# Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de CORONAVIRUS:

## TERCEIRO VOLUME

**AUTORES:**

Adriano Sant'ana Pedra
Adroaldo Agner Rosa Neto
Agenor de Souza Santos Sampaio Neto
Alessandra Oitaven Pearce
Allana Carolina de Castro Crisostomo
Altair Oliveira Santos Filho
Ana Clara Suzart Lopes da Silva
Andréa Santana Leone de Souza
Bruna Franco
Camila Bastos Bacelar Costa
Cláudia Albagli Nogueira Serpa
Clóvis Reimão
Daniel Oitaven Pamponet Miguel
Dirley da Cunha Júnior
Fábio Periandro de Almeida Hirsch
Flávio Pereira de Jesus
Gabriel Dias Marques da Cruz
Gilberto Lopes Teixeira
Giuliana Vieira de Sá Cardozo
Hélio Gomes Coelho Júnior
Hugo Leonardo de Oliveira Novaes
João Glicério de Oliveira Filho
José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro
Joseane Suzart Lopes da Silva
Juliana Paiva Costa Samões
Keyla Cristina Farias dos Santos
Leandro Reinaldo da Cunha
Liliane Nunes Mendes Lopes
Marcelo Lannes
Maria Elisa Villas-Bôas
Maria Eugênia do Amaral Kroetz
Maria Inez Araujo de Abreu
Marina Luiza Amari
Mario Jorge Philocreon de Castro Lima
Matheus Carneiro Cardoso da Fonseca
Mônica Neves Aguiar da Silva
Patrícia Verônica Nunes C. Sobral de Souza
Pedro Leonardo Summers Caymmi
Ricardo Maurício Freire Soares
Saulo José Casali Bahia
Stephanie Silva
Tarcísio Araújo Kroetz
Valdir Ferreira de Oliveira Junior
Zulene Barbosa Gomes


APRESENTAÇÃO:
**Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins**

PREFÁCIO:
**Saulo José Casali Bahia**

POSFÁCIO:
**Rodolfo Pamplona Filho**

COORDENAÇÃO E ORGANIZAÇÃO:
**Saulo José Casali Bahia**
**Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins**
**Rodolfo Pamplona Filho**


EDITORA
IASP

**COORDENAÇÃO E ORGANIZAÇÃO:**
**Saulo José Casali Bahia**
**Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins**
**Rodolfo Pamplona Filho**

# Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavirus: Terceiro Volume

**AUTORES:**
Adriano Sant'ana Pedra, Adroaldo Agner Rosa Neto, Agenor de Souza Santos Sampaio Neto, Alessandra Oitaven Pearce, Allana Carolina de Castro Crisostomo, Altair Oliveira Santos Filho, Ana Clara Suzart Lopes da Silva, Andréa Santana Leone de Souza, Bruna Franco, Camila Bastos Bacelar Costa, Cláudia Albagli Nogueira Serpa, Clóvis Reimão, Daniel Oitaven Pamponet Miguel, Dirley da Cunha Júnior, Fábio Periandro de Almeida Hirsch, Flávio Pereira de Jesus, Gabriel Dias Marques da Cruz, Gilberto Lopes Teixeira, Giuliana Vieira de Sá Cardozo,Hélio Gomes Coelho Júnior, Hugo Leonardo de Oliveira Novaes, João Glicério de Oliveira Filho, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, Joseane Suzart Lopes da Silva, Juliana Paiva Costa Samões, Keyla Cristina Farias dos Santos, Leandro Reinaldo da Cunha, Liliane Nunes Mendes Lopes, Marcelo Lannes, Maria Elisa Villas-Bôas, Maria Eugênia do Amaral Kroetz, Maria Inez Araujo de Abreu, Marina Luiza Amari,Mario Jorge Philocreon de Castro Lima, Matheus Carneiro Cardoso da Fonseca, Mônica Neves Aguiar da Silva, Patrícia Verônica Nunes C. Sobral de Souza, Pedro Leonardo Summers Caymmi, Ricardo Maurício Freire Soares, Saulo José Casali Bahia, Stephanie Silva, Tarcísio Araújo Kroetz, Valdir Ferreira de Oliveira Junior e Zulene Barbosa Gomes

**APRESENTAÇÃO:** **Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins**
**PREFÁCIO:** **SAULO JOSÉ CASALI BAHIA**
**POSFÁCIO:** **Rodolfo Pamplona Filho**

EDITORA
IASP

São Paulo - SP
Editora IASP
2020

**ISBN 978-65-87082-05-9**

# DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVIRUS: TERCEIRO VOLUME

Edição e Distribuição da Editora IASP

Os autores desta obra gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica. Cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seu trabalho.

Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP
CNPJ 43.198.555/0001-00
Av. Paulista, 1294 - 19º andar - CEP 01310-915
São Paulo - SP - Brasil

Fundado em 29 de Novembro de 1874

Site: www.iasp.org.br
E-mail: iasp@iasp.org.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas de obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos,do Código 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Diretos Autorais).

Revisão: Instituto dos Advogados de São Paulo

Capa e diagramação: Girafo Consultoria

Livro Digital

**Dados para catalogação**

BAHIA, Saulo José Casali (Coord.)

Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus / coordenação e organização de Saulo José Casali Bahia, Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins e Rodolfo Pamplona. São Paulo: Editora Iasp, 2020. volume 3. 708p.

Livro Digital

ISBN: 9978-65-87082-05-9

1. Direito constitucional. 2. Direitos fundamentais. 3. Coronavírus. I. MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis (Coordenador). II. PAMPLONA, Rodolfo. III. Autores. IV. Título

CDDoris 341.27
Cutter B151d

Karina Borsari
CRB-8/4951

Uma publicação do Instituto de Direito Constitucional da Bahia, em associação com o Instituto dos Advogados da Bahia, a Academia de Letras Jurídicas da Bahia, o Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil e o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA

---

REALIZAÇÃO:

IDCB
INSTITUTO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA BAHIA

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DA BAHIA

Academia de Letras Jurídicas da Bahia

Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados Do Brasil

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU

# Sumário

**Apresentação**
CARLOS EDUARDO BEHRMANN RÁTIS MARTINS 8

**Prefácio**
SAULO JOSÉ CASALI BAHIA 12

**Participam Desta Obra** 16

**1 - Deveres Humanos em Situações de Calamidade Sanitária**
ADRIANO SANT'ANA PEDRA 26

**2 - A Questão das Locações Durante a Pandemia da Covid-19: Notas Sobre a Experiência Portuguesa**
ADROALDO AGNER ROSA NETO E MARINA LUIZA AMARI 51

**3 - A Liberdade de Credo em Tempos de Pandemia**
AGENOR DE SOUZA SANTOS SAMPAIO NETO 67

**4 - Líderes Nacionais do Gênero Feminino são Mais Eficientes no Combate ao Covid-19? Uma Pesquisa Quantitativa**
ALESSANDRA OITAVEN PEARCE, DANIEL OITAVEN PEARCE PAMPONET MIGUEL, BRUNA FRANCO E STEPHANIE SILVA 82

**5 - Intervencionismo Estatal na Pandemia do COVID-19: Diferimento de Tributos e sua Efetividade à Luz da Justiça Social Tributária**
ALLANA CAROLINA DE CASTRO CRISOSTOMO E DIRLEY DA CUNHA JUNIOR 113

**6 - Poder de Polícia Administrativa em Tempos de Covid-19**
ALTAIR OLIVEIRA SANTOS FILHO, PATRÍCIA VERÔNICA NUNES CARVALHO SOBRAL DE SOUZA E RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES 133

**7 - Autonomia Responsável e Pandemia: Um Olhar a Partir da Bioética Latino-Americana**
ANDRÉA SANTANA LEONE DE SOUZA E MÔNICA NEVES AGUIAR DA SILVA 155

**8 -A Virtualização do Social e o Direito: Impactos em Tempo de Pandemia**
CLÁUDIA ALBAGLI NOGUEIRA SERPA 172

**9 - Liberdade de Locomoção em Tempos de Coronavírus: Um Equilíbrio Aristotélico entre Direitos e Deveres Fundamentais**
CLÓVIS REIMÃO 183

**10 - Dignidade Humana, Covid-19 e a Superação do "Brasileiro Mediano": Memórias de uma Vítima Indireta**
FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH ____ **200**

**11 - Nudge contra a Covid-19**
GABRIEL DIAS MARQUES DA CRUZ ____ **231**

**12 - A Advocacia em Tempos de Pandemia**
GILBERTO LOPES TEIXEIRA ____ **249**

**13 - A Tutela do Direito de Moradia e o Ativismo Judicial no Contexto de Remoção Forçada Durante a Pandemia do Coronavírus**
GIULIANA VIEIRA DE SÁ CARDOZO E DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR ____ **256**

**14 - Na Pandemia, STF Evita o Pandemônio no Mundo do Trabalho**
HÉLIO GOMES COELHO JÚNIOR ____ **279**

**15 - COVID-19 e o Direito do consumidor no Brasil**
HUGO LEONARDO DE OLIVEIRA NOVAES ____ **287**

**16 - Dos Contratos de Locação Empresarial Durante a Crise Econômica Causada por uma Pandemia**
JOÃO GLICÉRIO DE OLIVEIRA FILHO E CAMILA BASTOS BACELAR COSTA ____ **305**

**17 - Insegurança Jurídica: A Peste do Brasil**
JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO ____ **305**

**18 - A Assistência Material e os Reembolsos diante do Cancelamento do Transporte Aéreo de Passageiros no decorrer da Pandemia COVID-19: o Termo de Ajustamento de Conduta firmado pela SENACON e o Direito Fundamental dos Consumidores**
JOSEANE SUZART LOPES DA SILVA E ANA CLARA SUZART LOPES DA SILVA ____ **340**

**19 - Biopoder, Necropolítica e a Negação da Pandemia**
JULIANA PAIVA COSTA SAMÕES E LEANDRO REINALDO DA CUNHA ____ **371**

**20 - Direitos Humanos e Desenvolvimento: Fundamentos e História em Tempos de Pandemia**
KEYLA CRISTINA FARIAS DOS SANTOS ____ **388**

**21 - O Dever de Desjudicialização dos conflitos durante e pós-pandemia de COVID-19**
LILIANE NUNES MENDES LOPES ____ **411**

**22 - Legislação em Tempos de Pandemia: Atividade Legislativa durante a Gripe Espanhola e da Pandemia do COVID-19. Lições Históricas Não Aprendidas**
MARCELO LANNES ____ **437**

**23 - O novo Coronavírus e o Judiciário: entre o Direito e a Medicina, na gestão sanitária emergencial**
MARIA ELISA VILLAS-BÔAS 458

**24 - COVID-19: Tensão entre direitos de propriedade intelectual e saúde pública**
MARIA INEZ ARAUJO DE ABREU 490

**25 - COVID-19 e o Controle Sanitário Transfronteiriço: a Tensão entre a Reserva de Soberania e a Liberdade Fundamental de Locomoção**
MARIO JORGE P C LIMA 509

**26 - A Necropolitica e a Escolha de Sofia: A Judicialização como Instrumento de Garantia dos Direitos Fundamentais**
MATHEUS CARNEIRO CARDOSO DA FONSECA E DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR 542

**27 - O Programa Federativo de Enfrentamento a COVID-19 (Lei Complementar 173/2020)**
PEDRO LEONARDO SUMMERS CAYMMI 556

**28 - El Estado Constitucional Solidario y la Pandemia de COVID-19: Breves Lineamientos**
RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES, VALDIR FERREIRA DE OLIVEIRA JUNIOR E FLÁVIO PEREIRA DE JESUS 574

**29 - Direitos Fundamentais, Poder Judiciário e Pandemia**
SAULO JOSÉ CASALI BAHIA 601

**30 - Assembleias Virtuais Sobrevivem à Pandemia**
TARCÍSIO ARAÚJO KROETZ 621

**31 - As Previsões de Força Maior nos Contratos de Comercialização de Energia Elétrica e os Desafios da Judicialização no Mercado Livre**
TARCÍSIO ARAÚJO KROETZ E MARIA EUGÊNIA DO AMARAL KROETZ 634

**32 - Reações Institucionais à Escassez de Recursos e as Realocações Orçamentárias Durante a Pandemia**
ZULENE BARBOSA GOMES 651

**Posfácio**
RODOLFO PAMPLONA FILHO (ORGANIZADOR) 684

**Cartazes dos Seminários** 686

**SEMINÁRIOS I A XVIII DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVIRUS "Projeto 100"**

**Relação de Painelistas** 705

# Apresentação

Ao longo de dezoito semanas, durante este período de estado de calamidade pública, um tímido seminário virtual marcado para o dia 01 de abril de 2020 transformou-se num ambicioso projeto acadêmico encampado por quatro Instituições baianas das ciências jurídicas: Instituto dos Advogados da Bahia, Academia de Letras Jurídicas da Bahia, Instituto de Direito Constitucional da Bahia e o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, denominado PROJETO 100.

Para a grande satisfação das quatro Instituições baianas, passou a integrar esse projeto acadêmico e a elaboração do terceiro volume, o Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil, tendo sido enviado artigos científicos relacionados à pandemia pelos Institutos dos Advogados dos Estados de São Paulo, Santa Catarina, Pernambuco e Paraná.

Sem embargo, ao longo de quatro meses, de forma espontânea e, principalmente, devido a competência e carisma dos Professores Rodolfo Pamplona Filho e Saulo José Casali Bahia, os Seminários sobre Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus, realizados pelo IAB, ALJBA, IDCB e PPPGDUFBA, convolaram-se num evento semanal habitual no cenário jurídico de webinares, lives e colóquios virtuais.

Sucede que como todo e qualquer projeto, o sonho passou do rascunho, ganhou musculatura e alcançou a forma de uma trilogia - PROJETO 100: UNIÃO, RESILIÊNCIA E SOLIDARIEDADE, cujo nomen iuris correspondeu a meta das agora cinco Instituições organizadoras em alcançar a realização de, em pelo menos 18 (dezoito) Seminários, a participação de mais de 100 (cem) palestrantes com a publicação de pelo

menos quatro livros em português e um em língua inglesa, reunindo no mínimo 100 (cem) artigos científicos.

De fato, se as palavras união e resiliência foram invocadas para a apresentação do primeiro e do segundo volumes desta série de livros dedicados a reunir artigos científicos para tratar sobre os temas jurídicos que envolvem a pandemia, respectivamente, restava consagrar o princípio vetor da solidariedade neste terceiro volume, objetivo fundamental da Carta Cidadã de 1988 (art. 3o., I, da CF/88), para completar a tríade das diretrizes do PROJETO 100: UNIÃO, RESILIÊNCIA E SOLIDARIEDADE.

Sem sombra de dúvidas, durante essas difíceis dezoitos semanas, a solidariedade norteou os 106 (cento e seis) palestrantes que se apresentaram nas quartas-feiras pela noite, bem como foi tema discutido explícita ou implicitamente, nos 74 (setenta e quatro) artigos científicos até agora apresentados ao grande público, nos três volumes publicados. Ser solidário e difundir a solidariedade traduzem-se nos acordes do hino do PROJETO 100: UNIÃO, RESILIÊNCIA E SOLIDARIEDADE, inibindo a falta de esperança de dias melhores, como declamou o Professor Rodolfo Pamplona, na poesia intitulada "São João na Pandemia", no XIII Seminário nos Seminários sobre Direitos e Deveres Fundamentais em tempos de coronavírus, no dia 24 de junho, dia de São João:

Festa junina na pandemia
é diferente do São João
quando os dias da gente
eram apenas "normais".

Os amigos e as famílias,
como antes, não estão
presencialmente
ao lado e juntos mais.

Se não dá mais para abraçar,
isso não quer dizer
que a vontade de cantar
tenha que desaparecer.

Se não dá mais para beijar,
isso não quer dizer
que a ausência do tocar
anule o desejo de viver.

Hoje, pode não ter dança
ou mesmo um brinde com quentão,
mas sempre terá a esperança
que aquece o coração

de que, se não abraçados
fisicamente,
continuaremos ligados
espiritualmente,

e isso renova a alegria
e o desejo por dias melhores,
que é o combustível da folia
e a ordem para que não chores

pois, na nossa folia,
pode até faltar licor,
mas, nunca na vida,
faltará o amor.

Mais uma vez, faz-se necessário destacar que esse terceiro livro virtual não seria possível se, desde o início dos trabalhos desenvolvidos nos Seminários, não houvesse o imprescindível apoio do Instituto dos Advogados de São Paulo, nas pessoas do seu atual Presidente, o célebre Professor Doutor Renato de Mello Jorge Silveira e o grande líder da

advocacia brasileira e ex-Presidente do IASP, o Professor José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, disponibilizando os serviços da conceituada Editora do Instituto dos Advogados de São Paulo, cujas publicações são utilizadas como referências pelos Tribunais em todo o país.

