: UERJ, 2014. (pp. 229-258). p. 232-233.

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América, naquela época, percebeu-se - com o caso de um traumático rompimento de precedente ou de paradigma⁷⁴ ou, conforme David O'Brien⁷⁵, com o entendimento de não aplicação de uma doutrina instituída historicamente à lide -, que face às especificidades de cada localidade e à complexidade do postulado, havia uma impossibilidade de satisfação imediata do direito postulado, decidindo pelo rejuízo e - nesse - pela determinação de um plano continuado, visando à eliminação da discriminação no sistema educacional estadunidense.⁷⁶ Algumas décadas depois, a doutrina jurídica do país, especificamente Owen Fiss⁷⁷, vislumbrou no processo de dessegregação judicial das escolas públicas dos Estados Unidos um mecanismo formal utilizado pelo judiciário na direção da erradicação de violações de abrangência coletiva a direitos constitucionais denominado *structural reform*.

Tais litígios tendem a ser identificados como ações de interesse público, sob essa intitulação, Abram Chayes⁷⁸ desenvolveu - em paralelo às ideias de Owen Fiss - pesquisa quanto ao conceito morfológico dessas ações, concluindo no sentido de que as características de tais conflitos diferenciam o processo a ser adotado daquele apreendido como ordinário. Partindo dessas construções e a chegada de sistemas colapsados perante o judiciário ao redor do globo, processos com objetivos reformadores e com propostas de intervenções em políticas públicas⁷⁹ consolidaram-

⁷⁴ JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 91-92.

⁷⁵ O'BRIEN, David M. Precedent and Courts. In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix. **Precedentes Judiciais: Diálogos Transnacionais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. [pp. 27-38]. p. 33.

⁷⁶ MONTEMEZZO, Francielle Pasternak; PIVETTA, Saulo Lindorfer. Aspectos Processuais do Controle Judicial de Políticas Públicas: estudo a partir do problema carcerário do Estado do Paraná. In: **Revista dos Tribunais Sul**, vol. 2/2013, Nov-Dez/2013, DTR\2014\1711, (pp. 15-39). p. 27.

⁷⁷ FISS, Owen M. **Forward: The Forms of Justice**. Harvard Law Review, v. 93, n. 1. Faculty Scholarship Series 1220, 1979. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220. Acesso em: 12 Maio 2019.

⁷⁸ CHAYES, Abram. The role of the Judge in Public Law Litigation. In: **Harvard Law Review**, volume 89, Maio 1976, número 7, p. 1281-1316.

⁷⁹ Políticas públicas entendidas, nesse ponto, em consonância à definição de Francielle Pasternak Montemezzo e de Saulo Lindorfer Pivetta, como "instrumentos de ação do Estado, que pressupõem planejamento e participação popular (direta ou indireta), articulando a atividade administrativa para a realização dos objetivos constitucional e legalmente traçados." (MONTEMEZZO, Francielle Pasternak; PIVETTA, Saulo Lindorfer. Aspectos Processuais do Controle Judicial de Políticas Públicas: estudo a partir do problema carcerário do Estado do Paraná. In: **Revista dos Tribunais Sul**, vol. 2/2013, Nov-Dez/2013, DTR\2014\1711, [pp. 15-39]. p. 19).

se como realidade em países como Canadá⁸⁰, África do Sul⁸¹, Índia⁸², Colômbia⁸³, Argentina⁸⁴ e – inclusive – Brasil.

A intervenção do poder judiciário em políticas públicas, no Brasil, foi pautada pela discussão ao redor dos problemas de custos e da relação com a cláusula de reserva do possível prevalecendo como entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal a partida desta para a análise daquela.⁸⁵ Com isso e reconhecidos os variados problemas organizacionais, institucionais e sistemáticos do Brasil, os processos estruturais – que se desdobra em termos como medidas ou técnicas estruturantes, decisões estruturais, litígios estruturais ou litígios complexos de rito estrutural – gradativamente cresceram em âmbito nacional. Ou seja, conforme lição de Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior⁸⁶, emergiram ações caracterizadas pela busca de implementação de uma reforma estrutural em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de

⁸⁰ O país traz como exemplo de processo estrutural o caso *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia*, em que a Suprema Corte Canadense manteve o julgamento de primeira instância que determinava a obrigação da província e do seu sistema educacional de fornecer instituições de ensino fundamental em língua francesa. (CANADÁ. *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia [Minister of Education]*, 3 S.C.R. 3, SCC 62, 2003. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2096/index.do>. Acesso em: 07 Maio 2020.)

⁸¹ Com o fim do *apartheid* e a formação de uma nova ordem constitucional, o país reconheceu por meio do seu poder judiciário diversos direitos sociais como o ocorrido com o direito à saúde no caso *Treatment Action Campaign v. Minister of Health* julgado pela Corte Constitucional da África do Sul. (ÁFRICA DO SUL. *Treatment Action Campaign v. Minister of Health*, Case CCT 8/02, 2002. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/15.pdf>. Acesso em: 07 Maio 2020.)

⁸² A Suprema Corte da Índia, por sua vez, formou jurisprudência de garantia a direitos coletivos sob o escopo de proteção ao direito à vida, citando-se por exemplo a discussão sobre o direito à alimentação no caso *People's Union for Civil Liberties v. Union of India* (“PUCL”). (ÍNDIA. *People's Union for Civil Liberties v. Union of India*. Writ Petition nº 196, 2001. Disponível em: <https://www.escri-net.org/caselaw/2006/peoples-union-civil-liberties-v-union-india-ors-supreme-court-india-civil-original#:~:text=People's%20Union%20for%20Civil%20Liberties%20v.,196%20of%2001&text=In%202003%2C%20the%20court%20issued,the%20failure%20of%20the%20scheme>. Acesso em: 07 Maio 2020.)

⁸³ Na América do Sul, a Colômbia tem como paradigma o caso de migração interna forçada julgado pela Corte Constitucional Colombiana (CCC) sob o nº T 025/04. (COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana (CCC). T 025/04. Sentencia de Tutela n. 025.22 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 12 Nov. 2019).

⁸⁴ Na Argentina, a Corte Nacional de Justiça da Nação conhecidamente lidou com os casos *Verbitsky* – que abordou as condições das pessoas privadas de liberdade na Província de Buenos Aires – e *Mendoza* – de despoluição da bacia hidrográfica Matanza-Riachuelo. (ARGENTINA. *Verbitsky*, Horacio s/ hábeas corpus. Fallos 328:1146. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-verbtsky-horacio-habeas-corpus-fa05000319-2005-05-03/123456789-913-0005-oots-eupmocsollaf>. Acesso em: 13 Dez. 2019. ARGENTINA. *Mendoza*, Beatriz c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios. Fallos 331:1622. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mendoza-beatriz-silvia-otros-estado-nacional-otros-danos-perjuicios-danos-derivados-contaminacion-ambiental-rio-matanza-riachuelo-fa08000047-2008-07-08/123456789-740-0008-oots-eupmocsollaf>. Acesso em: 13 Dez. 2019.)

⁸⁵ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 518-519.

⁸⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 455.

concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos.

Esse movimento fundamenta-se no poder legalmente concedido ao judiciário de promoção de execução de suas decisões por meio de medidas atípicas⁸⁷ definido em cláusulas gerais executivas - artigo 139, IV⁸⁸, combinado com o artigo 536, §1⁸⁹, do Código de Processo Civil Brasileiro, Lei nº 13.105 de 2015⁹⁰ - haja vista que, de acordo com o preceituado por Marco Félix Jobim⁹¹, uma decisão judicial, ainda mais se tratando da determinação de uma reforma, não é capaz de alterar relações sociais, políticas econômicas e afetivas sem que haja, no plano concreto, efetivas condições para sua concretização. Tais permissividades legais – que, prudente mencionar, são concomitantes ao impulso da consensualidade e da cooperação característicos também do Código de Processo Civil de 2015⁹² - trouxeram novamente à baila a discussão sobre a desneutralização política do Poder Judiciário e de judicialização da política que não raras vezes pode se emaranhar com ativismo judicial.

Quanto a isso, pontua-se que o ativismo judicial, termo polissêmico, converge no sentido de qualificar uma predisposição do juízo “em concretizar normas principiológicas a partir de seus próprios valores individuais” conforme Jordão Violin.⁹³ O termo pode ser avistado também quando o judiciário sobrepõe ao texto constitucional, à história de sua promulgação, a decisões anteriores do tribunal e a tradições da cultura política, o seu ponto de vista sobre a justiça e o impõe a outros

⁸⁷ JOBIM, Marco Félix. A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo código de Processo Civil brasileiro. **Repercussões do novo CPC – processo coletivo**. ZANETI JÚNIOR, Hermes. (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

⁸⁸ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; (...)” (**BRASIL**. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105. Brasília: Senado Federal, 2015).

⁸⁹ “Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. § 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial. (...)” (**BRASIL**. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105. Brasília: Senado Federal, 2015).