Desejamos mais uma vez que os artigos pontuais e informativos aqui apresentados por membros do IAB, ALJBA, IDCB, PPGDUFBA, Instituto dos Advogados de São Paulo, Instituto dos Advogados de Santa Catarina, Instituto dos Advogados de Pernambuco, Instituto dos Advogados do Paraná e convidados, auxiliem os diversos atores da administração da justiça, nas mais diversas áreas.

Até o quarto volume.

Boa leitura!

Salvador, Bahia, aos 29 de julho de 2020.

**CARLOS EDUARDO BEHRMANN RÁTIS MARTINS**

**Presidente do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil**
**Presidente do Instituto dos Advogados da Bahia - IAB**
**Presidente do Instituto de Direito Constitucional da Bahia – IDCB**

# Prefácio

O I Seminário Virtual Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavirus foi realizado em 1o de abril de 2020, poucas semanas após a Organização Mundial de Saúde - OMS haver declarado situação de pandemia, em 11/03/2020, e o Brasil haver ingressado em estado de emergência de saúde pública, referido na Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, com o início de medidas forçadas de isolamento social.

O Instituto dos Advogados da Bahia, a Academia de Letras Jurídicas da Bahia, o Instituto de Direito Constitucional da Bahia e o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, perceberam a necessidade premente de proporcionar um ambiente de debates e reflexões jurídicas sobre a pandemia, na medida em que diversas relações intergovernamentais, entre o Poder Público e particulares, e mesmo entre particulares, passaram a ser intensamente afetadas pelas medidas adotadas. Posteriormente, juntou-se ao esforço o Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil.

Durante dezoito semanas, dezoito seminários foram realizados (01, 08, 15, 22 e 29 de abril, 06, 13, 20 e 27 de maio, 3, 10, 17 e 24 de junho, 1, 8, 15, 22 e 29 de julho), sempre às quartas-feiras, em uma série que conquistou a própria maturidade. Todos os encontros reuniram juristas integrantes das instituições envolvidas, além de especialistas convidados.

A persistência (ou melhor, a união, a resiliência e a solidariedade) trouxe o sucesso aos seminários e às obras escritas, talvez o evento jurídico da pandemia de maior número de participantes (106), maior extensão (18) e maior produção escrita (74 artigos até o 3o volume). Não esperávamos tanto sucesso, nem as milhares de participações até agora (foram quase quatro mil), nas plataformas utilizadas para a transmissão dos seminários.

Como disse o dinâmico co-organizador dos seminários, pelo IAB e pelo IBDC, que preside, os dezoito seminários previstos permitirão que alcancemos a marca de 100 (cem) artigos publicados, pois esta série de volumes será encerrado com o quarto volume, a ser lançado em setembro do corrente, e o volume em inglês, a ser lançado no mesmo mês, pela plataforma da Amazon, que também já abriga as edições em português.

Como dissemos quanto ao primeiro volume, a finalidade da obra é evitar a perda dos registros das discussões e do esforço intelectual desenvolvido, facilitando o acesso à informação e ao tema.

Esta obra reúne 32 (trinta e dois) ensaios, sobre diversos aspectos vinculados à pandemia relacionada ao Covid-19, nas mais variadas áreas do direito. Como dissemos no prefácio ao primeiro volume, alguns textos foram escritos com a urgência que o momento requer, por vezes mais objetivos ou curtos em relação a textos presentes em coletâneas mais tradicionais. Mas a emergência de saúde pública o requeria, e assim o fizemos, e espero que possa esta circunstância ser desculpada pelo leitor mais exigente.

Os ensaios perpassam por diversos temas, mostrando **as restrições ocasionadas a direitos fundamentais,** os impactos na sociedade e nos indivíduos, abarcando as transformações que a covid-19 gerou nas relações **cíveis, bioéticas, internacionais, trabalhistas, empresariais, tributárias, consumeiristas e religiosas, a questão de gênero diante da covid-19, o impacto no exercício da advocacia, o enfrentamento governamental da questão e a judicialização dos conflitos decorrentes da pandemia**.

Agradecemos a todos os 46 (quarenta e seis) autores que participaram deste volume, conscientes da importância de alimentar os debates sobre as implicações e efeitos jurídicos da pandemia: Adriano Sant'ana Pedra,

Adroaldo Agner Rosa Neto, Agenor de Souza Santos Sampaio Neto, Alessandra Oitaven Pearce, Allana Carolina de Castro Crisostomo, Altair Oliveira Santos Filho, Ana Clara Suzart Lopes da Silva, Andréa Santana Leone de Souza, Bruna Franco, Camila Bastos Bacelar Costa, Cláudia Albagli Nogueira Serpa, Clóvis Reimão, Daniel Oitaven Pamponet Miguel, Dirley da Cunha Júnior, Fábio Periandro de Almeida Hirsch, Flávio Pereira de Jesus, Gabriel Dias Marques da Cruz, Gilberto Lopes Teixeira, Giuliana Vieira de Sá Cardozo, Hélio Gomes Coelho Júnior, Hugo Leonardo de Oliveira Novaes, João Glicério de Oliveira Filho, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro, Joseane Suzart Lopes da Silva, Juliana Paiva Costa Samões, Keyla Cristina Farias dos Santos, Leandro Reinaldo da Cunha, Liliane Nunes Mendes Lopes, Marcelo Lannes, Maria Elisa Villas-Bôas, Maria Eugênia do Amaral Kroetz, Maria Inez Araujo de Abreu, Marina Luiza Amari, Mario Jorge Philocreon de Castro Lima, Matheus Carneiro Cardoso da Fonseca, Mônica Neves Aguiar da Silva, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza, Pedro Leonardo Summers Caymmi, Ricardo Maurício Freire Soares, Saulo José Casali Bahia, Stephanie Silva, Tarcísio Araújo Kroetz, Valdir Ferreira de Oliveira Junior e Zulene Barbosa Gomes.

Agradecemos ao Presidente do Instituto dos Advogados da Bahia – IAB e do Instituto de Direito Constitucional da Bahia – IDCB, Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins, e ao Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, Rodolfo Pamplona Filho. Ambos, inclusive, funcionaram como moderadores nos Seminários Virtuais. Por fim, um agradecimento especial ao Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil e à Editora do Instituto dos Advogados de São Paulo. Sem ela, e sem a generosidade de permitir a veiculação gratuita desta versão eletrônica, a obra não existiria.

Com a sensação de dever cumprido por ora, oferecemos os textos adiante.

Boa leitura!

Salvador, Bahia, aos 29 de julho de 2020

**SAULO JOSÉ CASALI BAHIA (ORGANIZADOR)**

**Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**

# Participam desta obra:

**ADRIANO SANT'ANA PEDRA**

Doutor em Direito Constitucional (PUC/SP). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Professor do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Procurador Federal. Contato: adrianopedra@fdv.br

**ADROALDO AGNER ROSA NETO**

Mestrando em Direito das Relações Sociais pelo programa de pós-graduação em Direito da UFPR. Membro efetivo do Instituto dos Advogados do Paraná. Advogado. Sócio do PX Advogados.

**AGENOR DE SOUZA SANTOS SAMPAIO NETO**

Professor Assistente da Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS). Mestre em Direito Privado e Econômico (UFBA). Doutorando em Família na Sociedade Contemporânea (UCSAL).

**ALESSANDRA OITAVEN PEARCE**

Doutoranda em Ciências Jurídico-Filosóficas (Universidade de Coimbra). Doutoranda em Análise Econômica do Direito (Universidade Federal da Bahia). Mestre em Direito Constitucional (Universidade de Coimbra). Pós-graduada em Direitos Humanos (Universidade de Coimbra). Sócia do escritório de advocacia Oitaven & Pearce.

**ALLANA CAROLINA DE CASTRO CRISOSTOMO**

Mestranda em Políticas Sociais e Cidadania na Universidade Católica de Salvador. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Salvador.

**ALTAIR OLIVEIRA SANTOS FILHO**

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT. Membro do grupo de pesquisa Direito Público, Educação Jurídica e Direitos Humanos na contemporaneidade vinculado ao CNPq. Contato: **altairoliveiraf@hotmail.com.**

**ANA CLARA SUZART LOPES DA SILVA**

Advogada. Professora do Brasil Jurídico.

**ANDRÉA SANTANA LEONE DE SOUZA**

Doutora em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia. Professora de Direito Civil da Universidade Federal do Oeste da Bahia. Contato: andrealeoneadv@gmail.com

**BRUNA FRANCO**

Graduanda em Direito (Universidade Federal da Bahia).

**CAMILA BASTOS BACELAR COSTA**

Advogada, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito e Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana. Contato: camilabbcosta@yahoo.com

**CARLOS EDUARDO BEHRMANN RÁTIS MARTINS**

Advogado. Presidente do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil. Mestre e Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Professor de Direito Constitucional da UFBA e da UEFS. Autor do Livro Introdução ao estudo dos deveres fundamentais. Contato: carlosratis@behrmannratis.com

**CLÁUDIA ALBAGLI NOGUEIRA SERPA**

Doutora em direito pela UFBA. Graduada em ciências sociais. Professora Adjunta da UFBA e da Faculdade Baiana de Direito.

**CLÓVIS REIMÃO**

Especialista em Direito Público e Direito Processual Civil. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Servidor do Ministério Público do Estado da Bahia. Contato: **reimao.clovis@gmail.com**

**DANIEL OITAVEN PAMPONET MIGUEL**

Doutor em Direito (UFBa). Doutor em Ciências Sociais (UFBa). Professor do Programa de Pós-Graduação stricto sensu da UFBa. Professor da Graduação em Direito da UFBa. Professor da Faculdade Baiana de Direito. Sócio do escritório de advocacia Oitaven & Pearce.

**DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR**

Pós-Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa/ Portugal. Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP. Mestre em Direito Econômico pela UFBA. Professor Associado II da Universidade Federal da Bahia (UFBA) onde leciona Direito Constitucional nos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Professor Titular da Universidade Católica do Salvador (UCSAL), onde leciona Direito Constitucional, Direitos Fundamentais e Efetividade dos Direitos Sociais nos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado. Professor Adjunto e Coordenador do Núcleo de Direito do Estado e da Pós-Graduação em Direito Público da Faculdade Baiana de Direito. Conferencista e autor de diversas obras jurídicas. Juiz Federal da Seção Judiciária da Bahia. Ex-Procurador da República (1995-1999). Ex-Promotor de Justiça do Estado da Bahia (1992-1995).

**FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH**

Doutor e Mestre em Direito Público, ambos com ênfase em Direito Constitucional, pela Universidade Federal da Bahia (PPGD-UFBA). Membro do IDCB – Instituto de Direito Constitucional da Bahia. Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia (UFBA), Adjunto de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e de Jurisdição Constitucional da Universidade Jorge Amado (UNIJORGE). Advogado e Árbitro. Contato: academico@ fabioperiandro.adv.br

**FLÁVIO PEREIRA DE JESUS**

Estudante de graduação em direito (UFBA). Membro do Grupo de Pesquisa *O Discurso Jusfundamental da Dignidade da Pessoa Humana* (UFBA).

**GABRIEL DIAS MARQUES DA CRUZ**

Mestre e Doutor em Direito do Estado (USP). Professor Adjunto de Direito Constitucional da UFBA e da Faculdade Baiana de Direito. Coordenador do Grupo de Pesquisa em Controle de Constitucionalidade. Contato: gabriel_dmc@yahoo.com.br

**GILBERTO LOPES TEIXEIRA**

Graduado em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Pós-Graduado em Direito do Trabalho pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Advogado Militante. Palestrante. Articulista. Coordenador do Curso de Direito da Unisociesc em Florianópolis. Professor Universitário nas disciplinas de Direito do Trabalho, Práticas Trabalhistas e Meios Alternativos de Solução de Conflitos. Presidente do Instituto dos Advogados de Santa Catarina (IASC). Vice-presidente do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil. Membro Efetivo da Associação Catarinense de Advogados Trabalhistas (ACAT). Membro Efetivo da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas (ABRAT). Membro da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) e da Casa da Cultura Jurídica (CCJ). Árbitro e Mediador pela Câmara de Arbitragem e Mediação de Santa Catarina (CAMESC). Membro do Conselho da Cervejaria Kairós. Membro do Conselho da Cidade de Florianópolis. Graduado em Licenciatura em Letras Português/Inglês e respectivas Literaturas pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Letras Inglês e Literatura Correspondente (Linguística Aplicada - Análise Discurso Forense) pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Autor de diversos artigos jurídicos e educacionais publicados em livros, jornais, revistas e periódicos. Organizador dos Livros: Comendadores do IASC: Ícones da Advocacia Catarinense. Joaçaba: Editora UNOESC, 2019 e Teixeira, Gilberto Lopes; Júnior, Hélio Gomes Coelho e Martins, Carlos Eduardo Behrmann Rátis (organizadores). A nova Advocacia. Colégio de Presidentes dos Institutos dos advogados do Brasil, 2019.

**GIULIANA VIEIRA DE SÁ CARDOZO**

Aluna do Mestrado do PPGPSC/UCSAL. Registradora de Imóveis e Tabeliã no Estado da Bahia. Mestre em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social pela UCSAL. Pós-Graduada em Direito Notarial e Registral pela Faculdade Baiana de Direito. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela UCSAL. Pós-Graduada em Direito do Trabalho pela UFBA. Doutranda em Planejamento Territorial e Desenvolvimento Social pela UCSAL Pesquisadora integrante do grupo de pesquisa "Ecologia Política, Desenvolvimento e Territorialidades" e do grupo de pesquisa "Territórios em Resistência". Contato: giuliana.cardozo@ucsal.edu.br

**HÉLIO GOMES COELHO JÚNIOR**

Advogado e professor de Direito do Trabalho na PUC- PR. Membro do IAP - Instituto dos Advogados do Paraná e do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil.

**HUGO LEONARDO DE OLIVEIRA NOVAES**

Mestrando em Direito Privado pela UFPE. Especialista em Direito Contratual pela UFPE. E-mails: **hugo.novaes@ufpe.br** e **hugonovadv@hotmail.com**.

**JOÃO GLICÉRIO DE OLIVEIRA FILHO**

Advogado e professor de Direito Empresarial, Mestre e Doutor pela Universidade Federal da Bahia, Especialista em Advocacia Empresarial pelas Faculdades Jorge Amado, Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Contato: **joao@joaoglicerio.com**

**JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO**

Advogado. Presidente Honorário do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil. Titular da cadeira número 5 da Academia Paulista de Letras Jurídicas. Juiz na classe de Jurista do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo.

**JOSEANE SUZART LOPES DA SILVA**

Promotora de Justiça (MPBA). Professora (FDUFBA).

**JULIANA PAIVA COSTA SAMÕES**

Mestranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Graduada em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Pesquisadora do grupo de pesquisa em Direito e Sexualidade da Universidade Federal da Bahia. Analista Judiciário da Justiça Federal - Seção Judiciária da Bahia. Contato: **julianapaivacosta@hotmail.com**

**KEYLA CRISTINA FARIAS DOS SANTOS**

Pós-doutoranda em Direito na Universidade Federal da Bahia - UFBA. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Conselheira Editorial na Revista Eletrônica do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Coordenadora Regional na Amazônia do Centro de Estudos em Direito Internacional – CEDIN. Avaliadora científica do Congresso de Pós-graduação em Direito – CONPEDI. Advogada. Professora de Direito Internacional. Pesquisadora atuante no Grupo de Pesquisa sobre a violação de Direitos Humanos Internacionais da Amazônia. Coordenadora científica do Grupo de Pesquisa New International Law. Bolsista CAPES. **https://orcid.org/0000-0003-3580-2217. Lattes** CNPq: **http://lattes.cnpq.br/4100519828334640**. Contato: **keylafarias@ufpa.br**

**LEANDRO REINALDO DA CUNHA**

Pós-doutor e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Professor Titular-livre de Direito Civil da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Líder do Grupo de Pesquisa Direito e Sexualidade. Contato: leandroreinaldodacunha@gmail.com

**LILIANE NUNES MENDES LOPES**

Mestre em Família na Sociedade Contemporânea pela UCSal. Professora Assistente da UEFS - Universidade Estadual de Feira de Santana – BA. Coordenadora do Projeto de Extensão Mediação Popular e Orientação de direitos. Componente dos grupos de pesquisa Gestão Social Sustentável e as políticas de apoio à família e à paternidade no Brasil (UEFS) e Direitos Fundamentais e Família (UCSal). Contato: **lnmlopes@uefs.br** e @profa_lilianelopes

**MARCELO LANNES**

Advogado. Fundador do Escritório Lannes Consultoria e Advocacia.

**MARIA ELISA VILLAS-BÔAS**

Mestra e Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professora Associada de Ciência Política, Direito Constitucional e Direitos Fundamentais na Faculdade de Direito da UFBa. Professora Convidada no Eixo Ético-Humanístico da Faculdade de Medicina da UFBa. Defensora Pública Federal. Pesquisadora na área de Bioética e Direitos Humanos.

**MARIA EUGÊNIA DO AMARAL KROETZ**

Advogada. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

**MARIA INEZ ARAUJO DE ABREU**

Certificação Profissional Stanford Law School. Mestre em Direito PUC/PR. Conselheira Estadual OAB/PR. Vice-Presidente Comissão de Propriedade Intelectual OAB/PR. Membro do Comitê de Seleção de Locais da Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle (AIPPI). Representante Seccional Paraná da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI). Diretora Seccional Paraná do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (CESA). Membro do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP/PR) desde 2009.

**MARINA LUIZA AMARI**

Mestranda em Direito das Relações Sociais pelo programa de pós-graduação em Direito da UFPR. Membro do Instituto Professor Assis Gonçalves. Sócia do Assis Gonçalves, Kloss Neto, e Advogados Associados.

**MARIO JORGE PHILOCREON DE CASTRO LIMA**

Professor Associado (UFBA). Doutor (UFPE).

**MATHEUS CARNEIRO CARDOSO DA FONSECA**

Mestrando em Políticas sociais e cidadania na UCSAL. Pós graduado em Direito do Consumidor pela UCSAL. Ex-Diretor Jurídico da Associação Baiana de Direito Do Consumidor ABDECON. Membro da Comissão de Proteção e Defesa ao Direito Do Consumidor da OAB/BA. Membro da comissão de Prerrogativas da OAB/BA. Membro Da comissão fiscalizadora do exercício profissional da OAB-BA. Advogado. Bolsista Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado da Bahia, FAPESB.

**MÔNICA NEVES AGUIAR DA SILVA**

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Contato: monicaaguiarpsi@gmail.com

**PATRÍCIA VERÔNICA NUNES CARVALHO SOBRAL DE SOUZA**

Pós-doutora e Doutora em Direito Público (UFBA). Doutora em Educação e Mestra em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Especialista em Direito do Estado e Especialista em Direito Municipal (UNIDERP). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Tiradentes (UNIT). Especialista em Auditoria Contábil pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Professora titular de Graduação e Pós-graduação da Universidade Tiradentes (UNIT). Líder do Grupo de Pesquisa – CNPQ-Direito Público, Educação Jurídica e Direitos Humanos. Diretora Técnica do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe. Contato: **patncss@gmail.com**

**PEDRO LEONARDO SUMMERS CAYMMI**

Professor de Direito Tributário e Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Público (UFBA). Procurador do Município do Salvador. Advogado.

**RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES**

Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma La Sapienza, pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata e pela Università del Salento. Doutor em Direito pela Università del Salento/Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Público e Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia. Professor da Faculdade de Direito da

Universidade Federal da Bahia, Faculdade Baiana de Direito e UNIRUY. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Autor da Editora Saraiva. Contato: ric.mauricio@ig.com.br

**RODOLFO PAMPLONA FILHO**

Juiz Titular da 32a Vara do Trabalho de Salvador/BA. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador — UNIFACS. Professor Associado da graduação e pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Coordenador dos Cursos de Especialização em Direito Civil e em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito. Coordenador do Curso de Pós-Graduação on-line em Direito Contratual e em Direito e Processo do Trabalho da Estácio, em parceria tecnológica com o CERS. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Máster em Estudios en Derechos Sociales para Magistrados de Trabajo de Brasil pela UCLM — Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Membro e Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (antiga Academia Nacional de Direito do Trabalho — ANDT). Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e do Instituto Baiano de Direito do Trabalho. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil, do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam) e do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil).

**SAULO JOSÉ CASALI BAHIA**

Doutor em Direito (PUC-SP, 1999). Professor Associado de Direito Internacional Público na Universidade Federal da Bahia. Juiz Federal (Seção Judiciária da Bahia). Líder do Grupo de Pesquisa sobre Cidadania (PPGD/UFBA). Lattes: **http://lattes.cnpq.br/7398414546353246**. Orcid: **https://orcid.org/0000-0002-3768-3664**. Contato: saulo.bahia@trf1.jus.br

**STEPHANIE SILVA**

Graduanda em Direito (Universidade Federal da Bahia).

**TARCÍSIO ARAÚJO KROETZ**

Presidente do Instituto dos Advogados do Paraná.

**VALDIR FERREIRA DE OLIVEIRA JUNIOR**

Doutor e Mestre em Direito Público (UFBA). Professor convidado nas pós-graduações lato sensu da UFBA, LFG, Juspodivm, FAINOR, UESB e UNIME. Professor de Direito Constitucional da FAINOR – Vitória da Conquista. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.

**ZULENE BARBOSA GOMES**

Graduada em Administração em Marketing. Atuou como Pregoeira no Ministério Público do Estado da Bahia (2012-2014). Advogada. Pesquisadora no Grupo de Análise Econômica do Direito – UFBA. Pós-graduada em Advocacia Pública. Pós-Graduanda em Governança, Riscos e Compliance (Faculdade Baiana de Direito). Pesquisadora em temas de licitações, orçamento público e execução em processo coletivo. Organizadora do Livro Perspectiva em Compliance. Membro apoiador do ICBAHIA. Auditora em formação ISO 19600 e 37001 (Compliance e Sistema de gestão antisuborno). Contato: **zulene.gomes.adv@gmail.com**

# 1

# Deveres Humanos em Situações de Calamidade Sanitária

**ADRIANO SANT'ANA PEDRA**

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Em busca de uma solidariedade mínima entre as pessoas; 3. Justificação dos deveres fundamentais; 4. Deveres fundamentais como normas de textura aberta; 5. Perequação de encargos em situações de calamidade sanitária; 6. Considerações finais; 7. Referências.*

## 1. Introdução

Uma pandemia evidencia o quão conectados os seres humanos estão, apesar de todo o distanciamento, e como precisamos uns dos outros. Somos seres gregários por natureza e a vida em comunidade exige a colaboração de cada indivíduo para que os objetivos comuns sejam alcançados.

Conquanto seja necessário que o Estado, em todos os níveis, adote providências adequadas para conter os males de uma pandemia, elas sempre serão insuficientes. Em muitas situações, a atuação estatal não é suficiente para proteger e promover a saúde das pessoas, o que só ocorrerá com o cumprimento de deveres por parte de outras pessoas. É preciso que cada indivíduo tenha comportamentos responsáveis que atentem para a saúde dos outros, pautados em uma solidariedade que decorre da Constituição e não necessariamente do nosso altruísmo [1].

Os deveres humanos representam esforços que cada um necessita

1. PEDRA, Adriano Sant'Ana. Os deveres humanos. *A Gazeta*, 28 e 29 mar. 2020, p. 21.

realizar em prol de si mesmo, de um familiar e da coletividade, para a satisfação de necessidades essenciais.

Embora as Constituições geralmente estabeleçam deveres em seu texto, tem havido um certo esquecimento das questões relativas aos deveres fundamentais da pessoa humana, e isso ocorre especialmente em razão da influência liberal, com o desprezo da solidariedade, bem como em razão do temor de que esses deveres servissem a regimes autoritários, como forma de reação aos horrores praticados contra a humanidade ao longo da História.

No entanto, a liberdade depende da solidariedade. Pode parecer paradoxal, mas não é: só existe liberdade limitada. E não há liberdade sem responsabilidade.

Muitas pessoas (físicas e jurídicas) subestimam a gravidade de uma situação de calamidade decorrente de uma pandemia e não cumprem as medidas sanitárias necessárias. Não se pode esquecer que todos somos responsáveis pela saúde de todos, e o descumprimento por uma única pessoa coloca em perigo uma coletividade inteira.

Uma pandemia exige esforços excepcionais de cada indivíduo, ou seja, sacrifícios que estão além daquilo que seria exigível em tempos de normalidade. Tal situação exige medidas restritivas de direitos que impõem obrigações de fazer, não fazer ou tolerar. São medidas difíceis para um tempo difícil. Mas são medidas essenciais para a preservação e promoção da saúde das pessoas, para o funcionamento da economia e para a continuidade de nossa vida social.

Este estudo almeja analisar o papel dos deveres humanos na efetivação de direitos e o quanto estes podem ser restringidos em tempos de pandemia [2].

2. Este estudo foi escrito no contexto da pandemia de COVID-19, causada pelo novo coronavírus SARS-CoV-2, assim

A pesquisa leva em conta uma abordagem do dever humano não como um comportamento egoístico ou individualista, mas, sim, sob uma perspectiva em que se respeita e se inclui o outro. Na perspectiva da solidariedade, o comportamento ético faz com que se coloque a serviço do outro, o que resulta na realização dos direitos humanos. Assim, busca-se avaliar a legitimidade da exigibilidade de determinados comportamentos das pessoas em tempos de pandemia com o fim de assegurar direitos fundamentais.

## 2. Em busca de uma solidariedade mínima entre as pessoas

A solidariedade é um termo que traz em si vários significados, com diferentes compreensões na ética, na teoria política e na sociologia [3]. A partir da segunda metade do século XIX a solidariedade começou a ser largamente considerada em sua dimensão normativa, mas foi durante o século XX que a solidariedade se tornou objeto de reflexão político-filosófica [4] e, neste contexto, passou a servir como justificação racional de deveres em situações de necessidade. De fato, será no Estado Social que se institucionalizará a noção de solidariedade [5].

É muito mais fácil ter uma noção intuitiva de solidariedade do que defini-la ou delimitar o seu conteúdo, alcance e aplicação. Trata-se de uma virtude social que pressupõe uma relação de pertencimento e corresponsabilidade que vincula o indivíduo com o grupo social de que forma parte. Sem um mínimo de solidariedade nenhuma sociedade existiria

declarada em 11/03/2020 pela Organização Mundial de Saúde - OMS. No entanto, os aspectos jurídicos aqui tratados também podem ser levados em consideração em outras situações de calamidade sanitária.

3. OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de; SOARES, Ricardo Maurício Freire. O Estado constitucional solidarista e a pandemia de COVID-19: breves delineamentos. *In*: BAHIA, Saulo José Casali. *Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus*. São Paulo: IASP, 2020, p. 275.

4. ROJAS A., Luis Emilio. Dimensiones del principio de solidaridad: un estudo filosófico. *Revista Chilena de Derecho*. v. 46, n. 3, 2019, p. 851.

5. SEGADO, Francisco Fernández. La solidaridad como principio constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*. n. 30, 2012, p. 145.

e estar-se-ia diante do *bellum omnium contra omnes* [6].

A solidariedade impõe obrigações recíprocas entre os indivíduos que integram um determinado grupo. Desde o grupo familiar até toda a comunidade mundial, sem esquecer da solidariedade intergeracional com aqueles que ainda irão nascer, as mais diversas esferas de solidariedade exigirão colaborações recíprocas entre os indivíduos para satisfação de suas necessidades vitais básicas.

As Constituições geralmente estabelecem o princípio da solidariedade, tanto explícita [7] quanto implicitamente. Trata-se de uma solidariedade normativa, que decorre do ordenamento jurídico e não necessariamente do altruísmo de cada um. As pessoas devem ser *solidárias*, e não *solitárias*, porque, além da atuação estatal, são necessários comportamentos positivos e negativas dos indivíduos para a efetivação de direitos fundamentais [8].

Embora haja a necessidade de previsão de direitos fundamentais nas Constituições, para proteção do que é essencial para uma vida condigna [9], nem sempre é possível ser efetivado tudo aquilo que é desejável e merecedor de ser realizado. Como adverte Norberto Bobbio [10], frequentemente são necessárias condições objetivas que não dependem da boa vontade dos que proclamam os direitos, nem das boas disposições dos que possuem os meios para protegê-los.

A satisfação das necessidades essenciais das pessoas depende de esforços de outras pessoas (físicas ou jurídicas), além da atuação do

6. SEGADO, Francisco Fernández. La solidaridad como principio constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*. n. 30, 2012, p. 139-140 e 148.

7. *V.g.*: Constituições da Bélgica (art. 7º), do Brasil (art. 3º, I), da Colômbia (art. 1º), da Itália (art. 2º), de Moçambique (art. 44), da Venezuela (art. 135).

8. PEDRA, Adriano Sant'Ana. Los deberes de las personas y la realización de los derechos fundamentales. *Estudios Constitucionales*, Santiago, a. 12, n. 2, p. 13-28, jul./dez. 2014, p. 16.

9. PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A Constituição viva*: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 177.

10. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 44-45.

próprio Estado [11]. O direito à educação de uma criança, por exemplo, só será plenamente atendido com o cumprimento do dever dos pais ou responsáveis para com a educação desta, o que se dará com atuações como a realização da matrícula na escola, o acompanhamento da frequência e do rendimento escolar, entre outras. Não basta que o Estado forneça escolas, professores, livros, cadernos, transporte e merenda, por exemplo; é preciso que a família participe efetivamente da educação da criança.

O mesmo se pode dizer com o direito à saúde de uma pessoa, que depende de comportamentos dela própria, de sua família e da coletividade, além do próprio Estado. Para aquelas doenças causadas por um arbovírus (como o vírus da febre amarela, da febre do Nilo Ocidental, da dengue, da chikungunya e da zika), que são transmitidos por artrópodes como insetos e aracnídeos, a atuação de todos é importante para que não haja criadouros de vetores (como os mosquitos dos gêneros *Aedes*, *Culex*, *Haemagogus* e Sabethes) que possam transmitir a doença. Da mesma forma, o comportamento das pessoas (ações e omissões) é crucial na propagação de doenças transmissíveis por contato direto ou indireto, algumas com relevante índice de transmissibilidade e letalidade. A exclusiva atuação estatal é, também nessas situações, insuficiente para conter essas doenças.

Assim, deveres fundamentais possuem o importante papel de proteger e promover direitos fundamentais [12]; alguns destes dependem daqueles diretamente (*v.g.* cumprir as determinações sanitárias) enquanto outros dependem indiretamente (*v.g.* pagar tributos). Ademais, em razão da indivisibilidade, da interdependência e da interrelacionaridade dos direitos fundamentais, quando alguém cumpre seus deveres para realizar

11. PEDRA, Adriano Sant'Ana. A importância dos deveres humanos na efetivação de direitos. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (Org.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais*: um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba: UNOESC, 2013, p. 284.

12. PEDRA, Adriano Sant'Ana. Los deberes de las personas y la realización de los derechos fundamentales. *Estudios Constitucionales*, Santiago, a. 12, n. 2, p. 13-28, jul./dez. 2014, p. 16.

direitos de outras pessoas, também realizará direitos de si próprio.

Solidariedade não é caridade. A caridade faz com que uma pessoa ajude outra apenas por amor, sem que a outra tenha o direito de exigir tal comportamento. Por outro lado, a solidariedade (normativa) não é um regalo que se oferta a alguém, mas sim o cumprimento de uma dívida para com o "outro".

A solidariedade impõe um agir que impele a vontade individual e coletiva de buscar conscientemente a satisfação das necessidades básicas do "outro". Como a solidariedade é um comportamento consciente, é um atributo que só pertence às pessoas. É necessário, portanto, ter capacidade para o cumprimento de um compromisso em relação ao "outro" [13].

O "outro" é alguém dentro da esfera de relacionamento do sujeito do dever. Ainda que pareça que as pessoas não estão interligadas de alguma forma, por laços familiares, de amizade, ou profissionais, por exemplo, é necessário verificar o nível de interdependência entre elas. Em uma situação de pandemia, por exemplo, é possível ver o quão conectadas as pessoas estão, porquanto um determinado comportamento inadequado de uma única pessoa, com relação ao descumprimento de determinações sanitárias, é capaz de impactar a saúde de muitas outras pessoas até mesmo em um ponto muito distante no planeta.

Assim, a liberdade deve ceder diante de uma solidariedade mínima indispensável para uma vida condigna. Isso não significa que se esteja vulnerando a liberdade de uma pessoa, mas, muito ao contrário, a solidariedade garantirá a liberdade de todos. Não se trata de uma perspectiva totalitária em que há um altíssimo grau de controle da vida pública e privada. Trata-se de uma renúncia ao egoísmo – que não significa

13. PEDRA, Adriano Sant'Ana. Los deberes de las personas y la realización de los derechos fundamentales. *Estudios Constitucionales*, Santiago, a. 12, n. 2, p. 13-28, jul./dez. 2014, p. 17.

renúncia à liberdade –, em que se deve preservar tanto as liberdades privadas quanto as públicas.

A sociedade que se constrói refratária às concepções solidaristas não é justa nem livre [14], porque a liberdade pressupõe que todos sejam livres. Deve-se colocar à disposição dos grupos mais fracos recursos que permitam o exercício dos direitos fundamentais de maneira satisfatória, a fim de fortalecer a coesão social, o que se contrapõe à ideia liberalismo-individualismo em sua forma absoluta [15]. A solidariedade não pretende alcançar a uniformidade entre todos os indivíduos, mas tão-somente alcançar um mínimo de harmonia em suas condições de vida [16].