⁹⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 464.

⁹¹ JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 82-83

⁹² CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da Liberdade Processual**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 152.

⁹³ VIOLIN, Jordão. **Processos Estruturais em Perspectiva Comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos**. Tese de doutoramento. Professor Orientador: Sérgio Cruz Arenhart. fls. 256. Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2019. p. 80.

poderes estatais.⁹⁴ Logo, conquanto seja a preocupação sobre os limites da atuação da jurisdição legítima, a tutela de direitos que exigem a “reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona”⁹⁵ para sua efetiva proteção é garantia fundamental frente à inafastabilidade jurisdicional e os processos estruturais dedicam-se exatamente a isso.

3.1 Aspectos característicos

Nesse sentido, sinteticamente os processos estruturais caracterizam-se essencialmente por tratarem da “efetivação do direito material de maneira dialética, a partir de um debate amplo, cuja única premissa consiste em tomar a lide como fruto de uma estrutura social a ser reformada” nas palavras de Jordão Violin⁹⁶, buscando extirpar as causas do conflito. Para tanto, alguns aspectos identificados ao longo do desenvolvimento de estudos sobre o procedimento lhe conferem legitimidade, tendo em vista que – como anteriormente posto - as reformas estruturais se diferenciam por buscarem conferir significado aos valores constitucionais na operação institucional⁹⁷, influenciando na forma do procedimento e invariavelmente conferindo poder ao juízo para o processamento e para a concretização da decisão.

Primordialmente destaca-se a verificação de violação constitucional de direito fundamental de abrangência coletiva que os processos estruturais procuram erradicar, servindo como um mecanismo formal em que o judiciário atua na direção do alcance do propósito almejado.⁹⁸ Conjuntamente, percebe-se se omissão ou inércia da estrutura responsável pela violação – tratando-se de omissão estatal, fica evidente a necessidade de observação da separação de poderes e a identificação da causa, para

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 451-452.

⁹⁵ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *In: Revista de Processo*, vol. 284/2018, (pp. 333 – 369). p. 8.

⁹⁶ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: O controle jurisdicional de decisões políticas**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 151.

⁹⁷ “As a type of adjudication, structural reform is distinguished by the effort to give meaning to constitutional values in the operation of large-scale organizations. This organizational aspiration has important consequences for the form of adjudication, raising new and distinct problems of legitimacy. But much of the criticism of structural reform, and what I begin with, focuses on that characteristic common to all forms of injunctive litigation: the fact that so much power is vested in judges.” (FISS, Owen. **The Law as It Could Be**. Nova Iorque: New York University Press, 2003. p. 5.)

⁹⁸ FISS, Owen M. **Forward: The Forms of Justice**. Harvard Law Review, v. 93, n. 1. Faculty Scholarship Series 1220, 1979. p. 23. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220. Acesso em: 12 Maio 2019.

que haja o tratamento adequado⁹⁹ à desatenção, à incompetência ou à intransigência estatal.¹⁰⁰ Ademais, segundo Eduardo Dantas¹⁰¹, também são consideradas características a urgência e necessidade da intervenção judicial e a complexidade da demanda.

Sob a denominação de litígios de interesse público – identificada com os processos estruturais –, Abram Chayes¹⁰² indica como características morfológicas das ações dessa espécie: a delimitação do litígio moldável pelas partes e pelo juízo, a expansão dos polos processuais de maneira amórfica, o viés legislativo e previsível do conflito, a solução necessária sendo prospectiva e negociada, com a participação do juízo na execução da decisão, o qual tem ao longo do processo função ativa com responsabilidade sobre a organização e adequação da lide para a obtenção de uma solução viável à política pública discutida. Ou seja, há uma cisão com diversos conceitos clássicos do processo civil entendido como triangular e de solução binária, visto que este não é capaz de lidar com um litígio estrutural, promovendo a reforma sistêmica necessária para a resolução do conflito.

Nesse sentido, Robert Cover e Owen Fiss¹⁰³ destacam que os processos estruturais se embasam no entendimento de que a violação de direito fundamental existe por causa da estrutura organizacional, que está em si é a ameaça, sendo a sua reforma desenhada não para evitar outros danos, mas para trazer a estrutura para dentro dos parâmetros constitucionais. Consoante Doug Rendleman¹⁰⁴, o juízo concede medidas estruturantes com o objetivo de salvaguardar os direitos constitucionais violados pela organização burocrática do requerido, sob a premissa de que a simples tutela inibitória não cessará a ameaça às garantias do polo ativo, sendo necessária a elaboração e execução de um programa de reestruturação para o retorno a um estado de conformidade constitucional.

⁹⁹ ROULEAU, Paul; SHERMAN, Lindsey. Doucet-Boudreau, Dialogue and Judicial Activism: Tempest in a Teapot? *In: Ottawa Law Review*, 41:2, 2009. pp. 171-207.

¹⁰⁰ ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable? *In: The South African Law Journal*, 2011. pp. 325-351.

¹⁰¹ DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional: a tutela dos direitos fundamentais em casos graves de violações pelo poder público**. Curitiba: Juruá, 2019. pp. 94-101

¹⁰² CHAYES, Abram. The role of the Judge in Public Law Litigation. *In: Harvard Law Review*, volume 89, Maio 1976, número 7, (pp. 1281-1316). p. 1302.

¹⁰³ COVER, Robert M.; FISS, Owen M. **The Structure of Procedure**. Mineola: The Foundation Press, 1979. p. 423.

¹⁰⁴ RENDLEMAN, Doug. **Complex Litigation: Injunctions, Structural Remedies, and Contempt**. Nova Iorque: Thomson Reuters/Foundation Press, 2010. p. 498.

Nessa linha, desenvolveu-se entendimento de que seriam os processos estruturais remédios voltados para a solução de um estado inconstitucional de coisas, formado – conforme a Corte Constitucional Colombiana na decisão T025/04¹⁰⁵, do caso das populações que sofreram com migração interna forçada - pela gravidade da situação de vulnerabilidade e de violação de direitos, pelo volume elevado de ações, buscando tutelas pelo ocorrido, pela averiguação de que tal situação afeta parte significativa da coletividade em questão, em variadas localidades com omissão das autoridades na adoção das medidas corretivas necessária, por ser – logo – um problema complexo que envolve múltiplas entidades, repousando em fatores estruturais com a falta de correspondência entre a normas e os meios de cumprimento, o déficit de recursos frente à evolução do estado em que se encontra o conflito, em suma a magnitude do problema em face a capacidade institucional de resposta oportuna e eficaz, motivando a determinação às autoridades nacionais e regionais de adoção de medidas para a superação do estado em questão. Assim, são as premissas elementares, segundo Bianca Garcia Neri¹⁰⁶: uma situação de grave violação de direitos fundamentais de uma coletividade numericamente indeterminada – massiva -, com inércia prolongada das autoridades públicas, que necessitam atuar em conjunto, sendo a declaração de tal estado mecanismo de diálogo institucional entre diferentes entes políticos envolvidos, capazes de cessar a situação de grave violação a direitos fundamentais.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347¹⁰⁷, reconheceu o estado inconstitucional de coisas no sistema penitenciário brasileiro no intuito de assegurar a integridade física e moral dos apenados. Consoante Adriana Costa Lira¹⁰⁸, a corte nacional no julgado referiu-se a uma situação em que há grave inconstitucionalidade e que demanda medidas efetivas por parte do judiciário para a decisão de declaração de existência do instituto no caso concreto.

¹⁰⁵ **COLÔMBIA.** Corte Constitucional Colombiana (CCC). T 025/04. Sentencia de Tutela n. 025.22 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 12 Nov. 2019.

¹⁰⁶ NERI, Bianca Garcia. Estado de coisas inconstitucional e litígio estrutural: a concretização dos direitos fundamentais sob uma perspectiva dialógica. In: **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto-SP, a. XXIII, v. 27, n. 1, Jan/Abr 2018, (pp. 92-114). p. 102.

¹⁰⁷ **BRASIL.** Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso 27 Mar. 2020.

¹⁰⁸ LIRA, Adriana Costa. **O Processo Coletivo Estrutural**: mecanismo de combate ao estado de coisas inconstitucional no Brasil. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p.16.

Fredie Didier Júnior¹⁰⁹ expande a ideia de estado de inconstitucionalidade por entender que o problema ou litígio estrutural é uma situação fática de permanente desconformidade que se prolonga no tempo, não sendo necessariamente ilícita ou antijurídica, que quando levada ao judiciário como objeto de um processo exige a reestruturação da situação, dependendo do tempo e de decisões estruturais, que definem a situação de conformidade almejada e em sequência as medidas de modo, tempo e grau em que esta transformação será implementada. Com isso, entende como características dos processos estruturais: essencialmente versarem sobre um problema estrutural, serem o veículo para a transição entre a situação de desconformidade e a situação conformidade desejada, organizarem-se bifasicamente – primeiramente constatando e apurando o estado real e aquilo que se quer alcançar e, posteriormente, executando a transição -, serem intrinsecamente flexíveis e embasarem sua solução na consensualidade; comumente também podem ser multipolares, coletivos e complexos¹¹⁰.

Por sua vez, Edilson Vitorelli¹¹¹, que divide os litígios coletivos em locais – em que o direito é de titularidade do grupo afetado -, globais – nos quais a legitimidade é do representante coletivo e há baixa conflituosidade – e irradiados – caracterizados pelo envolvimento de subgrupos sociais com interesses diferentes, ou seja, pela sobreposição dos interesses em análise. Com base nisso, considera o litígio estrutural um litígio coletivo irradiado, porquanto atinge subgrupos sociais diversos, com intensidades e de formas diferentes, afetando os interesses envolvidos de modos distintos, desse jeito, os interesses externos ao grupo também são relevantes para a solução do problema face à elevada complexidade e conflituosidade do litígio.¹¹²

¹⁰⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Processo Estrutural**. Palestra *online* ministrada no seu perfil do Instagram e promovida pela Editora Juspodivm, em 27 de março de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=tisgz3Ziv2I>. Acesso em: 2 Maio 2020. DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

¹¹⁰ Sobre uma compreensão mais ampla sobre complexidade e multipolaridade, ver: PASQUALOTTO, Victória Franco. O processo civil entre litígios tradicionais e litígios multipolares complexos: A resposta do processo estrutural. In **Processos estruturais**. 2. ed. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (Orgs.). Salvador: JusPODIVM, 2019. pp. 869-928.

¹¹¹ VITORELLI, Edilson. **O devido processo coletivo**. Palestra *online* ministrada na série de eventos Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (FPCC) Convida, em 03 de abril de 2020. VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

¹¹² VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. In: **Revista de Processo**, vol. 284/2018, (pp. 333 – 369). p. 7-9.

Diante de tais características do problema levado ao poder judiciário para solução, o processo estrutural, conforme sistematizado por Edilson Vitorelli¹¹³, deve, primeiramente, apreender a complexidade e conflituosidade do litígio sob análise em sua integralidade, ouvindo todas as partes envolvidas – sendo dever dos representantes, para uma representação adequada, fazer presente aqueles que estão ausentes -, para então elaborar um plano de transformação do sistema de forma a levá-lo a um estado desejado, o qual é implementado negociada ou compulsoriamente, sendo os resultados avaliados no intuito de assegurar a concretização dos objetivos propostos - ou seja, a correção da violação e a sua inibição futura -, revisitação do plano com base no observado complementando-o ou minorando efeitos colaterais não previstos e subsequente implementação, o que se repete até consolidação da reorganização da estrutura.¹¹⁴ Em vista ao disposto, constata-se que essa execução diferida, percebida por ambos os autores acima, para reforma da estrutura possui, consoante Sérgio Arenhart e Gustavo Osna¹¹⁵, uma lógica contínua e prospectiva, recorrendo-se a provimentos ou decisões em cascata, por vezes negociadas ou mediadas, prolatadas para a implementação da decisão principiológica primordial.

Por conseguinte, os processos estruturais - uma possibilidade reconfigurada de resposta baseada no dinamismo do processo civil contemporâneo¹¹⁶ - não são uma inovação jurídica recente e podem ser resumidos em procedimentos judiciais cujo objetivo é a implementação efetiva de reformas¹¹⁷ sistêmicas, institucionais ou organizacionais, almejando a consolidação de uma realidade conforme à Constituição da República Federativa do Brasil. Sua teoria – especialmente no Brasil – permanece em desenvolvimento e ainda não há legislação ou unanimidade suficiente para sua solidificação, não obstante, a possibilidade de sua utilização é legítima e está acobertada pelos ideais fundamentais do Código de Processo Civil vigente, colocando-se como alternativa para, no cenário brasileiro atual de múltiplas falhas sistêmicas e

¹¹³ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *In: Revista de Processo*, vol. 284/2018, (pp. 333 – 369). p. 8.

¹¹⁴ Todas essas referências e mais podem ser encontradas em sua última obra: VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**. Salvador: JusPODIVM, 2020.

¹¹⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 132-145.

¹¹⁶ OSNA, Gustavo. **Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: Análise Crítica da Teoria Processual**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 144.

¹¹⁷ JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 91.

graves bloqueios políticos e institucionais¹¹⁸, lidar adequadamente com os litígios complexos advindos de desastres como a pandemia da COVID-19.

4 O direito dos desastres e os litígios complexos na pandemia da Covid-19

Amplamente discute-se – em especial dentro do ramo da filosofia do direito – qual seria o objetivo do direito, sem qualquer aprofundamento neste ponto, visto que o presente artigo não tem qualquer pretensão de abordá-lo, pode-se dizer que apesar das diferentes teorias existe um entendimento comum de que o direito é autoritário e se dedica ao bem comum.¹¹⁹ Pensando na ideia de busca pelo bem comum, os processos estruturais fora idealizados com o escopo de servirem para a implementação de reformas necessárias em sistemas em colapso, lidando com violações de direitos que perduram ao longo do tempo e, por vezes, exigem alterações culturais, sociais e organizacionais profundas para a concretização da Constituição da República Federativa do Brasil. Porquanto o Estado Constitucional, conforme Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero¹²⁰, “caracteriza-se pela força normativa dos direitos fundamentais”, os quais vinculam os atos públicos, como decisões judiciais e leis, submetidas ao controle judicial, e não somente guardam função de defesa contra abusos estatais como são prestacionais, exigindo serviços estatais de natureza social.

No entanto, a sociedade contemporânea, acometida por fatores de risco – sociais como o crescimento da população global, a pobreza, a escassez de terra e a urbanização¹²¹, ou ambientais como a estrutura econômica dominante, a infraestrutura natural e antropológica e as mudanças climáticas causadas pela excessiva intervenção humana no meio ambiente¹²² -, vê-se cada vez mais

¹¹⁸ PORFIRO, Camila Almeida. **Litígios Estruturais: legitimidade democrática, procedimento e efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 22-23.

¹¹⁹ MURPHY, Mark C. **Philosophy of law: the fundamentals**. Oxford: Blackwell Publishing, 2009. p. 81.

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. 3ª edição revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 82.

¹²¹ FREIRE, Neison Cabral Ferreira Freire; BONFIM, Cristine Vieira do; NATENZON, Claudia Eleonor. Vulnerabilidade socioambiental, inundações e repercussões na Saúde em regiões periféricas: o caso de Alagoas, Brasil. *In: Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 9, set. 2014. p. 3.756.

¹²² CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 47.

frequentemente diante de calamidades públicas ou desastres¹²³, normalmente ilustrados por catástrofes ambientais. Exemplificativamente, o Brasil – conhecidamente um país em que não contava com um histórico de eventos nesse sentido – sofreu nos últimos cinco anos com desastres de proporções nacionais: os rompimentos das barragens mineradoras no estado de Minas Gerais e o derramamento de óleo na costa brasileira.

Tais situações colocaram em foco o chamado direito dos desastres no ordenamento jurídico nacional. Esse é sistematizado na legislação nacional no Decreto nº 7.257/2010 – que dispõe sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil (SINDEC), o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre¹²⁴, na lei nº 12.340/2010 – que trata do Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil e das transferências de recursos da União aos órgãos e entidades das unidades federativas e municípios para a execução de ações preventivas em áreas de risco de desastres e responsivas ou recuperacionais em áreas atingidas¹²⁵ - e na lei nº 12.608/2012 – que instituiu a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC) e autorizou a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres.¹²⁶

Com isso, expresso nos diplomas legais há uma clara preocupação com a forma como devem ser tratados os resultados de eventos adversos, naturais ou antropológicos, danosos e prejudiciais sobre um sistema vulnerável e com a prevenção – precisa e quantitativa - e a precaução – diante de riscos imprecisos e incertos – de desastres¹²⁷, além da recuperação perante os acontecimentos. Desse modo, com a inquietação contemporânea existente ao redor de tais eventos desenvolveu-se um conceito circular de gestão de risco, composto pelas etapas de mitigação resposta de emergência, compensação, assistência governamental e reconstrução.¹²⁸ Nesse

¹²³ Sobre a definição e a amplitude do termo “desastre”: CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica**. Deveres de Prevenção, Resposta e Compensação Ambiental. São Paulo: RT, 2015.

¹²⁴ BRASIL. Decreto nº 7.257/2010. Brasília: Presidência da República, 2010.

¹²⁵ BRASIL. Lei nº 12.340/2010. Brasília: Congresso Nacional, 2010.

¹²⁶ BRASIL. Lei nº 12.608/2012. Brasília: Congresso Nacional, 2012.

¹²⁷ CARVALHO, Délton Winter de. **O Direito dos desastres**. Palestra *online* ministrada na série de eventos Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (FPCC) Convida sob a coordenação do Professor Hermes Zaneti Júnior, em 02 de abril de 2020.