A busca por um equilíbrio que acomode as demandas da liberdade e da solidariedade dependerão do contexto em análise. Todo grupo social possui uma escala de valores, o que é importante para a caracterização das diversas sociedades no espaço e no tempo. A preferência por certos valores está relacionada com o reconhecimento da superioridade de um valor em relação ao outro [17]. Embora, no âmbito do indivíduo, cada um estabeleça suas preferências e forme uma hierarquia subjetiva, no domínio da sociedade deve ser estabelecida uma hierarquia comum a todos os seus membros para que o Direito possa proteger cada valor de acordo com sua posição nesta escala.

Por isso, ademais da previsão da solidariedade, as Constituições também estabelecem deveres fundamentais necessários para a proteção de direitos.

---

14. OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de; SOARES, Ricardo Maurício Freire. O Estado constitucional solidarista e a pandemia de COVID-19: breves delineamentos. *In*: BAHIA, Saulo José Casali. *Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus*. São Paulo: IASP, 2020, p. 280.

15. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Deveres fundamentais*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 339.

16. SEGADO, Francisco Fernández. La solidaridad como principio constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*. n. 30, 2012, p. 160.

17. PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A Constituição viva*: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 202-203.

## 3. Justificação dos deveres fundamentais

Em decorrência do objetivo de edificação de uma sociedade livre e solidária, os indivíduos dessa sociedade devem ter comportamentos compatíveis com a realização desses valores. Para José Carlos Vieira de Andrade [18], "a vida jurídica não seria possível sem a imposição de deveres individuais, que estão intimamente associados à interdependência social".

Os direitos não são uma dádiva divina nem frutos da natureza, e não podem ser protegidos senão com cooperação social e responsabilidade individual. As comunidades organizadas estão necessariamente ancoradas em deveres fundamentais, que são os suportes de existência e funcionamento dessa mesma comunidade [19].

Além dos custos financeiros (custos *stricto sensu*), não se pode olvidar a existência de outros custos (custos *lato sensu*) para a manutenção de uma sociedade organizada onde são assegurados os direitos das pessoas, haja vista que existem necessidades que não são supridas apenas com os aportes financeiros, mas dependem de esforços pessoais para a sua satisfação. Assim, os custos "devem integrar previamente a própria concepção do direito (subjetivo) fundamental, isto é, os custos devem ser trazidos para dentro do respectivo conceito" [20].

Daí porque as Constituições estabelecem deveres fundamentais compatíveis com a promoção de direitos fundamentais em uma sociedade organizada. Os deveres fundamentais baseiam-se na Constituição tanto em uma perspectiva *material* quanto *formal*.

18. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 167.

19. NABAIS, José Casalta. Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais, Coimbra, Coimbra, 2007, p. 175-176.

20. GALDINO, Flávio, Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, p. 235.

Assim, por um lado, a *fundamentalidade material* leva em conta a relevância do dever no sentido de suprir as necessidades básicas essenciais de uma pessoa – de si, de outrem ou da coletividade – e volta-se à proteção e promoção de direitos fundamentais [21].

É possível afirmar que os deveres fundamentais estão diretamente ligados à necessidade de as pessoas – seres gregários por natureza – viverem em comunidade, a qual exige a contribuição de todos para que os objetivos comuns sejam alcançados [22]. De fato, os autores que se debruçam sobre o tema dos deveres fundamentais destacam que é preciso compreendê-los não como um contraponto ou mitigador de direitos, senão como um promotor destes [23]. Segundo José Casalta Nabais,

Os deveres fundamentais constituem uma categoria jurídico-constitucional própria colocada ao lado e correlativa da dos direitos fundamentais, uma categoria que, como correctivo da liberdade, traduz a mobilização do homem e do cidadão para a realização dos objectivos do bem comum [24].

Embora constitua uma categoria autônoma, os deveres fundamentais são correlacionados com os direitos fundamentais, haja vista que estes são tanto limitados quanto assegurados por aqueles [25]. Neste momento, é importante mencionar o conceito de dever fundamental adotado neste estudo:

21. PEDRA, Adriano Sant'Ana. A importância dos deveres humanos na efetivação de direitos. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (Org.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais*: um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba: UNOESC, 2013, p. 286.

22. SCHWAN, Felipe Teixeira; PEDRA, Adriano Sant'Ana. A democracia brasileira e o dever fundamental de votar. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (org.). *Direitos fundamentais*: pesquisas. Curitiba: CRV, 2011, p. 178.

23. PEDRA, Adriano Sant'Ana. Los deberes de las personas y la realización de los derechos fundamentales. *Estudios Constitucionales*, Santiago, a. 12, n. 2, p. 13-28, jul./dez. 2014, p. 18.

24. NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009, p. 64.

25. DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. *In*: BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. *Direitos e deveres fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 18.

Dever fundamental é uma categoria jurídico-constitucional, fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais àqueles submetidos a uma determinada ordem democrática, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais [26].

De fato, é justificável o vínculo entre direitos e deveres fundamentais, pois o direito de um indivíduo leva ao surgimento de pelo menos um dever para os demais [27], seja o dever de não impedir a realização do direito ou até mesmo o dever de promovê-lo.

Por outro lado, é necessária uma previsão constitucional (*fundamentalidade formal*) acerca dos deveres fundamentais em espécie, pois estes devem ser estabelecidos por normas com força jurídica própria da supremacia constitucional [28]. Segundo Gregorio Peces-Barba Martínez, o dever jurídico tem que estar reconhecido por uma norma pertencente ao ordenamento [29]. Esse é um fundamento lógico, haja vista a necessidade de previsão na Constituição, criada pelo poder constituinte (originário ou derivado) e comprometida com a soberania popular, daquelas normas que protegem e restringem direitos fundamentais (em circunstâncias normais ou excepcionais).

Merece ser destacado que a Constituição pode estabelecer deveres fundamentais tanto explícitos como implícitos. O registro textual de deveres expressos impede controvérsias acerca de sua existência – embora haja necessidade de interpretação quanto ao seu conteúdo e alcance –, mas

26. Conceito cunhado coletivamente pelos membros do Grupo de Pesquisa "Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais" (2013), coordenado pelos professores Adriano Sant'Ana Pedra e Daury Cesar Fabriz, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

27. GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Deveres fundamentais: a ressocialização enquanto dever do próprio apenado. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. *Direitos fundamentais*: pesquisas. Curitiba: CRV, 2011, p. 209.

28. PEDRA, Adriano Sant'Ana. A importância dos deveres humanos na efetivação de direitos. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (Org.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais*: um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba: UNOESC, 2013, p. 285.

29. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los deberes fundamentales. *Doxa*. n. 4. 1987, p. 335.

não se deve pensar que os deveres explícitos seriam um rol *numerus clausus* no texto constitucional. Como os deveres se prestam para assegurar os direitos, é possível admitir a existência de deveres não escritos, que podem ser lidos nas entrelinhas do texto constitucional.

Nesse sentido, José Carlos Vieira de Andrade [30] afirma que há deveres fundamentais não escritos que decorrem da obediência de todos os indivíduos "a um conjunto de princípios axiológicos e deontológicos que regem as suas relações com os outros e com a sociedade em que necessariamente vivem". Também acerca deste tema, José Afonso da Silva [31] afirma que uma Constituição não precisa fazer uma declaração de deveres paralela à declaração de direitos, pois os deveres decorrem destes.

Ademais, tal como ocorre com os direitos, podem existir outros deveres decorrentes dos tratados internacionais [32] em que o país seja parte [33], o que nos remete à ideia de *bloco de constitucionalidade* [34]. De fato, o estabelecimento de deveres humanos no plano internacional [35] muito contribui para a proteção dos direitos, porquanto compromissos internacionais nesse sentido reduzem as possibilidades de "guerra

30. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 167.

31. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 198.

32. PEDRA, Adriano Sant'Ana. Deveres humanos fundamentais estabelecidos em tratados internacionais firmados pelo Brasil. In: CYRINO, Rodrigo Reis; NEVES, Rodrigo Santos (coord.). *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, v. 1, p. 161-170.

33. Vide, por exemplo, os deveres perante a sociedade previstos no artigo XXIX da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, em Bogotá, no ano de 1948: "O indivíduo tem o dever de conviver com os demais, de maneira que todos e cada um possam formar e desenvolver integralmente a sua personalidade".

34. VIEIRA, Pedro Gallo; PEDRA, Adriano Sant'Ana. O rol de deveres fundamentais na Constituição como *numerus apertus*. *Derecho y Cambio Social*. a. X. v. 31. jan./mar. 2013, p. 9.

35. A Fundação José Saramago e a Universidade Nacional Autônoma do México (UNAM) fizeram a proposta de uma "Carta Universal de Deveres e Obrigações dos Seres Humanos", inspirada no discurso que José Saramago proferiu em 1998, na ocasião da entrega do Prêmio Nobel de Literatura, da qual se pode destacar: "XIII. 1. Todas as pessoas temos o dever e a obrigação de cuidar da nossa saúde, assim como de fazer uma utilização racional e responsável dos serviços de saúde. 2. Todas as empresas e empregadores têm o dever e a obrigação de velar por condições de salubridade no trabalho. 3. Todas as pessoas têm o dever de exigir prestações de saúde de carácter gratuito e universal assim como a regulação adequada do preço dos medicamentos. 4. Todas as empresas farmacêuticas e médicas têm o dever e a obrigação de partilhar o conhecimento científico e técnico e de fixar o preço dos medicamentos de forma a não impedir o acesso a condições básicas de saúde pela população. 5. Todas as pessoas, organizações económico-empresariais e organizações sociais e culturais, têm o dever e a obrigação de distribuir equitativamente os alimentos e de evitar o desperdício com vista à erradicação da fome."

fiscal" entre os países (mitigação do dever de pagar tributos que coloca Estados em uma terrível posição de barganha com a finalidade de captar investimentos externos), de racismo ambiental (mitigação do dever de proteção do meio ambiente natural e o impacto desproporcional dos riscos para comunidades étnicas minoritárias), de terrorismo laboral (mitigação do dever de proteção do meio ambiente do trabalho, no que concerne a normas de saúde, higiene e segurança, e o aumento dos riscos inerentes ao trabalho, motivado pelo terror de desemprego em uma sociedade), e até mesmo de uma pandemia (mitigação do dever de zelar pela saúde pública e falta de consenso internacional sobre as medidas sanitárias necessárias, de acordo com o estado atual da ciência).

Diversas Constituições estabelecem expressamente o dever de zelar pela saúde pública [36], bem como o dever de zelar pelo meio ambiente saudável [37] (natural e artificial) [38], o que abrange obrigações de *respeitar* (abster-se de interferir direta ou indiretamente no gozo do direito à saúde), *defender* (adotar medidas que impeçam a interferência de outras partes) e *promover* (impulsionar ações para a plena realização do direito à saúde).

Assim, é preciso ter a compreensão do alcance do dever fundamental e analisar quais condutas podem ser exigidas das pessoas.

## 4. Deveres fundamentais como normas de textura aberta

As normas constitucionais que estabelecem deveres fundamentais são, em geral, normas com baixa densidade normativa, o que, aliás, é

36. Exemplos: Brasil (art. 198, III), Cabo Verde (art. 70, 1), Colômbia (art. 95, 2), El Salvador (art. 65), Guatemala (art. 95), Honduras (art. 145), Itália (art. 32), Macedônia (art. 39), Moçambique (art. 89), Nicarágua (art. 59), Panamá (art. 109), Paraguai (art. 68), Peru (art. 7º), Portugal (art. 64), São Tomé e Príncipe (art. 50, 1) Timor Leste (art. 57, I), Uruguai (art. 44) e Venezuela (art. 83).

37. Exemplos: Angola (art. 39, 1), Argentina (art. 41), Bolívia (art. 108, 16), Brasil (arts. 7º, XXII, 200, VIII, e 225), Cabo Verde (art. 72,1), Colômbia (art. 95, 2), Costa Rica (art. 66), Guatemala (art. 77), Haiti (art. 52-A, h), Moçambique (art. 90), Polônia (art. 86), Portugal (art. 66, 1) e São Tomé e Príncipe (art. 49, 1).

38. Vide: STF, ADI nº 3540/DF.

próprio das normas constitucionais [39].

De fato, em razão de sua natureza e função, os textos constitucionais são mais abertos do que aqueles textos que veiculam os demais comandos jurídicos. A natureza da linguagem constitucional faz com que as normas apresentem maior abertura, maior grau de abstração e, consequentemente, menor densidade jurídica [40]. A linguagem utilizada pela Constituição é dotada de um elevado grau de abstração semântica que "autoriza o operador normativo a atuar com maior grau de liberdade na fixação da extensão e da profundidade dos institutos inseridos no corpo da Norma Fundamental" [41]. Em razão de sua própria estrutura e função, "a norma constitucional quase sempre aparece mais indefinida e fragmentária do que as demais normas dos sistemas jurídicos dogmáticos modernos" [42].

Ao deixar, conscientemente, de regular certas tarefas, ao optar por uma técnica normativa de normas abertas, a Constituição torna-se um instrumento democrático que possibilita confrontações políticas [43]. Além disso, a abertura do sistema constitucional significa a incompletude e a provisoriedade do conhecimento científico [44]. Um jurista, como qualquer cientista, deve estar preparado para colocar em causa o sistema até então elaborado, para alargá-lo ou modificá-lo com base em uma melhor consideração. Com este intuito, a textura aberta da linguagem constitui uma vantagem, porque considera tanto a necessidade de certeza quanto a necessidade de deixar certas questões em aberto para que sejam apreciadas no tempo adequado.

39. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Deveres fundamentais*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 330. Vide também: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 63.

40. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 107-108.

41. SANTOS, Sergio Roberto Leal dos. *Manual de teoria da Constituição*. São Paulo: RT, 2008, p. 195.

42. ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 218.

43. PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Mutação constitucional*: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2012, p. 35.

44. CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p. 106.

O sistema jurídico deixa várias possibilidades em aberto e não contém ainda qualquer decisão sobre qual dos interesses em jogo é o de maior valor, mas deixa a decisão de determinação da posição relativa dos interesses a um ato de produção normativa que ainda será posto.

José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira [45] comentam que o dever de promover e defender a saúde [46] tem como objeto tanto a saúde própria como a saúde dos outros (saúde pública). Como se trata de um dever jurídico, pode fundamentar obrigações legais de fazer (como obrigatoriedade de vacinação [47]) ou de não fazer (como proibição de fumar em lugares públicos), cujo descumprimento pode acarretar consequências no âmbito penal. Para ambos os autores, embora seja questionável a justificação do dever de cuidar da própria saúde, ele não suscita dúvidas quando estiver em causa a defesa da saúde alheia – quando se tratar de uma doença contagiosa, por exemplo.

O legislador infraconstitucional deve estabelecer os comportamentos obrigatórios que o indivíduo deve seguir para proteger os correspondentes direitos fundamentais que serão protegidos por tais obrigações. A inércia do legislador para estabelecer os comportamentos obrigatórios que o indivíduo deve seguir acaba por prejudicar os direitos fundamentais que deveriam ser protegidos por tais obrigações.

Não é correto dizer que os deveres fundamentais previstos na Constituição são uma mera recomendação. Os deveres fundamentais são exigíveis, inclusive judicialmente, para assegurar sua implementação.

45. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed./1. ed. Coimbra/São Paulo: Coimbra/RT, 2007, v. I, p. 826.

46. Dever previsto no artigo 64, *caput*, da Constituição portuguesa: "Todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover".

47. Há muita divergência sobre a obrigatoriedade de vacinação. Um exemplo de atuação do povo, nas ruas, contra a pretensão do Estado de promover a vacinação obrigatória, é a Revolta da Vacina, ocorrida na cidade do Rio de Janeiro, em 1904. Cf. PAULA, Rodrigo Francisco de. *Estado de emergência na saúde pública e intervenção estatal na vida privada*: para além da invasão e da revolta. 2016. Faculdade de Direito de Vitória (FDV): Tese de Doutorado, p. 124 e seg.

Sempre que possível e necessário, as normas constitucionais que veiculam deveres fundamentais podem ter aplicação direta, ou seja, sem a intermediação do legislador ordinário [48], através de uma interpretação constitucional que assegure a máxima efetividade e eficácia da norma constitucional, de acordo com suas potencialidades, e, portanto, a própria força normativa da Constituição. Nesse sentido, o cumprimento de um dever pode ser judicializável e o seu descumprimento implica no sofrimento de algum prejuízo.

Não obstante, a mediação legislativa será necessária para a imposição de uma punição por descumprimento de algum dever [49], pois normalmente tais penalidades não são previstas no texto constitucional [50]. A previsão de punição é importante, porque é um elemento coercitivo, mas não é imprescindível para a eficácia de um dever fundamental. Mas, mesmo que não haja punições, podem existir outras consequências jurídicas em decorrência do descumprimento de um dever fundamental, haja vista a sua normatividade.

A legislação infraconstitucional deve dispor, então, sobre a exigibilidade de certos comportamentos em tempos de pandemia. Para tanto, a lei deve levar em consideração o estágio atual do conhecimento científico bem como o princípio da precaução. Quando há ameaças de danos ao meio ambiente ou à saúde humana, medidas de precaução [51] devem ser tomadas, mesmo se algumas relações de causa e efeito não estiverem plenamente estabelecidas cientificamente.

48. Em sentido contrário: CHULVI, Cristina Pauner. *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 49. Ver também: RUBIO LLORENTE, Francisco. Los deberes constitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. a. 21. n. 62. mai./ago. 2001, p. 21. Cf. ainda: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 66.

49. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 244.

50. BERNARDO SEGUNDO, Ronaldo Louzada; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Limites ao dever de tolerância. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. *Direitos fundamentais*: pesquisas. Curitiba: CRV, 2011, p. 203.

51. Declaração de Wingspread (EUA, 1998).

Em razão da situação de calamidade sanitária, a lei pode exigir dos indivíduos, então, comportamentos que não seriam exigíveis em outras situações, tais como medidas de distanciamento social, confinamento, quarentena, uso de máscara, restrição de entrada e saída do país, e requisição de bens e serviços [52] para atender demandas decorrentes da pandemia. Em razão do descumprimento das medidas sanitárias estabelecidas, a lei pode prever desde punições administrativas pecuniárias até punições criminais [53].

No entanto, alguns deveres podem ser menos exigidos em razão de uma pandemia, como por exemplo, o dever de coabitação entre casais [54], quando um indivíduo está demasiadamente exposto ao contágio, ou ainda o dever de um dos pais visitarem os filhos que não estejam sob sua guarda [55], a despeito do dever fundamental de cuidar dos filhos. Da mesma forma, o dever fundamental dos pais de educar os filhos [56] deve levar em consideração a situação pandêmica no que concerne à presença das crianças nas escolas [57]. Não obstante, há uma deverosidade mínima [58], que decorre de toda e qualquer norma constitucional indispensável à proteção da dignidade da pessoa humana, que não deve ser desconsiderada, sob pena de um prejuízo irreparável ao direito fundamental associado [59].

Algumas obrigações possuem até mesmo autorização constitucional

52. No Brasil, muitas dessas condutas estão previstas na recente Lei nº 13.979/2020.

53. O Código Penal brasileiro de 1940 prevê diversos crimes contra a saúde pública, como infringir determinação do Poder Público destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa (art. 268) e praticar intencionalmente ato capaz de produzir o contágio (art. 131). Ademais, Lei nº 1.521/1951 estabelece diversos crimes contra a economia popular, entre os quais provocar alta de preços por meios artificiosos (art. 3º).

54. Dever conjugal previsto nos artigos 1.566, I, e 1.576 do Código Civil brasileiro. Não obstante, parece haver uma tendência em certos lugares do mundo de desconsiderar o dever de viver junto.

55. Artigo 1.589 do Código Civil brasileiro.

56. Artigo 229 da Constituição brasileira.

57. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996, art. 6º), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990, art. 55), e Código Penal (art. 246).

58. RÁTIS MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann. *Introdução ao estudo sobre os deveres fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 81.

59. RÁTIS MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann. Dever geral de recolhimento domiciliar em tempos de coronavírus. *In*: BAHIA, Saulo José Casali. *Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus*. São Paulo: IASP, 2020, p. 56-57.

para serem exigidas em situações excepcionais [60], como é o caso de impostos extraordinários [61] ou de empréstimos compulsórios [62], para fazer face a despesas decorrentes dessas situações, embora seja necessária bastante cautela na implementação de tais obrigações em um período de economia combalida.

## 5. Perequação de encargos em situação de calamidade sanitária

O dever imposto a um indivíduo não deve corresponder a um esforço exorbitante para ele. Mesmo em decorrência da ideia de solidariedade não se pode impor ao sujeito do dever um sacrifício extraordinário – ou desproporcional – com o fim de salvaguardar determinado direito [63]. Somente será possível exigir do sujeito do dever um "sacrifício trivial" [64].

O ônus imposto ao sujeito do dever não pode ser excessivo – exorbitante –, o que é uma vedação relativa e que deve ser aferida no caso concreto, nunca em abstrato, ponderando-se o que se busca alcançar com aquela obrigação imposta [65].

Em geral, é possível exigir que alguém salve uma criança que esteja se afogando à sua frente, em uma piscina rasa, mas o mesmo não pode ser exigido se o afogamento ocorre em um mar revolto, porque, neste caso, o sujeito do dever colocaria sua vida em risco. É preciso ainda conhecer as

60. Ver, a propósito: SARLET, Ingo Wolfgang. PEDRA, Adriano Sant'Ana. Democracia e "emendismo" em tempos de pandemia. *Revista Consultor Jurídico (Conjur)*, São Paulo, 26 abr. 2020.

61. Constituição brasileira: "Art. 154. A União poderá instituir: [...] II - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação.".

62. Constituição brasileira: "Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios: I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; [...]".

63. PEDRA, Adriano Sant'Ana. A importância dos deveres humanos na efetivação de direitos. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (Org.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais*: um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba: UNOESC, 2013, p. 287.

64. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Los deberes positivos generales y su fundamentación. *Doxa*. n. 3. 1986, p. 17.

65. PEDRA, Adriano Sant'Ana. Los deberes de las personas y la realización de los derechos fundamentales. *Estudios Constitucionales*, Santiago, a. 12, n. 2, p. 13-28, jul./dez. 2014, p. 19.

habilidades de natação do sujeito do dever para saber o que pode dele ser exigido. O crime de omissão de socorro (artigo 135 do Código Penal) deve ponderar a situação concreta.

Dessa forma, a trivialidade do esforço dependerá não apenas do sujeito do dever como também do contexto em que se busca proteger os direitos fundamentais que dependem do referido dever [66]. Assim, por um lado, é possível falar em *ponderação subjetiva*, que leva em consideração a capacidade [67] do indivíduo de cumprir os comportamentos que lhe são exigidos. Por outro, o contexto é importante para mensurar o quanto é necessário ser exigido de cada um, e por isso também se deve considerar uma *ponderação objetiva* [68].

Uma mesma obrigação pode ser um sacrifício trivial para um indivíduo e um sacrifício exorbitante para outro. E, para o mesmo indivíduo, uma obrigação pode sacrificar pouco ou demasiadamente a depender do contexto envolvido. Por exemplo, uma carga tributária poder ser excessiva ou não, a depender da capacidade contributiva do indivíduo (*ponderação subjetiva*) ou a depender de haver ou não uma calamidade de grande proporção (*ponderação objetiva*).

É necessário haver equidade na onerosidade assumida por cada pessoa, sobretudo naquelas situações em que o ônus incide especificamente em alguns poucos indivíduos, e tem a coletividade como sua beneficiária. É o que muitas vezes ocorre com o dever de zelar pela saúde pública e com o dever de zelar pelo meio ambiente saudável. Em muitos casos, as obrigações de *respeitar* (abster-se de interferir direta ou indiretamente no gozo do direito

66. PEDRA, Adriano Sant'Ana. Los deberes de las personas y la realización de los derechos fundamentales. *Estudios Constitucionales*, Santiago, a. 12, n. 2, p. 13-28, jul./dez. 2014, p. 19.

67. Vide *v.g.* o artigo 135 da Constituição da Venezuela.

68. PEDRA, Adriano Sant'Ana. A importância dos deveres humanos na efetivação de direitos. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (Org.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais*: um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba: UNOESC, 2013, p. 288.

à saúde), *defender* (adotar medidas que impeçam a interferência de outras partes) e *promover* (impulsionar ações para a plena realização do direito à saúde) incidem intensamente sobre um ou poucos indivíduos mas beneficiam toda uma coletividade. Normas de biossegurança e medidas de prevenção e controle da doença têm um custo muito alto e recaem sobre indivíduos ou grupos específicos. Mas é importante lembrar que todos (universalidade dos deveres) têm o dever de zelar pela saúde pública e pelo meio ambiente sadio, na medida de suas capacidades (igualdade material dos deveres). Assim, o ordenamento jurídico deve prever, tanto quanto possível, a redistribuição desses sacrifícios com os demais indivíduos da sociedade.

A perequação deve levar em consideração aspectos distributivos de justiça e isonomia, com a identificação de encargos excessivos e a redistribuição destes de forma equitativa, inclusive com mecanismos de compensação. É o que acontece, por exemplo, quando há uma redução da carga tributária nas hipóteses de manutenção de reservas florestais (dever fundamental de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no artigo 225 da Constituição). Tais compensações devem ocorrer para que a sociedade também arque com tais ônus ao financiar a proteção de tais bens constitucionalmente protegidos.

Embora, em tempos de pandemia, haja uma deverosidade excepcional, é preciso atentar para a redistribuição dos encargos, especialmente para que os grupos mais vulneráveis não tenham que suportar sacrifícios exorbitantes, além de todas as dificuldades decorrentes das crises sanitária, econômica e social.

## 6. Considerações finais

Os deveres fundamentais representam a responsabilidade comunitária que as pessoas assumem ao integrar uma comunidade organizada, o que as tornam livres e responsáveis. Em tempos de pandemia, os deveres humanos devem ser vistos sob uma perspectiva excepcional, haja vista que o contexto de calamidade sanitária interfere na onerosidade do dever. Não obstante, de qualquer forma, o Estado não pode agigantar-se e tolher a liberdade do indivíduo, da mesma forma como aquele não pode deixar de exigir a responsabilidade deste.

Para muitos indivíduos, palavra "dever" ainda remete à ideia de limitação de direitos, castração de liberdades individuais e autoritarismo estatal [69]. De fato, os deveres fundamentais restringem as liberdades das pessoas a quem o dever é imposto. Contudo, o enfrentamento do tema dos deveres fundamentais tem servido para mostrar o outro lado da moeda: os deveres prestam-se para realizar direitos fundamentais. Ademais, a consolidação dos estudos sobre os deveres fundamentais evidencia a necessidade de ponderar o sacrifício de cada pessoa para que não haja exorbitância nas prestações positivas ou negativas exigidas do sujeito do dever [70].

As pessoas cumprem o seu dever e adequam o seu comportamento quando percebem que as prestações que lhe são exigidas são legítimas.

Por que os norte-americanos obedecem às leis? Por que a maioria dos cidadãos norte-americanos, a maior parte do tempo, adapta voluntariamente seu comportamento aos ditames de complexas normas jurídicas, paga seus

69. TAVARES, Henrique da Cunha; PEDRA, Adriano Sant'Ana. As obrigações tributárias acessórias e a proporcionalidade na sua instituição: uma análise a partir da teoria dos deveres fundamentais. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. a. 21. v. 109. mar./abr. 2013. p. 203-223. Vide também: TAVARES, Henrique da Cunha; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Obrigações tributárias acessórias na perspectiva do dever fundamental de contribuir com os gastos públicos: uma reflexão acerca dos critérios para sua instituição. In: ALLEMAND, Luiz Cláudio da Silva (coord.). *Direito tributário*: questões atuais. Brasília: OAB, 2012, p. 170.

70. Vide *v.g.* os artigos 347 e 406 do Código de Processo Civil: "Art. 347. A parte não é obrigada a depor de fatos: I - criminosos ou torpes, que lhe forem imputados; II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo. Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de filiação, de desquite e de anulação de casamento". "Art. 406. A testemunha não é obrigada a depor de fatos: I - que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau; II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo".

impostos, comparece ao tribunal quando convocada para o júri e acata as ocasionais decisões errôneas de autoridades do Executivo, do Legislativo e do Judiciário? Para dar uma resposta completa à "questão da obediência", seria preciso nos referirmos aos hábitos, à imitação, à deferência, ao respeito pelas normas, à solidariedade social e ao poder coercitivo do Estado. Mas, além de tudo isso, o cidadão comum não obedecerá rotineiramente às leis se também não as perceber como legítimas. E isso significa que precisa perceber que os ônus impostos pelas leis são partilhados de modo mais ou menos equitativo entre toda a população [71].

Entretanto, no Brasil, verifica-se a ausência de um sentimento constitucional em razão de um cenário legislativo distante da realidade social e de raízes herdadas do processo de colonização, com a imposição das normas do ordenamento jurídico pelos governantes, sem qualquer interação ou manifestação social, gerando um sentimento de não pertencimento [72].

Em muitos países, a atuação desconcertada sobre as políticas públicas de enfrentamento da pandemia – em níveis local, regional, nacional e internacional – fez com que a população ficasse desorientada, questionasse as determinações sanitárias e tivesse divergências a respeito da necessidade e adequação das medidas adotadas.

Os indivíduos geralmente não respeitam as leis se não as reconhecem como legítimas. E isso significa que o indivíduo deve reconhecer que os encargos moderados que lhe são atribuídos são distribuídos de forma mais ou menos equitativa e contribuem para a efetivação de direitos fundamentais de si próprio, de seus familiares ou da coletividade da qual faz parte.

71. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos*: por que a liberdade depende dos impostos. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 147.

72. SANTOS, André Filipe Pereira Reis dos; FITTIPALDI, Paula Ferraço; BINDA, Rosana Júlia. O problema da legitimidade social do direito e da justiça numa sociedade desigual: considerações sociológicas a partir da realidade brasileira. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. v. 13. n. 13. jan./jun. 2013, p. 248.

Os deveres humanos fundamentais não exigem mais do que é necessário. E um momento de calamidade sanitária exige de cada indivíduo comportamentos excepcionais, que não seriam dele exigíveis em tempos de normalidade. Mas a situação de pandemia e o bem comum que se busca proteger conduzem à compreensão da trivialidade do sacrifício. A solidariedade deve prevalecer diante do egoísmo de muitas pessoas que hesitam em seguir as medidas restrições sanitárias impostas.

## 7. Referências

ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

BAHIA, Saulo José Casali. *Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus*. São Paulo: IASP, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

BERNARDO SEGUNDO, Ronaldo Louzada; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Limites ao dever de tolerância. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. *Direitos fundamentais*: pesquisas. Curitiba: CRV, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed./1. ed. Coimbra/São Paulo: Coimbra/RT, 2007, v. I.

CHULVI, Cristina Pauner. *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Deveres fundamentais*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel. *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2011.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Os deveres fundamentais e a solidariedade nas relações privadas. *In*: BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. *Direitos e deveres fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

GALDINO, Flávio, Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Los deberes positivos generales y su fundamentación. *Doxa*. n. 3. 1986.

GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Deveres fundamentais: a ressocialização enquanto dever do próprio apenado. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. *Direitos fundamentais*: pesquisas. Curitiba: CRV, 2011.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos*: por que a liberdade depende dos impostos. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009.

NABAIS, José Casalta. Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais, Coimbra, Coimbra, 2007.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de; SOARES, Ricardo Maurício Freire. O Estado constitucional solidarista e a pandemia de COVID-19: breves delineamentos. *In*: BAHIA, Saulo José Casali. *Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus*. São Paulo: IASP, 2020.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los deberes fundamentales. *Doxa*. n. 4. 1987.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A Constituição viva*: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. A importância dos deveres humanos na efetivação de direitos. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (Org.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais*: um diálogo Brasil e Alemanha. Joaçaba: UNOESC, 2013.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Deveres humanos fundamentais estabelecidos em tratados internacionais firmados pelo Brasil. In: CYRINO, Rodrigo Reis; NEVES, Rodrigo Santos (coord.). *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, v. 1.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Los deberes de las personas y la realización de los derechos fundamentales. *Estudios Constitucionales*, Santiago, a. 12, n. 2, p. 13-28, jul./dez. 2014.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Mutação constitucional*: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2012.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Os deveres humanos. *A Gazeta*, 28 e 29 mar. 2020, p. 21.

RÁTIS MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann. Dever geral de recolhimento domiciliar em tempos de coronavírus. *In*: BAHIA, Saulo José Casali. *Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus*. São Paulo: IASP, 2020.

RÁTIS MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann. *Introdução ao estudo sobre os deveres fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011.

ROJAS A., Luis Emilio. Dimensiones del principio de solidaridad: un estudo filosófico. *Revista Chilena de Derecho*. v. 46, n. 3, 2019.

RUBIO LLORENTE, Francisco. Los deberes constitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*. a. 21. n. 62. mai./ago. 2001.

SANTOS, André Filipe Pereira Reis dos; FITTIPALDI, Paula Ferraço; BINDA, Rosana Júlia. O problema da legitimidade social do direito e da justiça numa sociedade desigual: considerações sociológicas a partir da realidade brasileira. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. v. 13. n. 13. jan./jun. 2013.