¹²⁸ MANTELLI, Gabriel Antonio Silveira. **Direito dos Desastres e Políticas Públicas: Proteção Jurídica de Comunidades Vulneráveis em Termos Socioambientais**. Tese de Láurea. Professora

sentido, as alterações processuais decorrentes das características do direito material dos desastres impulsionam inclusive estudos sobre o “processo civil dos desastres”.¹²⁹

O ramo do direito exatamente das calamidades e das situações adversas extremas deixa clara a transversalidade desses eventos, que se tornam caóticas frente a sua inerente complexidade – definida como qualidade de ser complexo, define aquilo que abarca muitos elementos, aspectos ou partes, que podem ser observados sob diferentes perspectivas, por formarem um conjunto de coisas, fatos ou circunstâncias interligados ou conexos entre si¹³⁰ -, exigindo do ordenamento jurídico e dos profissionais que nele atuam dinamicidade suficiente para dar ordem ao caos¹³¹. Ou seja, litígios complexos, assim rotulados por tratarem de problemas fáticos ou legais de difícil solução, inclusive técnicos ou científicos, por envolver um maior número de partes ou polos, ou pelo valor pecuniário em jogo de acordo com Richard Marcus, Edward Sherman e Howard Erichson¹³², exigem respostas judiciais complexas como ilustrado quando abordado o direito dos desastres.

Esses envolvem, conforme James Underwood¹³³, um fenômeno de superação do modelo processual binário, configurado pela resposta processual necessária perante a ocorrência ou iminência de lides com uma multiplicidade de partes ou de casos relacionados, gerando um esforço do sistema de justiça em um nível macro para trazer ordem – na forma de autonomia aos litigantes, eficiência ao sistema e isonomia para as partes - ao caos que estes litígios carregam. Nacionalmente, é sintética a concepção contida na lição de Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior¹³⁴ que muito bem colocam que os litígios complexos são aqueles em que colidem múltiplos interesses sociais dignos de tutela.

Orientadora Patrícia Faga Iglecias Lemos. fls. 93. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

¹²⁹ ZANETI JÚNIOR., Hermes. Processo Coletivo no Brasil: Sucesso ou Decepção? In. JOBIM, Marco Félix; REICHELTE, Luis Alberto. (orgs.) **Coletivização e Unidade do Direito**. Londrina: Thoth, 2019.

¹³⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Aurélio**: o dicionário de língua portuguesa. Curitiba: Editora Positivo, 2008. p. 154.

¹³¹ CARVALHO, Délton Winter de. **O Direito dos desastres**. Palestra *online* ministrada na série de eventos Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (FPCC) Convida sob a coordenação do Professor Hermes Zaneti Júnior, em 02 de abril de 2020.

¹³² MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F.; ERICHSON, Howard M. **Complex Litigation**: cases and materials on advanced civil procedure. 5^a ed. Saint Paul: Thomson Reuters, 2010. p. 1-2.

¹³³ UNDERWOOD, James M. **Complex Litigation**: a context and practice casebook. Durham: Carolina Academic Press, 2017. p. 3-8.

¹³⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 455.

A complexidade inerente aos litígios decorrentes do cenário pandêmico incorre na necessidade da instituição de medidas institucionais que constituem programas de ações para implementação de certas finalidades ou objetivos - construídas sob influência de grupos de interesse da sociedade e da arena política de reciprocidade de intervenção, idealmente, embasadas em cálculo de custo e benefício da intervenção do Estado e do risco das estratégias adotadas em face do orçamento – as quais, quando falhas, são levadas ao poder judiciário, não podendo ser avaliadas isoladamente, não obstante, sim observadas em seu conjunto, pois a redistribuição do bem estar social independentemente da área – ou do direito difuso - em enfoque, visto que todos se encontram em constante correlação e seus recursos são limitados, conforme Habacuque Wellington Sodré.¹³⁵ A percepção dessa incessante correlação é constantemente verificada em uma situação de crise que atinge ampla e diversamente o país.

No caso dos conflitos decorrentes do cenário pandêmico no Brasil, a complexidade desses pode ser percebida por serem intrinsecamente policêntricos, ou seja, conforme Owen Fiss e Judith Resnik¹³⁶, podem ser visualizados como uma teia de aranha, como também aponta Lon L. Fuller¹³⁷, e qualquer tensão posta em um ponto reverbera através da rede como um todo em um padrão que atinge cada ponto de maneira distinta. Desse modo, a formação de casos complexos contrapondo interesses essenciais à comunidade exige do judiciário a obtenção de soluções capazes de mitigar impactos negativos, adequando a resolução do caso aos seus efeitos de macrojustiça, com uma lógica prospectiva.¹³⁸

¹³⁵ SODRÉ, Habacuque Wellington. As contingências das demandas individuais frente à questão da universalização dos direitos sociais no contexto da judicialização da política. In: **Revista de Processo**, vol. 200/2011, Out/2011, DTR\2011\4004. (pp. 279-309). p. 282 e 286

¹³⁶ FISS, Owen; RESNIK, Judith. **Adjudication and Its Alternatives**: and introduction to procedure. Nova Iorque: Foundation Press, 2003. p. 298.

¹³⁷ FULLER, Lon L.; WINSTON, Kenneth I. The Forms and Limits of Adjudication. In: **Harvard Law Review**, Vol. 92, No. 2 (Dez, 1978), pp. 353-409. p. 395. “We may visualize this kind of situation by thinking of a spider web. A pull on one strand will distribute tensions after a complicated pattern throughout the web as a whole. Doubling the original pull will, in all likelihood, not simply double each of the resulting tensions but will rather create a different complicated pattern of tensions. This would certainly occur, for example, if the doubled pull caused one or more of the weaker strands to snap. This is a “polycentric” situation because it is “many centered” - each crossing of strands is a distinct center for distributing tensions.”

¹³⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 132.

Pensando nisso, o processo coletivo coloca-se como opção mais íntima¹³⁹, embora não a ideal¹⁴⁰, mas melhor ainda que o processo civil tradicional, lembrando que ambos foram colocados em dúvida em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, em voto monocrático da Ministra Nancy Andrighi, no Recurso Especial 1.854.847-CE¹⁴¹, para lidar com tais questões, tendo em vista que as ações coletivas, conforme Antônio Gidi¹⁴², carregam como objetivos principais: a economia processual, o acesso à justiça e a efetivação do direito material. Adicionalmente, o processo coletivo serve como instrumento para o necessário equilíbrio de forças para a viabilização da concretização de ideais surgidas com a renovação do papel do direito ao dar espaço para a resistência popular a uma determinada ordem socialmente injusta.¹⁴³

5 A aplicação dos processos estruturais no contexto pandêmico no Brasil

A ideia de utilização de instrumentos como os processos estruturais vai ao

¹³⁹ Há institutos como a certificação, ainda um mito no Brasil, mas que começa a ser pensada pela nova geração de processualistas preocupada na teorização dessas lides. Para tanto, ver: NUNES, Leonardo Silva. A certificação de processos estruturais. *In*: REICHELTL, Luis Alberto; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Coletivização e unidade do direito**. Londrina: Thoth, 2019. p. 323-343.

¹⁴⁰ Sobre uma possível teoria própria do processo estrutural, ver: JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: bases de uma possível construção. *In* **Processos estruturais**. 2. ed. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (Orgs.). Salvador: JusPODIVM, 2019. pp. 637-654.

¹⁴¹ Eis a ementa da decisão: “CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DE MENOR POR PERÍODO ACIMA DO TETO LEGAL. DANOS MORAIS. JULGAMENTO DE LIMINAR IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. IMPOSSIBILIDADE. QUESTÃO REPETITIVA QUE NÃO FOI OBJETO DE PRECEDENTE VINCULANTE. EXISTÊNCIA DE INÚMERAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS NO JUÍZO ACERCA DO TEMA. IRRELEVÂNCIA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DAS HIPÓTESES AUTORIZADORAS DO JULGAMENTO PREMATURO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE ENVOLVE LITÍGIO DE NATUREZA ESTRUTURAL. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INCOMPATIBILIDADE, EM REGRA, COM O JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO OU COM O JULGAMENTO ANTECIPADO DO MÉRITO. PROCESSO ESTRUTURAL. NATUREZA COMPLEXA, PLURIFATORIAL E POLICÊNTRICA. INSUSCETIBILIDADE DE RESOLUÇÃO PELO PROCESSO CIVIL ADVERSARIAL E INDIVIDUAL. INDISPENSABILIDADE DA COLABORAÇÃO E PARTICIPAÇÃO DO ESTADO E DA SOCIEDADE CIVIL NA CONSTRUÇÃO DE SOLUÇÕES PARA O LITÍGIO ESTRUTURAL, MEDIANTE AMPLO CONTRADITÓRIO E CONTRIBUIÇÃO DE TODOS OS POTENCIAIS ATINGIDOS E BENEFICIÁRIOS DA MEDIDA ESTRUTURANTE. NECESSIDADE DE PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL DIFERENCIADA E ADERENTE ÀS ESPECIFICIDADES DO DIREITO MATERIAL VERTIDO NA CAUSA, AINDA QUE INEXISTENTE, NO BRASIL, REGRAS PROCEDIMENTAIS ADEQUADAS PARA A RESOLUÇÃO DOS LITÍGIOS ESTRUTURAIS. ANULAÇÃO DO PROCESSO DESDE A CITAÇÃO, COM DETERMINAÇÃO DE INSTRUÇÃO E REJULGAMENTO DA CAUSA, PREJUDICADO O EXAME DAS DEMAIS QUESTÕES”. Cf. **BRASIL**. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Terceira Turma. Recurso Especial n. 1.854.847-CE. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 02 Jun. 2020. Publicado em: 04 Jun. 2020.