SANTOS, Sergio Roberto Leal dos. *Manual de teoria da Constituição*. São Paulo: RT, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Democracia e "emendismo" em tempos de pandemia. *Revista Consultor Jurídico (Conjur)*, São Paulo, 26 abr. 2020.

SCHWAN, Felipe Teixeira; PEDRA, Adriano Sant'Ana. A democracia brasileira e o dever fundamental de votar. In: BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (org.). *Direitos fundamentais*: pesquisas. Curitiba: CRV, 2011.

SEGADO, Francisco Fernández. La solidaridad como principio constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*. n. 30, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TAVARES, Henrique da Cunha; PEDRA, Adriano Sant'Ana. As obrigações tributárias acessórias e a proporcionalidade na sua instituição: uma análise a partir da teoria dos deveres fundamentais. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. a. 21. v. 109. mar./abr. 2013.

TAVARES, Henrique da Cunha; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Obrigações tributárias acessórias na perspectiva do dever fundamental de contribuir com os gastos públicos: uma reflexão acerca dos critérios para sua instituição. In: ALLEMAND, Luiz Cláudio da Silva (coord.). *Direito tributário*: questões atuais. Brasília: OAB, 2012.

VIEIRA, Pedro Gallo; PEDRA, Adriano Sant'Ana. O rol de deveres fundamentais na Constituição como *numerus apertus*. *Derecho y Cambio Social*. a. X. v. 31. jan./mar. 2013.

# 2

# A Questão das Locações Durante a Pandemia da Covid-19: Notas Sobre a Experiência Portuguesa

**ADROALDO AGNER ROSA NETO**

**MARINA LUIZA AMARI**

*SUMÁRIO: 1. Colocação do problema; 2. A questão da locação em Portugal: um panorama; 3. A legislação emergencial portuguesa - Lei 1-A/2020, Decreto 2-B/2020 e Lei 4-C/2020; 4. Uma comparação: o contexto brasileiro; 5. Conclusão; 6. Referências.*

## 1. Colocação do problema

A trágica pandemia da Covid-19 ceifou centenas de milhares de vidas ao redor do mundo. As medidas para sua contenção atingem, direta ou indiretamente, todas as pessoas. Os impactos em cada uma das esferas da existência cotidiana são gravíssimos. As influências recíprocas entre tais esferas só potencializam a complexidade da situação. É o caso da ligação entre locação, economia e Direito dos Contratos.

No Brasil, a falta de regramento particular e unificado sobre os aluguéis nesta época crítica tem ensejado tratamento díspar pela jurisprudência. Em muitos casos, os Tribunais, por meio de vários fundamentos, vêm concedendo liminarmente a redução ou até a suspensão de pagamentos. A solução, questionável sob o ponto de vista dogmático e econômico, invariavelmente esquece de estipular o básico. Quando e como

os valores referentes aos meses suspensos serão quitados? O silêncio das decisões é alarmante. Gera insegurança e incerteza tanto ao locador quanto ao locatário. Ao primeiro, por deixar-lo à deriva quanto ao recebimento de valores contratualmente ajustados, certo até poucos dias antes, e que, muitas vezes, é sua vital fonte de renda. Ao segundo, por submetê-lo ao risco de ter de arcar, futuramente, com a soma de todo o numerário, acrescido, se não de juros, ao menos corrigido monetariamente em uma provável execução judicial, já que a suspensão não implica em remição.

O cenário exige reflexões sobre a estrutura e a função de novos e velhos institutos jurídicos e, consequentemente, de suas eficácias sobre as relações públicas e privadas. Daí ser louvável a iniciativa do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil em estimular, mediante chamada de artigos, o estudo de assunto tão urgente e relevante.

Fonte abundante para ponderações é a comparação entre as opções nacionais e de outros países. Como anota Rodolfo Sacco, a comparação, enquanto sublinha as diferenças entre modelos jurídicos, permite conhecê-los melhor e contribui para o aperfeiçoamento do Direito nacional [1]. E há muito o que se comparar. No contexto internacional, vários países promulgaram leis emergenciais para regular as relações jurídicas durante a crise generalizada.

Citem-se, exemplificativamente, a *Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht* [2] alemã, o *Cura Italia* [3] e o Decreto-Lei 4-C/2020 português [4]. Este último, em especial, estabelece "*regime excecional para as situações de mora no pagamento*

1. SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Trad. de Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.34 e ss.

2. A versão em inglês da lei está disponível em <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/Bgbl_Corona-Pandemie_EN.pdf;jsessionid=888A091 4BA9B45BCE009DB D7753CA27B.1_cid289?__blob=publicationFile&v=2>. Acesso em 09/05/2020.

3. O texto normativo está disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/17/20G00034/sg>. Acesso em 15/05/2020.

4. O texto normativo está disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/131193441/details/maximized>. Acesso em 14/05/2020.

*da renda devida nos termos de contratos de arrendamento urbano habitacional e não habitacional, no âmbito da pandemia COVID-19*". Trata-se, portanto, de diploma específico e detalhado para reger as relações locatícias urbanas no período pandêmico. É sobre ele que o presente artigo se detém.

Dividido em três grandes partes, o texto desenha, primeiro, um panorama sobre a questão da locação em Portugal. Tracejando sua evolução legislativa e tratamento dogmático, aponta as diferenças terminológicas com o modelo brasileiro. Em seguida, descreve as grandes linhas do regramento emergencial lusitano. Na terceira parte, faz-se breve apanhado do contexto brasileiro das locações em meio à adversidade da Covid-19, comparando-o com a experiência portuguesa.

## 2. A questão da locação em Portugal: um panorama

À semelhança do que acontece no Brasil, em Portugal, a locação, notadamente a locação imobiliária, desempenha importante função econômica. Tanto por satisfazer a necessidade de moradia [5] quanto por facilitar o exercício de atividades empresariais [6] . Por um lado, permite ao titular de direito de gozo obter renda a partir da concessão, temporária, desse direito. De outro, permite a quem não tem condições de adquirir um bem imóvel, a possibilidade de fruição do gozo desse bem por valor inferior ao da aquisição. [7]

Com uma maior intensidade que nossa [8] , o tratamento legislativo português da matéria alterou-se profundamente ao longo do século XX.

5. Conforme Rodrigo Xavier Leonardo: "[...] a habitação constitui um bem voltado para a satisfação de uma necessidade básica do sujeito, qual seja, a moradia" (LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 38).

6. GARCIA, Maria Olinda. Editorial - importância e complexidade do arrendamento urbano: a incerteza de uma casa portuguesa? *In*: *Revista Eletrónica de Direito*, n.º 3, out. 2017, p. 02.

7. MENEZES LEITÃO, Luís. *Arrendamento urbano*. 9ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2019, p. 09.

8. O Prof. José Carlos Moreira Alves anota as mudanças legislativas na matéria de locações em: MOREIRA ALVES, José Carlos. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. *In*: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 88, a. 1993, p. 222.

Os inúmeros diplomas normativos, cerca de 300 até a década de 1960, retiraram a unidade científica e sistemática da locação estabelecida pelo Código Seabra. As razões das mudanças foram variadas. Primeiro em função da urbanização crescente e os apelos populistas da República recém instaurada. Depois, pelos efeitos da Primeira Grande Guerra. Nas décadas seguintes, por um sem número de influências de ordens política, econômica e social [9].

O Código Civil de 1966 unificou, como seu antecessor, o regime do instituto. Porém, o regramento centralizado durou pouco. Oito anos depois, o Decreto-Lei n.º 201/1975 retirou do Código a normatização do arrendamento rural. Esta foi revista pelo legislador português em 1988 [10] e 1999 [11]. Vida mais longa tiveram as disposições sobre arrendamento urbano. Permaneceram ali até o grande marco regulatório de 1990: o Regime do Arrendamento Urbano (RAU), instituído pelo Decreto-Lei 321-B.

Diferente da estabilização trazida pela nossa Lei de Locações [12] a partir de 1990, Portugal continuou vivendo seu regime de "permanente transitoriedade", segundo feliz expressão da Prof. Maria Olinda Garcia [13]. O RAU foi modificado logo. Em 1993 [14], depois em 1995 [15] e duas vezes em 2000 [16].

Em 2006, há a aprovação do chamado Novo Regime do Arrendamento

9. A Exposição de Motivos do Decreto-Lei 321-B/1990 faz um apanhado geral sobre o desenvolvimento legislativo e suas razões de fundo. Na doutrina, consulte-se: MENEZES LEITÃO, **Ob**. **Cit**., p. 14 e ss.

10. Decreto-Lei n.º 385/1988.

11. Decreto-Lei n.º 524/1999.

12. Lei n.º 8.245/1990.

13. GARCIA, Maria Olinda. Alterações em matéria de arrendamento urbano introduzidas pela Lei n.º 12/2019 e pela Lei n.º 13/2019. *In*: *Revista Julgar*, mar. 2019, p. 24. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2019/03/20190305-JULGAR-Altera%C3%A7%C3%B5es-em-mat%C3%A9ra-de-arrendamento-Leis-12_2019-e-13_2019-Maria-Olinda-Garcia.pdf>. Acesso em 14/05/2020.

14. Decreto-Lei 278/1993.

15. Decreto-Lei 257/1995.

16. Decreto-Lei 64-A/2000 e Decreto-Lei 329-B/2000, existindo uma diferença de oito meses entre os dois.

Urbano (NRAU). A Lei n.º 06/2006 devolve ao Código Civil o tratamento centralizado da matéria. A disciplina do Código, nada obstante, incide apenas sobre os contratos firmados durante sua égide. Os eventuais pactos anteriores e ainda vigentes regulam-se pelos respectivos diplomas normativos, criando um complexo regime transitório [17].

O instituto da locação tem suas grandes linhas estabelecidas no Livro II - Direito das Obrigações, Título II - dos contratos em especial, Capítulo IV - Locação, art. 1022º e seguintes do atual Código Civil português. Após definir locação no artigo de abertura, distingue-se entre arrendamento e aluguer no art. 1023º, conforme seu objeto seja um bem móvel ou imóvel: "[a] locação diz-se arrendamento quando versa sobre coisa imóvel, aluguer quando incide sobre coisa móvel", ainda que na linguagem comum, como anota Almeida Costa, não seja raro falar-se em "aluguer de casa" [18], tal qual constava no Título XXIII das Ordenações Filipinas [19]. A diferenciação foi inaugurada pelo art. 1596º do Código Seabra, de 1867 [20].

O arrendamento desdobra-se em variadas espécies. Há o arrendamento urbano, destinado à habitação, regulado pelos arts. 1092º e ss., ou a fins não habitacionais, previsto nos arts. 1108º e ss. O arrendamento rústico, apresenta as categorias de arrendamento rural, quando destinado à atividades agrícolas, pecuárias ou florestais, regulado pelo Decreto-Lei 249/2009, e arrendamento rústico não rural que, quando não sujeito a regime especial, se pauta no regramento do arrendamento urbano.

17. Para uma exposição sintética do regime de transição instituído pelo NRAU, cfr. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções fundamentais de direito civil.* 5ªed. revista e actualizada com a colaboração de António Alberto Vieira Cura. Coimbra: Edições Almedina, 2009, n. 2, p. 379-380.

18. COSTA, *Ob. Cit.*, p. 375.

19. Consultamos: ALMEIDA, Candido Mendes de. *Codigo Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal:* recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I - Livro 4. décima-quarta edição segundo a primeira edição de 1603 e a nona de Coimbra de 1824, com diversas notas philologicas, historicas e exegeticas, em que se indicão as diferenças entre aquellas edições e a vicentina de 1747 ... desde 1603 ate o prezente. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870, p. 803.

20. Consultamos: PAÚL, Gaspar Loureiro D'Almeida Cardoso. *Código Civil Portuguez Annotado.* Porto: Livraria Internacional, 1879, p. 247.

> A terminologia - e aqui se faz um parêntesis - soa estranha aos ouvidos brasileiros. Para nós, a palavra "locação" designa tanto os contratos que tenham por objeto os bens móveis quanto imóveis [21]. "Arrendamento", por seu turno, é vocábulo utilizado, usualmente, em referência à locação de imóveis rurais [22]. Já "aluguer" ou "aluguel", indica a retribuição paga pelo locatário ao locador [23]. Ainda, este binômio "locador-locatário", comum entre nós, tem como equivalente "senhorio-arrendatário" nos contratos de arrendamento lá.

Em grandes linhas, as obrigações entre locador e locatário não diferem muito das nossas. O locador deve (i) entregar ao locatário a coisa locada e (ii) assegurar-lhe o gozo desta para os fins a que a coisa se destina (art. 1031º). Já o locatário está obrigado a (i) pagar a renda; (ii) permitir o exame da coisa locada pelo locador; (iii) não utilizar a coisa em fim diverso daqueles a que se destina; (iv) não fazer uma utilização imprudente do bem; (v) tolerar as reparações urgentes, bem como quaisquer obras ordenadas pela autoridade pública; (vi) não proporcionar a terceiro o gozo total ou parcial da coisa por meio de cessão onerosa ou gratuita da sua posição jurídica, sublocação ou comodato, salvo permissão legal ou autorização do locatário; (vii) comunicar ao locador, dentro de quinze dias, a cessão do gozo da coisa por algum dos referidos títulos, quando permitida ou autorizada; (viii) comunicar o locador sempre que tenha conhecimento de vícios na coisa,ou saiba que a ameaça algum perigo ou que terceiros se arrogam direitos em relação a ela, desde que o fato seja ignorado pelo locador; (ix) restituir a coisa locada findo o contrato (art. 1038º).

Se houver mora no pagamento da renda, há multa de 20% sobre o valor devido, nos termos expressos do art. 1041º. Por evidente, sendo a

---

21. O art. 565 do Código Civil de 2002 utiliza o termo "coisas", de maneira genérica, portanto: Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

22. GRASSI NETO, Roberto. *Contratos agrários*. Santo André: ESETec, 2007, p. 125.

23. Código Civil de 2002, art. 569. O locatário é obrigado:
[...]
II - a pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados e, em falta de ajuste, conforme o costume.
[...]

retribuição um dos elementos categoriais do contrato de locação, seu inadimplemento leva à resolução contratual se for superior a três meses (art. 1083º). Permite-se, conquanto, que o locatário obste a resolução pagando a soma total devida, acrescida da multa, no mesmo prazo que tem para contestar, caso o término contratual seja pleiteado judicialmente. Quando o direito de resolução for exercido extrajudicialmente, a impedimento da resolução se dá com o pagamento da dívida em até um mês, contado do recebimento da comunicação sobre o inadimplemento do locatário (arts. 1048ºe 1084º).

Embora seja esse o regramento atualmente em vigor, não é o mesmo trazido pelo NRAU. O modelo de 2006 sofreu modificações relevantes [24] em 2012 [25], 2017 [26] e em 2019 [27]. O saldo geral de todas essas alterações, operadas em movimento pendular, ora protegendo mais os interesses do arrendatário, ora os do senhorio, não é bem visto. Sobre o tema, anota Maria Olinda Garcia que as frequentes revisões das normativas de relações duradouras por natureza, como a locação, unida a uma técnica legislativa um tanto obscura, "[...] dificulta a sedimentação de conceitos na aplicação dos regimes legais pelos operadores judiciários, e não facilita a segurança e previsibilidade nas relações contratuais" [28].

É em meio a este ambiente historicamente tumultuado da experiência locatícia portuguesa que a Lei 4-C/2020, além da Lei 1-A/2020 e do Decreto 2-B/2020, criam um regime emergencial durante a pandemia. É o que passamos a descrever.

24. Sobre essas alterações, além dos outros trabalhos já citados da autora, cfr. GARCIA, Maria Olinda. Alterações ao regime substantivo do arrendamento urbano - apreciação crítica da reforma de 2012. *In*: *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a.72, n.2-3, abr.-set.2012, p.691-713.

25. Lei n.º 31/2012.

26. Lei n.º 43/2017.

27. Lei n.º 12/2019 e Lei n.º 13/2019.

28. GARCIA, *Alterações em matéria de arrendamento urbano… Cit.*, p. 25.

## 3. A legislação emergencial portuguesa - Lei 1-A/2020, Decreto 2-B/2020 e Lei 4-C/2020

A Lei 1-A/2020, promulgada em 19 de março, conteve disposições gerais sobre variados temas que se tornaram urgentes em razão da pandemia. Devido à importância do contrato de arrendamento e sua relação com o direito à moradia, o art. 7º, 10, previu a suspensão das demandas de despejo *"(...) quando o arrendatário, por força da decisão judicial final a proferir, possa ser colocado em situação de fragilidade por falta de habitação própria"*.

A legislação emergencial determinou a suspensão da produção de efeitos da denúncia em ambas as modalidades de arrendamento, habitacional e não habitacional. Por meio do Decreto 2-B/2020, foi obstada a possibilidade de resolução e denúncia do contrato. De mesmo modo, impede-se o ajuizamento de despejo em caso de fechamento de estabelecimento em razão da pandemia, para arrendamento não habitacional ou outras formas contratuais de exploração de imóveis.