¹⁴² GIDI, Antônio. **A class action como instrument de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 25-34.

¹⁴³ CAMPOMIZZI, Jacson Rafael. **Direito processual coletivo como garantia de emancipação de grupos sociais postergados**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 106.

encontro de visões mais amplas da atuação do poder judiciário, levando em consideração sua função e os resultados realmente obtidos para a sociedade e seu bem comum. Nesse sentido, cabe pontuar que a jurisdição contemporânea, consoante Humberto Dalla Bernardina de Pinho, tem como principal objetivo a promoção da “pacificação social com justiça por meio do cumprimento de seus escopos jurídicos e políticos e, acima de tudo, observando as garantias fundamentais.”¹⁴⁴

Ainda, comumente contrapõem-se entendimentos acerca da justiça, do devido processo legal e da proteção de direitos embasada na visão do processo como fim em si mesmo com as ideias utilitaristas da eficiência do processo civil regido por seus resultados, frisando que as preocupações sociais não estão adstritas aos resultados coletivos da ação do judiciário na proteção eficiente de direitos, não obstante abrangem também a proteção individual dos cidadãos e da distribuição de justiça por igual.¹⁴⁵ Entretanto, a busca por um processo capaz de solucionar as causas do litígio de forma que a situação fática consolidada não mais gere conflitos, atuando em prol do coletivo, em nenhum momento tem a intenção de deixar o indivíduo desprotegido, ao contrário, objetiva-se a proteção de seus direitos e dos direitos de seus pares em sua totalidade, o que quebra com a visão cultural do processo civil brasileiro adstrita à resolução das consequências do problema apresentado, vista de maneira binária e linear, que – conquanto constitucionalizado – ainda não serve à Constituição da República Federativa do Brasil em sua integralidade..

Sendo a constituição atual contrato social – logo, fixo e embasado no consenso - responsável pela mitigação entre os extremos da atuação estatal¹⁴⁶, o diploma máximo do ordenamento jurídico brasileiro relembra constantemente os poderes estatais de suas funções para o alcance do bem comum. Nesse sentido, o uso das cortes judiciais no movimento de direitos humanos – inicialmente nos Estados Unidos da América – como estratégia para o êxito das transformações sociais exigiu atuação conjunta dos poderes estatais para a concretização das mudanças determinadas pelo judiciário em uma visão ampliada da dinamicidade social.¹⁴⁷

¹⁴⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Jurisdição e pacificação**: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela de direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: Editora CRV, 2017. p. 60.

¹⁴⁵ BONE, Robert G. **Civil Procedure: The Economics of Civil Procedure**. Turning Point Series. New York: Foundation Press, 2003. p. 188.

¹⁴⁶ FISS, Owen M. **Troubled Beginnings of the Modern State, 1888-1910**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006. p. 48-49.

¹⁴⁷ ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope: can courts bring about social change?** 2^a ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2008. p. 70-71.

Quando coloca-se em pauta as diferenças entre os sistemas jurídicos de *common law* britânico e estadunidense, percebe-se que a atuação do poder judiciário está embasada na ideia formal de que a maioria das pessoas segue a legislação sem a necessidade de coerção, quando se trata de organizações institucionais, que estas estão cumprindo seu papel. Ocorre que no sistema britânico tal crença institucional é real e resta delimitada a atuação dos tribunais à aplicação formal do direito, enquanto nos Estados Unidos da América falhas sistêmicas são mais comuns e com isso implicaram em uma atuação mais abrangente e substantiva dos juízes, conseqüentemente, as soluções que foram efetivas acabam formando uma tradição de atuação¹⁴⁸ que reflete a história do sistema jurídico local. Nesse sentido, o Brasil aproxima-se muito mais da construção estatal estadunidense – prudente pontuar que a influência é tamanha que o país já foi denominado Estados Unidos do Brasil – ainda que seja um sistema de *civil law*, com espelhamento formal em países europeus, cuja construção governamental se parece com a britânica.

No caso do Brasil, a descrença social coletiva nas instituições estatais é disseminada ao redor do país em diversos pontos, ainda mais frente a uma crise política, econômica e social como a desencadeada – ou magnificada – pela pandemia da COVID-19. Observado este ponto, o processo coletivo – que já parte do pressuposto de que a sociedade está permanentemente em crise¹⁴⁹ – demonstra-se mais adequado para lidar com litígios complexos, ainda mais no que tange ao controle de decisões políticas – inseparáveis do contexto atual –, porquanto – de acordo com Jordão Violin¹⁵⁰ – busca a implementação dos valores constitucionais, assegurando com maior amplitude a concretização de direitos e garantias na medida em que equipara partes individualmente desiguais, proporcionando espaço para debate quanto à transformação eficiente de grandes estruturas.

A tutela objeto dos processos estruturais visa, portanto, a realização de uma alteração estrutural que exige para sua concretização uma nova organização funcional, mudanças de comportamento de agentes envolvidos ou até da sociedade como um

¹⁴⁸ ATIYAH, P. S.; SUMMERS, Robert S. **Form and Substance in Anglo-American Law: A comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions.** Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 155-156.

¹⁴⁹ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: O controle jurisdicional de decisões políticas.** Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 152.

¹⁵⁰ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: O controle jurisdicional de decisões políticas.** Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 152.

todo para a garantia de direitos transindividuais fundamentais não efetivados.¹⁵¹ Com isso, há nesses processos também maior efetividade sentida pelos grupos afetados, visto que não lhe são características as dificuldades das ações coletivas declaratórias ou indenizatórias de atingimento dos membros do grupo durante a execução.¹⁵²

Portanto, as reconstruções abarcadas pelo direito dos desastres enquadram-se coerentemente no escopo dos processos estruturais. Não é à toa que o Brasil – atingido pelo rompimento das barragens mineradoras da Barra do Fundão e do Córrego do Feijão no estado de Minas Gerais – teve sua primeira ação denominada estrutural desde sua petição inicial ajuizada pelo Ministério Público Federal em 2019¹⁵³, cujo objetivo era a implementação de um sistema adequado e independente de fiscalização de barragens, capaz de garantir à sociedade brasileira a confiabilidade dos empreendimentos, bem como o acesso fácil a simplificado às informações de risco deles decorrentes, ou seja, de uma reforma sistêmica à luz do ordenamento jurídico constitucional. O processo em questão culminou em um acordo judicial firmado¹⁵⁴ entre as partes envolvidas, delineando um plano de reestruturação que atendesse o pleiteado.¹⁵⁵

Dessa maneira, os processos estruturais no Brasil, uma possibilidade processual aventada em casos complexos, foi utilizada expressamente frente aos maiores

¹⁵¹ LIRA, Adriana Costa. **O Processo Coletivo Estrutural**: mecanismo de combate ao estado de coisas inconstitucional no Brasil. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 92.

¹⁵² YEAZELL, Stephen C. **Civil Procedure**. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2008. p. 835.

¹⁵³ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Petição Inicial da Ação Civil Pública 1005310-84.2019.4.01.3800**. 5ª Vara Federal Cível da SJMG, Polo ativo: Ministério Público Federal – MPF, Polo passivo: União e Agência Nacional de Mineração – AMN, 2019. Consulta pública disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/listView.s?ca=370bf444a2bb13f85882a51972c2a8cb5coe22752c38b7d6>. Acesso em: 13 Abr. 2019. Notícia da propositura disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/mpf-vai-a-justica-para-obrigar-anm-a-fiscalizar-barragens-inseguras-em-todo-o-pais>. Acesso em: 13 Abr. 2019. Petição inicial disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acp_anm_uniao-1. Acesso em: 13 Abr. 2019.

¹⁵⁴ ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO; MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Acordo homologado na Ação Civil Pública 1005310-84.2019.4.01.3800**. 5ª Vara Federal Cível da SJMG, Polo ativo: Ministério Público Federal – MPF, Polo passivo: União e Agência Nacional de Mineração – AMN, 2019. Consulta pública disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/listView.s?ca=370bf444a2bb13f85882a51972c2a8cb5coe22752c38b7d6>. Acesso em: 13 Abr. 2019. Notícia da assinatura do acordo disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/uniao-firma-acordo-com-o-mpf-para-anm-fiscalizar-barragens-de-mineracao-no-pais>. Acesso em: 08 Dez. 2019. Acordo disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acordo-anm_mpf.pdf. Acesso em: 08 Dez. 2019.

¹⁵⁵ LINKE, Micaela Porto Filchtner. Processos estruturais como alternativa na proteção de Direitos Socioambientais: uma análise da Ação Civil Pública Estrutural do Córrego do Feijão/MG. In: SARLET, Ingo Wolfgang; BARBOSA, Jeferson Ferreira; LEAL, Augusto Antônio Fontanive; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt (org.). **Direitos fundamentais: os desafios da igualdade e da tecnologia num mundo em transformação**. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2020. pp. 267-286.

desastres que afligiram a população nos últimos anos. Ou seja, ao encontro do entendido por Jordão Violin¹⁵⁶, “os litígios estruturais são um dado social”, sendo necessário que o direito se adapte e construa instrumentos capazes de resolver o conflito, independentemente de seu grau de complexidade. Por conseguinte, a construção de planos dialogados com o auxílio da jurisdição para a reconstrução sistêmica de instituições colapsadas por que urgem os litígios irradiados, imbuídos de complexidade, do cenário pandêmico tem embasamento teórico internacional e nacional, apresentando-se como uma oportunidade de transformação da realidade social brasileira em meio as circunstâncias caóticas pelas quais se navega.

Considerações Finais

O cenário pandêmico, como uma situação de crise e de desastre, exalta conflitos já existentes e cria diversos outros, porquanto traz à baila direitos fundamentais em tensão, polarizando e dividindo opiniões, haja vista que diferentes são as violações sentidas em distintas localidades por comunidades diversas. Com isso, existe a clara tendência à emergência de conflitos complexos em que inúmeras circunstâncias, perspectivas e possibilidades precisam ser levadas em consideração para sua efetiva solução.

Nessa linha de raciocínio, percebe-se a necessidade de permanente transformação do judiciário no intuito de tornar-se hábil para a resolução efetiva, adequada e tempestiva dos casos que chegarem às suas portas, para o que o processo civil serve como instrumento. Desse modo, a pesquisa e desenvolvimento de alternativas voltadas especificamente para lidar com litígios demonstram-se relevantes.

Nesse ponto, surgem como opção os processos estruturais, cujo escopo primordial – em síntese - é a implementação de reformas em sistemas em colapso, violando direitos fundamentais reiteradamente em um estado de inconstitucionalidade, sem atuação eficaz dos agentes responsáveis pelos meios típicos, exigindo atuação judicial urgente para a solução da demanda. Esta, irradiada,

¹⁵⁶ VIOLIN, Jordão. **Processos Estruturais em Perspectiva Comparada**: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. Tese de doutoramento. Professor Orientador: Sérgio Cruz Arenhart. fls. 256. Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2019. p. 219.

atinge subgrupos diversos em graus e maneiras distintas, sendo por natureza complexa.

Portanto, pode-se depreender a utilização de processos estruturais para lidar com litígios complexos - inerentes ao atual cenário pandêmico pelas próprias características desse - como uma alternativa eficiente para encontrar soluções de caráter prospectivo, que atuem na resolução da causa do conflito e não de suas consequências de modo duradouro. Ademais, a criação de uma cultura jurídico processual nesse sentido, apresenta-se como opção para evitar parte dos casos individuais em massa que são previstos, desde que aplicados naquelas circunstâncias que se enquadram sob o escopo de reformas estruturais e que beneficiar-se-ão de um procedimento flexibilizado para suas necessidades. Por fim, as profundas mudanças sociais desencadeadas pelo cenário imposto no início de 2020 são impulso para transformações em diversos sistemas e aqueles que aportarem em colapso no judiciário litigiosamente devem ser vistos como oportunidade para a efetivação das necessárias alterações institucionais, de forma que o processo civil sirva para os seus fins fundamentais.

Referências

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO; MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Acordo homologado na Ação Civil Pública 1005310-84.2019.4.01.3800**. 5ª Vara Federal Cível da SJMG, Polo ativo: Ministério Público Federal – MPF, Polo passivo: União e Agência Nacional de Mineração – AMN, 2019. Consulta pública disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=370bf444a2bb13f85882a51972c2a8cb5coe22752c38b7d6>. Acesso em: 13 Abr. 2019. Notícia da assinatura do acordo disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/uniao-firma-acordo-com-o-mpf-para-anm-fiscalizar-barragens-de-mineracao-no-pais>. Acesso em: 08 Dez. 2019. Acordo disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acordo-anm_mpf.pdf. Acesso em: 08 Dez. 2019.

ÁFRICA DO SUL. *Treatment Action Campaign v. Minister of Health*, Case CCT 8/02, 2002. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/15.pdf>. Acesso em: 07 Maio 2020.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

ARGENTINA. Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus. Fallos 328:1146. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-verbitsky-horacio-habeas-corpus-fa05000319-2005-05-03/123456789-913-0005-00ts-eupmocsollaf>. Acesso em: 13 Dez. 2019.

ARGENTINA. Mendoza, Beatriz c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios. Fallos 331:1622. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-mendoza-beatriz-silvia-otros-estado-nacional-otros-danos-perjuicios-danos-derivados-contaminacion-ambiental-riomatanza-riachuelo-fa08000047-2008-07-08/123456789-740-0008-00ts-eupmocsollaf>. Acesso em: 13 Dez. 2019.

ATIYAH, P. S.; SUMMERS, Robert S. **Form and Substance in Anglo-American Law: A comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions.** Oxford: Claredon Press, 1987.

AUGUSTO, Marcela Vaz; ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. Ações coletivas como instrumento de concretização de políticas públicas: o caso do ativismo judicial dialógico no TJSP. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 97/2016, Set - Out / 2016 DTR\2016\24154, pp. 179-209.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *In: Revista de Direito Administrativo*, Abr./Jun. 2005, Rio de Janeiro, pp. 1-42.

BONE, Robert G. **Civil Procedure: The Economics of Civil Procedure.** Turning Point Series. New York: Foundation Press, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei nº 8.078/1990. Brasília: Congresso Nacional, 1990.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406/2002. Brasília: Congresso Nacional, 2002.

BRASIL. Projeto de Lei nº 5.139/2009. Brasília: Congresso Nacional, 2009.

BRASIL. Decreto nº 7.257/2010. Brasília: Presidência da República, 2010.

BRASIL. Lei nº 12.340/2010. Brasília: Congresso Nacional, 2010.

BRASIL. Lei nº 12.608/2012. Brasília: Congresso Nacional, 2012.

BRASIL. Projeto de Lei nº 8.058/2014. Brasília: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: [www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid="C22A085420C09554A13752057](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=). Acesso em: 08 Set. 2019.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105. Brasília: Senado Federal, 2015.

BRASIL. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso 27 Mar. 2020.

BRASIL. Decreto nº 10.212/2020. Brasília: Presidência da República, 2020.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1.179/2020. Brasília: Congresso Nacional, 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141306>. Acesso em: 14 Abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Terceira Turma. Recurso Especial n. 1.854.847-CE. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 02 Jun. 2020. Publicado em: 04 Jun. 2020.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da Liberdade Processual**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

CADIET, Löic. **Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras**. Daniel Mitidiero; Bibiana Gava Toscano de Oliveira; Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando (tradução). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CAMPOMIZZI, Jacson Rafael. **Direito processual coletivo como garantia de emancipação de grupos sociais postergados**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

CANADÁ. Doucet-Boudreau v. Nova Scotia [Minister of Education], 3 S.C.R. 3, SCC 62, 2003. Disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2096/index.do>. Acesso em: 07 Maio 2020.

CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica**. Deveres de Prevenção, Resposta e Compensação Ambiental. São Paulo: RT, 2015.

CARVALHO, Délton Winter de. **O Direito dos desastres**. Palestra *online* ministrada na série de eventos Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (FPCC) Convida sob a coordenação do Professor Hermes Zaneti Júnior, em 02 de abril de 2020.

CASCELLA, Marco; RAJNIK, Michael; CUORNO, Arturo; DULEBOHN, Scott C.; DI NAPOLI, Raffaella. **Features, Evaluation and Treatment Coronavirus (COVID-19)**. Bethesda: StatPearls Publishing LLC, 2020. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK554776/> Acesso em: 07 Abr. 2020.

CHAYES, Abram. The role of the Judge in Public Law Litigation. *In: Harvard Law Review*, volume 89, Maio 1976, número 7, p. I281-I316.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana (CCC). T 025/04. Sentencia de Tutela n. 025.22 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 12 Nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 313**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 314**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 318**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

COVER, Robert M.; FISS, Owen M. **The Structure of Procedure**. Mineola: The Foundation Press, 1979.

CUNHA, Alcides Munhoz da. A evolução das ações coletivas no Brasil. *In: Revista de Processo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano. 20, n. 77, jan./mar. 1995. pp. 224-235.