Em 06 de abril de 2020, Portugal editou um regramento específico sobre arrendamento, instaurando regras transitórias a esses contratos pelo tempo que durar a situação emergencial da Covid-19. Por meio da Lei nº 4-C/2020 adotou um *"regime excepcional para as situações de mora no pagamento da renda devida nos termos de contratos de arrendamento urbano habitacional e não habitacional, no âmbito da pandemia COVID-19"*.

Para fins de modulação dos efeitos, a Lei nº 4-C/2020 toma como termo inicial os vencimentos a partir do dia 01 de abril de 2020 e pretende se estender até o fim do estado emergencial.

Com um regramento minucioso acerca de possíveis impactos da pandemia nos contratos de arrendamento, a Lei nº 4-C/2020 é dividida, principalmente, em três eixos. Respeitada a divisão clássica do art. 1.067,

1, do Código Civil português [29], são apartadas as disposições acerca do arrendamento urbano habitacional, e não habitacional. É dedicado capítulo especial, igualmente, às entidades públicas que "arrendam" imóveis.

De uma maneira geral, a lei emergencial permite que, em determinados casos adiante explicitados, o arrendatário possa suspender o pagamento das parcelas mensais para pagamento posterior e de maneira fracionada. Essa regra vale tanto para os arrendamentos habitacionais quanto para os não habitacionais.

No caso de arrendamento habitacional, são duas as hipóteses de incidência. A primeira, estabelece que a *postergação* do pagamento poderá se dar se o arrendatário sofrer decréscimo no importe de 20% dos rendimentos familiares. A segunda, se a renda a ser paga ao senhorio corresponder a 35% ou mais da receita familiar.

Contudo, para que essa medida seja implementada é imprescindível que o arrendatário informe ao senhorio a impossibilidade de se efetuar o pagamento, com cinco dias de antecedência do vencimento. Necessário, igualmente, que haja comprovação da situação de dificuldade. Preza-se, pois, pela boa-fé, e intenta-se afastar comportamentos oportunistas.

Desse modo, considerando uma queda significativa no rendimento mensal, conforme a lei, é possível a paralisação do pagamento e a sequencial diluição desse valor não pago nos doze meses subsequentes ao término do estado emergencial, em parcelas mensais não inferiores a um duodécimo (8.33%).

Nesse contexto, o senhorio terá direito à resolução contratual apenas se o arrendatário não adimplir o montante devido no período de um ano após o final do estado de emergência. Isto é, após o período da crise, o

29. Art. 1.067, Cód. Civil "1- O arrendamento urbano pode ter fim habitacional ou não habitacional".

arrendatário *deve* compensar o que deixou de pagar nas datas aprazadas (art. 4º). Do contrário, o contrato é extinto.

É ofertada ao arrendatário a possibilidade de contratação de empréstimos bancários sem juros, para auxílio no pagamento dos aluguéis, por meio de requerimento a ser apresentado ao Instituto de Habitação e da Reabilitação Urbana (IHRU) - instituto público integrado à administração indireta de Portugal. Benefício emergencial semelhante também se estende ao senhorio que comprovadamente suportar 20% de queda de seu rendimento.

No arrendamento não habitacional, a medida é idêntica: postergação e diluição do pagamento no prazo de 12 meses e na fração mínima de um duodécimo. A lei abrange no tipo *arrendamento não habitacional* as atividades comerciais em geral, e a prestação de serviços, incluídos os eletrônicos.

Numa tentativa de proteção dos arrendatários e, também, em prol da manutenção contratual, é estabelecido que a falta de pagamento não poderá ser invocada como causa para extinção do negócio jurídico, nem para ajuizamento de ação de despejo (art. 9º).

Obsta, ainda, a imposição de qualquer outra penalidade que se refere à mora. Disposição semelhante havia sido prevista pelo Decreto 2-C, no tocante ao arrendamento habitacional.

É explicitado que o atraso no pagamento das parcelas não ensejará a aplicação da indenização de 20% prevista no art. 1.041, 1, do Código Civil português, regra válida para ambas as modalidades de arrendamento.

Por fim, denota-se que o tratamento dos arrendamentos firmados em face de entidades públicas difere daquelas acima explicitadas. Além de permitir a cobrança de multas por atraso no pagamento, a lei estabelece que "[...] *as entidades públicas com imóveis arrendados* [...] *podem* [...] *reduzir*

*as rendas aos arrendatários que tenham, comprovadamente, uma quebra de rendimentos superior a 20 % face aos rendimentos do mês anterior ou do período homólogo do ano anterior, quando da mesma resulte uma taxa de esforço superior a 35 % relativamente à renda"*.

Em linhas simples, há uma preocupação maior em preservar o ente público. No caso do arrendamento público, verificados os requisitos, não há uma moratória automática, como ocorre na relação entre privados. O poder público tem a *faculdade* de conceder uma redução na renda, explícita pela utilização do verbo *podem*.

Como se vê, questionável ou não sob o ponto da política legislativa, fato é que Portugal criou normativa própria sobre a questão do pagamento dos aluguéis neste momento de crise. Há, assim, previsibilidade e certeza quanto à matéria. Cenário diverso é o nosso, como indicado a seguir.

## 4. Uma comparação: o contexto brasileiro

Mesmo não existindo uma compilação adequada dos números, a experiência tem mostrado um aumento na quantidade de demandas discutindo locação. É natural. Espera-se isso no desafiador momento atual. Ponto importante a se considerar, neste cenário, é que os institutos jurídico tradicionais ou não respondem adequadamente às peculiaridades das situações que se impõem, como a completa exoneração do devedor por caso fortuito/força, ou exigem certo refinamento teórico para lhes fazerem frente, como a revisão contratual.

A doutrina desdobra-se para contribuir com o aperfeiçoamento das soluções dentro do sistema vigente. Nos veículos eletrônicos especializados, a partir do mês de março, uma grande quantidade de textos foi publicada. A par da enxurrada de trabalhos pouco refletidos, alguns autores

conseguiram apontar caminhos dogmaticamente adequados para enfrentar os problemas. Porém, seguindo a crise geral da autoridade doutrinária, pouco ou nada ecoaram na jurisprudência.

O Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado (RJET), aprovado em 14 de maio pela Câmara dos Deputados, por seu turno, forneceu menos respostas do que poderia, se comparado ao texto lusitano.

O RJET cuida apenas de restrições nas liminares de despejo. Impede sua concessão nas hipóteses do art. 59, §1º, incisos I, II, V, VII, VIII e IX, em ações ajuizadas a partir do dia 20 de março de 2020. Incluindo, assim, a impossibilidade de liminar por falta de pagamento. Não há, todavia, regulamentação sobre a moratória ou redução no pagamento dos aluguéis, como na legislação portuguesa, o que facilitaria a continuação dos contratos no momento pós-pandemia.

Não se pode deixar de notar a timidez deste posicionamento, que contrasta com nosso *dirigismo contratual* em matéria de locações, menor do que o de Portugal, mas ainda assim bem acentuado. Basta lembrarmos que a Lei 8245/1990 representa, ao lado do Código de Defesa do Consumidor, um diploma no qual a intervenção judicial é produto de política legislativa, considerando que "[...] na locação imobiliária ordinariamente existe uma grande assimetria que desprivilegia o locatário em relação ao locador".

Assim, os termos do Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado, como aprovado pela Câmara, acirra os ânimos entre locadores e locatários e não indica solução quando da retomada dos despejos. A tendência, acredita-se, será o mero represamento dos pedidos até o final do período excepcional. Logo em seguida, sua retomada será acompanhada por pedidos de cobrança quanto aos meses

inadimplidos. O que não deve acontecer em Portugal.

Ocorre que, o mero inadimplemento e o consequente despejo, ainda que postergado, não parece ser a primeira opção dos locatários. A crise é passageira e o intento de retomar a normalidade da vida cotidiana tende a ser a alternativa preferível. As ações distribuídas por eles, destarte, buscam a revisão dos valores devidos, diminuindo-os, ou a suspensão mesma do pagamento dos aluguéis.

Neste tocante, o Regime Jurídico Emergencial e Transitório parece não indicar pautas melhores para auxiliar o Poder Judiciário. Só afirma que o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou a substituição do padrão monetário podem ser considerados fatos imprevisíveis para os fins de revisão de contratos locação (art. 7º, §1º).

Porém, o mecanismo de revisão do contrato de locação, a *ação revisional de aluguel*, contém requisito próprio para seu ajuizamento: o prazo de três anos de vigência do contrato ou do último acordo (art. 19, Lei do Inquilinato). Requisito excludente, pois nem todas as locações estão abrangidas na hipótese normativa.

Disso surge a indagação: os contratos de locação com menos de três anos de vigência não estariam sujeitos à revisão, ainda que se note perturbação na base contratual? O que fará o Poder Judiciário, em casos como esses? Predomina, assim, uma incerteza sobre a possibilidade de revisão desses contratos e sobre o fundamento dado pelos Tribunais para tanto. A tendência parece ser a revisão, independentemente do disposto na Lei do Inquilinato.

Neste contexto, o Poder Judiciário ganha protagonismo. A falta de parâmetros legislativos objetivos e uniformes quanto à uma opção que permita a manutenção contratual por aqueles que tiveram sua capacidade

financeira reduzida pela crise, transfere à jurisprudência o estabelecimento de soluções. Decisões recentemente publicadas caminham ou no sentido da redução do valor da locação ou da concessão da suspensão.

De um lado, simplesmente suspende-se sem estabelecer se, quando e como os pagamentos suspensos serão pagos. De outro, revisa-se o valor dos aluguéis de forma arbitrária. O montante das reduções não segue qualquer parâmetro. Há decisões concedendo diminuições de 80%, 60% ou 50%. As fundamentações, em ambos os casos, são escassas, na contramão do que indica a autorizada doutrina processualista civil para o período.

A par de possibilitar tratamento divergente a casos semelhantes, o caminho que a jurisprudência vem trilhando abre margem para oportunismos. Locatários de má-fé, que não sofreram reveses significativos em sua capacidade econômica, podem pleitear a revisão e/ou suspensão e o pior, diante da falta de critérios, podem conseguir. O problema do comportamento oportunista não está restrito às ações envolvendo locações. Atinge outras relações jurídicas, como envolvendo o pagamento de alimentos. Não sem razão, advertiu Marília Pedroso Xavier que os "magistrados terão, mais do que nunca, a missão de separar o joio do trigo, de afastar comportamentos oportunistas que pegam embalo na pandemia".

Veja-se, então, que a legislação portuguesa se antecipa a maioria dos problemas levados ao Poder Judiciário do Brasil. Em Portugal, não há a necessidade de ajuizar uma demanda com fins de suspender o pagamento ou revisar o aluguel, porque a lei lá já define os casos nos quais a falta de pagamento poderá se dar. E, consequentemente, define as hipóteses nas quais não é possível. E o mesmo pode se dizer quanto às questões de extinção do contrato. O contraste é nítido.

## 5. Conclusão

Em tempos de crise, Brasil e Portugal foram diligentes ao lançarem-se na difícil tarefa de formular legislações provisórias para contenção dos impactos da pandemia, especialmente no setor das locações.

Denota-se, contudo, que a legislação emergencial portuguesa é mais específica e abrange os principais problemas enfrentados no contexto deficitário que se vive. Tratando de matérias como a ação de despejo, possibilidade ou não de extinção contratual, e, principalmente, disciplinando os efeitos jurídicos da falta de pagamento comprovadamente decorrente da pandemia, facilita a continuidade e planejamento do programa contratual durante e depois da crise.

A legislação brasileira, em outro vértice, oferta um regime transitório mais tímido. Regula apenas a impossibilidade de concessão de liminares de despejo na maioria das hipóteses previstas pela Lei do Inquilinato e reitera seu mecanismo de revisão contratual. A questão mais polêmica, a do pagamento dos aluguéis, é deixada para o Poder Judiciário. Neste tocante, o vácuo legislativo e a confusão no manejo dos institutos têm resultado em decisões díspares e sem modulação eficacial para o período pós-pandemia. O resultado é a insegurança e incerteza nessa espécie tão importante de relação jurídica que é a locação.

Por evidente, isso não significa que opção portuguesa está livre de problemas. A prática jurisprudencial lusitana é que revelará a efetividade das medidas adotadas. Mas, por ser um modelo diferente, serve para fomentar a reflexão acerca de nossa postura diante da crise.

## 6. Referências

ALMEIDA, Candido Mendes de. *Codigo Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal*: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I - Livro 4. décima-quarta edição segundo a primeira edição de 1603 e a nona de Coimbra de 1824, com diversas notas philologicas, historicas e exegeticas, em que se indicão as diferenças entre aquellas edições e a vicentina de 1747 ... desde 1603 ate o prezente. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções fundamentais de direito civil*. 5ªed. revista e actualizada com a colaboração de António Alberto Vieira Cura. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 375.

GARCIA, Maria Olinda. Alterações ao regime substantivo do arrendamento urbano - apreciação crítica da reforma de 2012. *In*: *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, a.72, n.2-3, abr.-set.2012, p.691-713.

_____. Importância e complexidade do arrendamento urbano: a incerteza de uma casa portuguesa? *In*: *Revista Eletrónica de Direito*, n.º 3, out. 2017.

_____. Alterações em matéria de arrendamento urbano introduzidas pela Lei n.º 12/2019 e pela Lei n.º 13/2019. *In*: *Revista Julgar*, mar. 2019, p. 1-25. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2019/03/20190305-JULGAR-Altera%C3%A7%C3% B5es-em-mat %C3%A9ra-de-arrendamento-Leis-12_2019-e-13_2019 Maria-Olinda-Garcia.pdf>. Acesso em 14/05/2020.

GRASSI NETO, Roberto. *Contratos agrários*. Santo André: ESETec, 2007.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. O contrato "built to suit". In: CARVALHOSA, Modesto. *Tratado de direito empresarial*. t. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 421-456.

_____. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MENEZES LEITÃO, Luís. *Arrendamento urbano*. 9ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2019.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. *In*: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 88, a. 1993, p. 185-238.

PAÚL, Gaspar Loureiro D'Almeida Cardoso. *Código Civil Portuguez Annotado*. Porto: Livraria Internacional, 1879.

PUGLIESE, William Soares. Como aplicar a Teoria dos Precedentes a um momento sem precedentes? *In*: *Revista Consultor Jurídico*, 05/05/2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mai-05/direito-civil-atual-aplicar-teoria-precedentes-momento-precedentes>. Acesso em 15/05/2020.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *In*: *Revista dos Tribunais*, v. 99, n. 891, jan. 2010, p. 65-106.

_____. Otavio Luiz. Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2006.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Trad. de Véra Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SIMÃO, José Fernando. "O contrato nos tempos da Covid-19". Esqueçam na força maior e pensem na base do negócio. *In*: *Migalhas*, 03/04/2020. 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 15/05/2020.

XAVIER, Marília Pedroso. Como evitar oportunismos nas revisionais de alimentos na pandemia. *In*: *Revista Consultor Jurídico*, 15/04/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-15/direito-civil-atual-evitar-oportunismos-revisionais-alimentos>. Acesso em 15/05/2020.

# 3

# A Liberdade de Credo em Tempos de Pandemia

**AGENOR DE SOUZA SANTOS SAMPAIO NETO**

*"As coisas de Deus e as coisas de César desde sempre necessitaram de regulação no ambiente cultural da civilização a que se costuma chamar ocidental"* (Paulo Ferreira da Cunha).

*SUMÁRIO: A Liberdade de Credo em Tempos de Pandemia; Referências.*

A pandemia do coronavírus (COVID-19) não tem precedentes na história. Diante dessa perplexidade, ainda mais em decorrência de um mundo globalizado, o ser humano passou a rever os seus valores, inclusive espirituais, de modo a aprofundar a sua relação com o divino, para se posicionar diante desse cenário totalmente imprevisto e extraordinário, dados alarmantes nesse período pandêmico, como o aumento da violência doméstica e o aumento de mais de 40% (quarenta por cento) no número de divórcios, segundo dados da Justiça baiana.

A religião, conforme alerta Moutouh e Rivero (2006, p. 522) é fenômeno complexo [em um mundo globalizado] e que se apresenta difícil de apreender plenamente em relação ao exterior. Para esses autores a religião "(...) afirma a existência de realidades sobrenaturais, a cujo respeito o homem está em situação de dependência; organiza as relações que essa dependência postula. O homem religioso adere a essa afirmação, adota essa organização de suas relações como o sobrenatural". A liberdade

de credo ou a liberdade de crença, portanto, insere-se como um dos mais importantes direitos fundamentais do cidadão. Os direitos fundamentais foram desenvolvidos por meio de um longo processo histórico, fundam-se em valores essenciais para a vida comunitária, sendo de extrema importância para a evolução de uma sociedade.