DANTAS, Eduardo Sousa. **Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional: a tutela dos direitos fundamentais em casos graves de violações pelo poder público**. Curitiba: Juruá, 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Processo Estrutural**. Palestra *online* ministrada no seu perfil do Instagram e promovida pela Editora Juspodivm, em 27 de março de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=tisgz3Ziv2I>. Acesso em: 2 Maio 2020.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**. Salvador: JusPODIVM, 2018.
DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DYNIEWICZ, Luciana. **Companhia aérea Avianca Brasil entra com pedido de falência**. *In: Terra*, 2020. Disponível em: <https://www.terra.com.br/economia/companhia-aerea-avianca-brasil-entra-com-pedido-de-falencia,3525c257f2bfd26e5ab2dfdfd978358bufsn3ahu.html>. Acesso em: 22 Jul. 2020.

EHLINGER, Maija. **Latin America's largest airline, LATAM, files for Chapter 11 bankruptcy**. CNN, 2020. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2020/05/26/business/latam-chapter-11/index.html>. Acesso em: 30 Maio 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Brown I, 347 U.S. 483, 1954. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1940-1955/347us483>. Acesso em: 04 Maio 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Brown II, 349 U.S. 294, 1955. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1940-1955/349us294>. Acesso em: 04 Maio 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393, 1857. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1850-1900/60us393>. Acesso em: 04 Maio 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537, 1896. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1850-1900/163us537>. Acesso em: 04 Maio 2019.

EXPLAINED, THE NEXT PANDEMIC. Direção: Ezra Klein e Joe Posner. Produção de Ezra Klein, Kara Rozansky, Claire Gordon, Chad Mumm, Lisa Nishimura, Joe Posner, Jason Spingarn-Koff e Kate Townsend. Nova Iorque: Vox Media, 2019. Netflix.

EXPLAINED, THIS PANDEMIC. Direção: Ezra Klein e Joe Posner. Produção de Ezra Klein, Kara Rozansky, Claire Gordon, Chad Mumm, Lisa Nishimura, Joe Posner, Jason Spingarn-Koff e Kate Townsend. Nova Iorque: Vox Media, 2020. Netflix.

FAN, Yi; ZHAO, Kai; SHI, Zheng-Li; ZHOU, Peng. Bat Coronaviruses in China. *In: Viruses* 11, n^o 3: 210. Basel: Multidisciplinary Digital Publishing Institute – MDPI, 2019. Disponível em: <https://www.mdpi.com/1999-4915/11/3/210/htm>. Acesso em: 28 Abr. 2020.

FEIJÓ, Maria Angélica. **CNJ tem competência para suspender prazos processuais?** *In: Revista Consultor Jurídico.* 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-23/maria-angelica-feijo-cnj-competencia-suspender-prazos>. Acesso em: 23 Mar. 2020.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Aurélio:** o dicionário de língua portuguesa. Curitiba: Editora Positivo, 2008.

FISS, Owen M. **Forward: The Forms of Justice.** Harvard Law Review, v. 93, n. 1. Faculty Scholarship Series 1220, 1979. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220. Acesso em: 12 Maio 2019.

FISS, Owen. **The Law as It Could Be.** Nova Iorque: New York University Press, 2003.

FISS, Owen; RESNIK, Judith. **Adjudication and Its Alternatives:** and introduction to procedure. Nova Iorque: Foundation Press, 2003.

FISS, Owen M. **Troubled Beginnings of the Modern State, 1888-1910.** Nova Iorque: Cambridge University Press, 2006.

FREIRE, Neison Cabral Ferreira Freire; BONFIM, Cristine Vieira do; NATENZON, Claudia Eleonor. Vulnerabilidade socioambiental, inundações e repercussões na Saúde em regiões periféricas: o caso de Alagoas, Brasil. *In: Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 9, set. 2014.

FRIEDMAN, Thomas L. **The world is flat: a brief history of the Twenty-First Century.** Picador, USA, 2007.

FULLER, Lon L; WINSTON, Kenneth I. The Forms and Limits of Adjudication. *In: Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 (Dez. 1978), pp. 353-409.

GATES, Bill. **The next outbreak? We are not ready.** TED talks. 2015. (8min33s). Disponível em: https://www.ted.com/talks/bill_gates_the_next_outbreak_we_re_not_ready?language=en. Acesso em: 13 Abr. 2020.

GATES, Bill. Innovation for pandemics. *In: The New England Journal of Medicine*. 378. Boston: Massachusetts Medical Society, 2018. p. 2057-2060. Disponível em: <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/nejmp1806283>. Acesso em: 13 Abr. 2020.

GIDI, Antônio. **A class action como instrument de tutela coletiva dos direitos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOLDSTONE, Richard J.; RAY, Brian. The International Legacy of Brown v. Board of Education. *In: 35 McGeorge L. Rev.* 105, 2004. pp. 105-120. Disponível em: <https://scholarlycommons.pacific.edu/mlr/vol35/iss1/5>. Acesso em: 13 Maio 2019.

GOULART, Adriana da Costa. **Revisitando a espanhola: a gripe pandêmica de 1918 no Rio de Janeiro.** *In: História, Ciências, Saúde -Manguinhos* vol.12 n.º.1. Rio de Janeiro. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/hcsm/v12n1/06.pdf>. Acesso em: 13 Maio 2020.

GRAHAM, Barney S.; SULLIVAN, Nancy J. Emerging viral diseases from a vaccinology perspective: preparing for the next pandemic. *In: Nature Immunology*. Vol. 19. Berlin: Springer Nature, 2018. pp. 20-28.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos Gerais: Direito Processual Coletivo. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.) Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. pp.11-15.

ÍNDIA. People's Union for Civil Liberties v. Union of India. Writ Petition n.º 196, 2001. Disponível em: <https://www.escri-net.org/caselaw/2006/peoples-union-civil-liberties-v-union-india-ors-supreme-court-india-civil-original#:~:text=People's%20Union%20for%20Civil%20Liberties%20v.,196%20of%202001&text=In%202003%2C%20the%20court%20issued,the%20failure%20of%20the%20scheme>. Acesso em: 07 Maio 2020.

JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

JOBIM, Marco Félix. A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo código de Processo Civil brasileiro. *In: Repercussões do novo CPC – processo coletivo*. ZANETI JÚNIOR, Hermes. (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

JOBIM, Marco Félix; MACEDO, Elaine Harzheim. Das normas fundamentais do processo e o novo Código de Processo Civil brasileiro: repetições e inovações. *In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix. Desvendando o Novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, pp. 90-103.

JOBIM, Marco Félix. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos litígios estruturais: bases de uma possível construção. *In Processos estruturais*. 2. ed. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (Orgs.). Salvador: JusPODIVM, 2019. pp. 637-654.

JOBIM, Marco Félix; CARVALHO, Fabrício de Farias. Primazia do julgamento de mérito: o formalismo-valorativo e o processo cooperativo no sistema recursal do Código de Processo Civil de 2015. *In: ALVIM, Teresa Arruda (coord.). Revista de Processo*, ano 44, vol. 298, dezembro/2019. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, pp. 77-103.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. O novo processo coletivo para o controle jurisdicional de políticas públicas: breves apontamentos sobre o projeto de lei 8.058/2014. *In: Revista de Processo*, vol. 252/2016, fev/2016, DTR\2016\215, pp. 275-300.

LINKE, Micaela Porto Filchtiner. Processos estruturais como alternativa na proteção de Direitos Socioambientais: uma análise da Ação Civil Pública Estrutural do Córrego do Feijão/MG. *In: SARLET, Ingo Wolfgang; BARBOSA, Jeferson Ferreira; LEAL, Augusto Antônio Fontanive; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt (org.). Direitos fundamentais: os desafios da igualdade e da tecnologia num mundo em transformação*. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2020, pp. 267-286.

LIRA, Adriana Costa. **O Processo Coletivo Estrutural**: mecanismo de combate ao estado de coisas inconstitucional no Brasil. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

MANTELLI, Gabriel Antonio Silveira. **Direito dos Desastres e Políticas Públicas**: Proteção Jurídica de Comunidades Vulneráveis em Termos Socioambientais. Tese de Láurea. Professora Orientadora Patrícia Faga Iglecias Lemos. fls. 93. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

MARCUS, Richard L.; SHERMAN, Edward F.; ERICHSON, Howard M. **Complex Litigation**: cases and materials on advanced civil procedure. 5^a ed. Saint Paul: Thomson Reuters, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O Novo Processo Civil**. 3^a edição revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINÉZ-VARGAS, Ivan. **Entenda a recuperação judicial da Latam e quais são os direitos do consumidor**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/05/entenda-a-recuperacao-judicial-da-latam-e-quais-sao-os-direitos-do-consumidor.shtml#:~:text=Embora%20a%20unidade%20brasileira%20da,que%20o%20peras%20rotas%20no%20Brasil>. Acesso em: 30 Maio 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **As determinações da OMS são vinculantes ao Brasil?** Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/58018/artigo-as-determinacoes-da-oms-sao-vinculantes-ao-brasil-porvalerio-de-oliveira-mazzuoli>. Acesso em: 19 Abr. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Painel de casos de doença pelo coronavírus 2019 (COVID-19) no Brasil**. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 26 Jun. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Petição Inicial da Ação Civil Pública 1005310-84.2019.4.01.3800**. 5ª Vara Federal Cível da SJMG, Polo ativo: Ministério Público Federal – MPF, Polo passivo: União e Agência Nacional de Mineração – AMN, 2019. Consulta pública disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=370bf444a2bb13f85882a51972c2a8cb5c0e22752c38b7d6>. Acesso em: 13 Abr. 2019. Notícia da propositura disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/mpf-vai-a-justica-para-obrigar-anm-a-fiscalizar-barragens-inseguras-em-todo-o-pais>. Acesso em: 13 Abr. 2019. Petição inicial disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acp_anm_uniao-1. Acesso em: 13 Abr. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF); SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR (SENACON); ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS AÉREAS (ABEAR). **Termo de Ajustamento de Conduta**: regramentos envolvendo o cancelamento de voos nacionais e internacionais por conta da pandemia de COVID-19. Brasília: Ministério Público Federal, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tac-aereas.pdf>. Acesso em: 19 Abr. 2020.

MONTEMEZZO, Francielle Pasternak; PIVETTA, Saulo Lindorfer. Aspectos Processuais do Controle Judicial de Políticas Públicas: estudo a partir do problema carcerário do Estado do Paraná. *In: Revista dos Tribunais Sul*, vol. 2/2013, Nov-Dez/2013, DTR\2014\1711, pp. 15-39.

MURPHY, Mark C. **Philosophy of law: the fundamentals**. Oxford: Blackwell Publishing, 2009.

NERI, Bianca Garcia. Estado de coisas inconstitucional e litígio estrutural: a concretização dos direitos fundamentais sob uma perspectiva dialógica. *In: Revista Paradigma*, Ribeirão Preto-SP, a. XXIII, v. 27, n. 1, Jan/Abr 2018, pp. 92-114.

NUNES, Leonardo Silva. A certificação de processos estruturais. *In: REICHELDT, Luis Alberto; JOBIM, Marco Félix (Org.). Coletivização e unidade do direito*. Londrina: Thoth, 2019. p. 323-343.

O'BRIEN, David M. Precedent and Courts. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marco Félix. **Precedentes Judiciais: Diálogos Transnacionais**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. pp. 27-38.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **What is a pandemic?** Disponível em:

https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/pandemic/en/. Acesso em: 13 Abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **SARS (Severe Acute Respiratory Syndrome)**. Disponível em: <https://www.who.int/ith/diseases/sars/en/>. Acesso em: 13 Abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Middle East respiratory syndrome coronavirus (MERS-CoV)**. Disponível em: <https://apps.who.int/mediacentre/factsheets/mers-cov/en/index.html>. Acesso em: 13 Abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Ebola outbreak 2014-2016**. Disponível em: <https://www.who.int/csr/disease/ebola/en/>. Acesso em: 13 Abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **What is the pandemic (H1N1) 2009 virus?** Disponível em: https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/about_disease/en/. Acesso em: 13 Abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Novel Coronavirus (2019-nCoV) - SITUATION REPORT – 1 -21 JANUARY 2020**. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200121-sitrep-1-2019-ncov.pdf?sfvrsn=20a99c10_4. Acesso em: 28 Abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Coronavirus disease (COVID-2019) situation reports**. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/situation-reports/>. Acesso em: 13 Abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Updated WHO recommendations for international traffic in relation to COVID-19 outbreak**. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/articles-detail/updated-who-recommendations-for-international-traffic-in-relation-to-covid-19-outbreak/>. Acesso em: 13 Abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19**. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em: 13 Abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Coronavirus disease 2019 (COVID-19) Situation Report – 51**. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200311-sitrep-51-covid-19.pdf?sfvrsn=1ba62e57_10. Acesso em: 13 Abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Critical preparedness, readiness and response actions for COVID-19**. Disponível em: <https://www.who.int/publications-detail/critical-preparedness-readiness-and-response-actions-for-covid-19>. Acesso em: 05 Abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Regulamento Sanitário Internacional**. 3 ed. 2016. Disponível em: <https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/en/>. Acesso em: 18 Abr. 2020.

OSNA, Gustavo. **Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: Análise Crítica da Teoria Processual**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PASQUALOTTO, Victória Franco. O processo civil entre litígios tradicionais e litígios multipolares complexos: A resposta do processo estrutural. *In: Processos estruturais*. 2. ed. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (Orgs.). Salvador: JusPODIVM, 2019. pp. 869-928.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As Medidas Estruturantes e a Efetividade das Decisões Judiciais no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume XIII. Rio de Janeiro: UERJ, 2014, pp. 229-258.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Jurisdição e pacificação**: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela de direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: Editora CRV, 2017.

PORFIRO, Camila Almeida. **Litígios Estruturais: legitimidade democrática, procedimento e efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA DO STF. **Painel de Ações da COVID-19**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2020. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=615fc495-804d-409f-9b08-fb436a455451&sheet=260e1cae-f9aa-44bb-bbc4-9d8b9f2244d5&theme=simplicity&opt=cursel%2Cctxmenu&select=clearall>. Acesso em: 19 Abr. 2020.

RENDLEMAN, Doug. **Complex Litigation: Injunctions, Structural Remedies, and Contempt**. Nova Iorque: Thomson Reuters/Foundation Press, 2010.

ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory Relief and Supervisory Jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable? *In: The South African Law Journal*, 2011. pp. 325-351.

ROCHABRUM, Marcelo; CAMBERO, Fabian; BAUTZER, Tatiana. **LATAM becomes largest airline driven to bankruptcy by coronavirus**. São Paulo: Thompson Reuters, 2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-latam-airlines-bankruptcy/latam-becomes-largest-airline-driven-to-bankruptcy-by-coronavirus-idUSKBN2320GT>. Acesso em: 30 Maio 2020.

ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope: can courts bring about social change?** 2^a ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

ROULEAU, Paul; SHERMAN, Lindsey. Doucet-Boudreau, Dialogue and Judicial Activism: Tempest in a Teapot? *In: Ottawa Law Review*, 41:2, 2009. pp. 171-207.

SANTOS, Rafael. **Acordo com aéreas permite remarcação de passagens sem cobranças**. *In: Revista Consultor Jurídico*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-23/acordo-aereas-permite-remarcacao-passagens-cobrar#author>. Acesso em: 19 de Apr. de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SODRÉ, Habacuque Wellington. As contingências das demandas individuais frente à questão da universalização dos direitos sociais no contexto da judicialização da política. *In: Revista de Processo*, vol. 200/2011, Out/2011, DTR\2011\4004. pp. 279-309.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). STF reconhece competência concorrente de estados, DF, municípios e União no combate à Covid-19. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447>. Acesso em: 22 Jul. 2020.

TARUFFO, Michele; MITIDIERO, Daniel. **A justiça civil: da Itália ao Brasil, dos 700 a hoje**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. Rio de Janeiro: Editora Juspodivm, 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA (TJSC). Justiça nega pedido de morador da Capital que queria surfar durante a quarentena. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/justica-nega-pedido-de-morador-da-capital-que-queria-surfar-durante-a-quarentena-?inheritRedirect=true>. Acesso em: 22 Jul. 2020.

UNDERWOOD, James M. **Complex Litigation: a context and practice casebook**. Durham: Carolina Academic Press, 2017.

VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: O controle jurisdicional de decisões políticas**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

VIOLIN, Jordão. **Processos Estruturais em Perspectiva Comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos**. Tese de doutoramento. Professor Orientador: Sérgio Cruz Arenhart. fls. 256. Curitiba: Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2019. p. 219.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *In: Revista de Processo*, vol. 284/2018, pp. 333–369.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo coletivo**. Palestra *online* ministrada na série de eventos Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (FPCC) Convida, sob coordenação do Professor Hermes Zaneti Júnior, em 03 de abril de 2020.

VITORELLI, Edilson. **Processo civil estrutural**. Salvador: JusPODIVM, 2020.

YEAZELL, Stephen C. **Civil Procedure**. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2008.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A Constitucionalização do Processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional**. Tese de doutoramento. Professor Orientador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. fls. 408. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2005.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo Coletivo no Brasil: Sucesso ou Decepção? *In: JOBIM, Marco Félix; REICHEL, Luis Alberto. (orgs.) Coletivização e Unidade do Direito*. Londrina: Thoth, 2019.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo Coletivo no Brasil: Sucesso ou Decepção? *In: Civil Procedure Review*, vol. 10, p. 11-40, 2019.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Direito Processual dos Desastres**. Palestra *online* ministrada no Grupo de Estudos Araken de Assis (GEAK), coordenado pela Professora Mariângela Guerreiro Milhoranza da Rocha, em 22 de maio de 2020.