Os direitos fundamentais, ainda nessa nova ordem, são direitos subjetivos e garantidos constitucionalmente que tem como objetivo a realização do princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2004). De acordo com o pensamento de Bulos (2008, p. 404):

> Direitos Fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente do credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social. Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive. Os direitos fundamentais são conhecidos sob os mais diferentes rótulos, tais como direitos humanos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, liberdades fundamentais, liberdade públicas etc.

Podemos afirmar, desse modo, que a proteção desses direitos — com tal *bias* de promoção da convivência pacífica — é o núcleo essencial da democracia constitucional: quanto maior proteção dos direitos fundamentais, maior o grau de democracia de uma sociedade (GONET BRANCO, 2000). A declaração de direitos, portanto, em seu sentido atual, pressupõe a vinculação estratégica de todos os poderes estatais.

Os direitos fundamentais caracterizam-se pela sua historicidade e assumiram novas dimensões com o desenvolver do mundo. A evolução dos direitos humanos acompanha o processo histórico, as lutas sociais, os regimes políticos e os progressos da economia e da ciência. Nesse sentido,

encontramos o grau de sua amplitude e coerência ontológica para emprego dos direitos fundamentais em relação a toda pessoa e qualquer situação, conforme o pensamento de Araújo, pois tal retrata o nível e conquista de sua historicidade, abrangente de todos os desiguais (2019, p. XXIV):

> É lógico que essas transgressões (pequenas e grandes) afrontam a concretização dos direitos fundamentais, em se considerando tanto a possessão de bens quanto a sua falta, por parte de um sujeito singular e concreto, e isso vale até mesmo para quem esteja sendo processado criminalmente.

A liberdade de credo encontra tratamento aprofundado na Constituição Brasileira de 1988 [1], trata-se de um direito fundamental que exterioriza a própria dignidade humana. É um direito fundamental da primeira dimensão que impõe ao Poder Público a não interferência nessa esfera da vida do indivíduo, [2] em termos de profissão de fé.

Ao comentar a Constituição de 1946, Pontes de Miranda (1960) já alertava que a liberdade de crença é um direito fundamental que independe de qualquer escalonamento e essencial para garantir um Estado Democrático de Direito.

A constituição de Portugal assegura em seu art. 41 que a (i) A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável, (ii) Ninguém pode ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa, (iii) Ninguém pode ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente

1. A liberdade de credo religioso está presente no art. 5o, caput e incisos VI, VII, VIII; art. 143, §1º, art. 19, I; art. 150, VI, b; art. 210, § 1º e art. 226, §2º.

2. Nesse sentido o autor lusitano Paulo Ferreira da Cunha (2017, p. 106) chama a atenção que "Ainda que outro valor não tivessem, ao menos como patrimônio cultural não poderiam as religiões ser menosprezadas nem minimizadas pelo Estados. Um tal erro custaria muito caro a qualquer sociedade e mais ainda – deve sublinhar-se – a uma sociedade que se queira republicana e, como tal, laica". O referido autor ainda destaca que no regime soviético marxista-leninista mesmo com a tentativa do Estado de sufocar as religiões, uma vez findo o estado socialistas, essas religiões, "(...) como coisa natural que eram, voltaram a galope".

identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder, (iv) As igrejas e outras comunidades religiosas estão separadas do Estado [3] e são livres na sua organização e no exercício das suas funções e do culto, (v) É garantida a liberdade de ensino de qualquer religião praticado no âmbito da respectiva confissão, bem como a utilização de meios de comunicação social próprios para o prosseguimento das suas actividades.

Neste particular, o Supremo Tribunal Federal possui um *leading case* sobre a questão da liberdade de ensino religioso que residiu no julgamento da ADIN 4.439/DF no qual a Procuradoria Geral da República (PGR) questionava trechos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) e do acordo firmado entre Brasil e a Santa Sé (Decreto 7.107/2010) que permitia o ensino confessional nas escolas públicas brasileiras quanto ao sentido e alcance de tal direito.

A PGR argumentou na inicial da ADIN 4.439/DF que as aulas de ensino religioso nas escolas públicas de ensino fundamental deveriam ter dimensão laica e voltada para a doutrina das diversas religiões, ou seja, o que se convencionou chamar de modelo não confessional, de modo que em tais raias não seria permitido a contratação de docentes vinculado a alguma religião.

Nessa ADIN 4.439/DF, por maioria, 6 (seis) votos a 5 (cinco), foi decidida em 27/09/2017 a constitucionalidade do ensino confessional na rede pública de ensino brasileira, e, portanto, a improcedência da ADIN proposta pela PGR, conquanto tenha sido registrado que o ensino religioso nas escolas públicas é facultativo.

Na referida ADIN a maioria formada no Voto condutor do Ministro Alexandre de Moraes argumentou que os alunos que fizeram a opção

3. Também para Jorge Miranda "Sem plena liberdade religiosa, em todas as suas dimensões — compatível, com diversos tipos jurídicos de relações das confissões religiosas com o Estado — não há plena liberdade política. Assim como, em contrapartida, aí, onde falta a liberdade política, a normal expansão da liberdade religiosa fica comprometida ou ameaçada". (1988, p. 438).

por cursar a disciplina ensino religioso poderão escolher a sua crença preferida, e, portanto, ter professores vinculados a sua religião para efeito de ministrarem aulas sobre o tema, conforme argumentou o Ministro Alexandre de Moraes: "(...) quem ensina religião, os dogmas, são aqueles que acreditam na própria fé e naqueles dogmas. Ora, um exército de professores que lecionam preceitos religiosos, alguns contraditórios escolhidos pelo Estado, não configuram ensino religioso".

Por sua vez, a minoria, conforme o Voto do Ministro Luís Roberto Barroso baseou-se no caráter não confessional do ensino religioso, entendendo pela proibição de serem contratados professores enquanto representantes das religiões para efeito de lecionar aulas sobre ensino religioso. Dado esse modelo não confessional, "(...) a disciplina consiste na exposição neutra e objetiva da prática, história e dimensão social das diferentes religiões, incluindo posições não religiosas", num reducionismo de seu sentido e alcance.

Ainda sobre questões ligadas à liberdade de credo, o STF também decidiu que "um dos aspectos da liberdade religiosa é o direito que o indivíduo possui de não apenas escolher qual a religião irá seguir, mas também de fazer proselitismo religioso", vale dizer, ficou decidido no Excelso Pretório que o convencimento de as demais pessoas se converterem à sua religião não representa ilegalidade, conforme restou assentado no RHC 134682/BA, julgado em 29/11/2019, da Relatoria do Ministro Edson Fachin.

Neste panorama da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, importante decisão é aquela que protege a diversidade religiosa em situações de profissão de fé em face de intolerância religiosa e diz respeito ao entendimento firmado no RHC 146303/RJ, da Relatoria do Ministro Dias Toffoli: "a incitação ao ódio público contra quaisquer denominações religiosas e seus seguidores não está protegido pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão". Ainda nesse julgado:

> (...), é possível, a depender do caso, que um líder religioso seja condenado pelo crime de racismo (art. 20, § 2º., da Lei 7.716/89) por ter proferido discursos de ódio público contra outras denominações religiosas e seus seguidores.

Portanto, o julgado acima, trata de importante questão no sentido de repelir a intolerância religiosa, respeitando, o direito das pessoas de não terem contra si e seus credos, discursos contra a opção religiosa, podendo, a depender do caso concreto, ser equiparado ao crime de racismo os discursos de ódio público em desfavor de outras religiões e também de seus seguidores.

Em situações tais, conforme alerta Leonardo Martins (2012, p. 360) é possível intervenção estatal para assegurar os direitos fundamentais à liberdade de consciência e de crença. Esse autor exemplifica tais situações de intervenção:

> (i) nos casos de redução do direito de foro íntimo de pensar livremente segundo a consciência e a crença desenvolvida pelo próprio cidadão; (ii) nos casos de redução do direito de expressão religiosa ou ideológica de forma positiva quando estabelece obrigações de calar; (iii) nos casos de redução do direito de ação e efetivação religiosa ou moral ideológica quando o Estado procede a manifestações contrárias, a avisos quanto a perigos provenientes de crenças ou ideologias; (iv) e nos casos em que o Estado reduz a liberdade de crença e de consciência, intervindo, portanto, em suas áreas de proteção, quando proíbe certas ações ou omissões e quando estas se chocam contra os imperativos de consciência do titular ou quando a crença seguida respectivamente mandar a ação quando o Estado a proíbe ou proibi-la quando o Estado a ordena, sancionando a omissão [4] .

4. No primeiro caso, temos como exemplo o crucifixo dependurado em paredes de edifício público. No segundo caso, é a proibição do proselitismo religioso, v.g, a proibição da maçonaria. No terceiro, temos o tratamento desigual de certos cultos em face da religião da maioria e os feriados nacionais de cunho religioso. No quarto caso, o exemplo é a poligamia.

Outro importante *leading case* sobre o tema foi o caso Lautsi x Itália, conhecido como o "caso dos crucifixos" que tramitou no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), julgado em 03/11/2009, e tratou sobre suposta violação do direito de os pais educarem os filhos de acordo com as convicções e o consequente direito dos estudantes à liberdade de religião, cujo resumo [5] é o seguinte:

> O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), em 3 de novembro de 2009, determinou que a exposição de crucifixos nas salas de aula é "uma violação do direito dos pais de educar seus filhos de acordo suas convicções e o direito dos estudantes à liberdade de religião". Por não ter o poder de forçar a retirada de crucifixos de escolas italianas e europeias, o Tribunal condenou a Itália a uma multa de 5.000 euros à requerente por danos morais. O julgamento final de 18 de março de 2011, em seguida, revogou a decisão em primeira instância. Os juízes do TEDH aceitaram a tese segundo a qual não há nenhuma evidência que prove qualquer influência da exibição do crucifixo aos alunos. A decisão foi aprovada com 15 votos a favor e dois contra.

A sentença do TEDH chama a atenção que o pluralismo educativo é essencial para a preservação de uma sociedade democrática, ainda quando da prolação da sentença, tendo o TEDH apresentado o seguinte pronunciamento a imprensa:

> A presença do crucifixo, que é impossível não notar nas salas de aula, poderia facilmente ser interpretada por alunos de todas as idades como um símbolo religioso, o que poderia ocorrer de modo a ser educados em um ambiente escolar que tem a marca de uma determinada religião. Tudo isso pode ser encorajador para os alunos religiosos, mas irritante para indivíduos que praticam outras religiões, particularmente se eles pertencem a minorias religiosas,

5. https://pt.wikipedia.org/wiki/Lautsi_vs._It%C3%A1lia

> ou que são ateus. O Tribunal de Justiça não é capaz de compreender como a exposição, nas classes de escolas públicas, de um símbolo que possa ser razoavelmente associados com catolicismo, pode servir o pluralismo educativo, que é essencial para a preservação de uma sociedade democrática como foi concebido pelo poder do Convenção Europeia dos Direitos Humanos, um pluralismo que é reconhecido pelo Corte Constitucional da República Italiana. A exposição requerida de um símbolo de uma determinada confissão em lugares que são utilizadas pelas autoridades públicas e, especialmente, nas salas de aula, restringe o direito dos pais de educar seus filhos de acordo com suas próprias convicções e ao direito das crianças a ter ou não uma crença.

Importante frisar — em vista da proteção aos cidadãos — os dispositivos constitucionais que asseguram a liberdade de credo e o fato de o Judiciário, sensível a tal proteção, caminhar no sentido de afastar violações a esse direito. Nessa toada, uma decisão [6] da 4ª. Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região que determinou a reintegração de uma trabalhadora que professava a religião adventista do sétimo dia e havia sido dispensada por não trabalhar aos sábados, eis que possível no ordenamento brasileiro a redistribuição da carga horária em dias que não lhe fossem confessionais. Tal decisão foi assim ementada:

> EMPRESA PÚBLICA – DISCRIMINAÇÃO RELIGIOSA – REINTEGRAÇÃO. O ordenamento jurídico pátrio repudia o tratamento discriminatório pelos motivos de raça, cor, religião, dentre outros. Destarte, os princípios constitucionais, associados aos preceitos legais e às disposições internacionais que regulam a matéria, autorizam o entendimento de que a despedida, quando flagrantemente discriminatória, deve ser considerada nula, sendo devida a reintegração no emprego. Inteligência dos arts. 1º, III e IV; 3º, inciso IV; 5º, caput, VI e XLI, e 7º, XXX, todos da Constituição da República; 8º e 9º da CLT; Lei 9.029/95 e das Convenções nºs 111/58 e 117/62 da OIT. (Processo no. 00745-2011-066-03-00-5, Tribunal Regional do Trabalho da 3a. Região).

6. https://www.migalhas.com.br/quentes/156909/trabalhadora-dispensada-por-motivo-religioso-sera-reintegrada

Em relação ao direito à liberdade religiosa, Gonet Branco, Mártires Coelho e Mendes, destacam a importância dessa dimensão na vida do cidadão, nos seguintes termos:

> O reconhecimento da liberdade religiosa pela Constituição denota haver o sistema jurídico tomado a religiosidade como um bem em si mesmo, como um valor a ser preservado e fomentado. Afinal, as normas jusfundamentais apontam para valores tidos como capitais para a coletividade, que devem não somente ser conservados e protegidos, como também ser promovidos e estimulados.
>
> A Constituição protege a liberdade de religião para facilitar que as pessoas possam viver a sua fé. Daí a Constituição chegar a prever a assistência religiosa para os que estejam submetidos a internação coletiva (art. 5º, VII).
>
> O reconhecimento da liberdade religiosa decerto que contribui para prevenir tensões sociais, na medida em que, por ela, o pluralismo se instala e se neutralizam rancores e desavenças decorrentes do veto oficial a crenças quaisquer. O reconhecimento da liberdade religiosa também tem por si o argumento de que tantas vezes a formação moral contribui para moldar o bom cidadão. Essas razões, contudo, não são suficientes em si para explicar a razão de ser da liberdade de crença. A Constituição assegura a liberdade dos crentes, porque toma a religião como um bem valioso por si mesmo, e quer resguardar os que buscam a Deus de obstáculos para que pratiquem os seus deveres religiosos. (GONET BRANCO, MÁRTIRES COELHO, MENDES, 2008, p. 419/420).

Como reflexo disso, para concretizar o direito e facilitar que as pessoas possam viver a sua fé Canotilho (2007) aponta a tendência da atual doutrina constitucional de considerar o direito à liberdade de religião

como elemento indissociável da proteção da personalidade devido ao fato de que constrói a identidade pessoal e o direito de desenvolvimento da personalidade como um direito fundamental atrelado à própria vida [em compasso com o exercício pleno da cidadania em um mundo globalizado].

De acordo com a doutrina de Silva (2014), a liberdade religiosa se subdivide em três outras liberdades: (i) liberdade de crença, que compreende a liberdade de optar por ter ou não ter uma crença; (ii) liberdade de culto, que é a faculdade de expressão da religião sem a interferência do poder público; e (iii) a liberdade de organização religiosa, que "diz respeito à possibilidade de estabelecimento e organização das igrejas e suas relações com o Estado (SILVA, J. A., 2014, p. 252)".

Também para Paulo Ferreira da Cunha [7] (2017, p. 107) são duas as questões postas sobre o tema – "por um lado a liberdade religiosa e a não perseguição aos credos e aos não crentes, e, por outro, a separação do Estado das Igrejas, o tratamento equânime de todos, a não confusão de poderes".

Um dos grandes desafios da temática da liberdade religiosa reside em respeitar e preservar os direitos daqueles que não tem crença alguma – descrentes, ateus, agnósticos, de modo a respeitar também aqueles que comungam com a (des)crença, não sendo plausível qualquer intolerância religiosa para com essas pessoas, ainda que pareça paradoxal.

Por causa disso, um dos grandes desafios à temática da liberdade religiosa reside em respeitar e preservar os direitos daqueles que não tem crença alguma – descrentes, ateus, agnósticos, de modo a respeitar também aqueles que comungam com a (des)crença não sendo plausível, também, qualquer intolerância religiosa para com essas pessoas, ainda que pareça paradoxal.

7. O mesmo Autor destaca que "A questão de base é que dificilmente há estados realmente laicos, plenamente laicos. Sempre acaba por haver desvios e exceções. Esse é o grande problema" (2017, p. 108).

Aliás, lembra Araújo (2019, p. XXVII) que, através de uma hermenêutica da desigualdade, na interpretação dos direitos fundamentais tem de ser superadas ilogicidades implícitas e incertezas, com vistas a justiça e segurança plenas. Nesse sentido, deve-se observar rigor epeistemológico, ontológico, lógico e axiológico [abrangente, pois da consagração total do direito a liberdade de (des)crença], tudo a partir de:

> (...) uma revisão epistêmica dos chamados conceitos jurídicos básicos, revelando-lhes, inclusive, o significado ideológico subjacente, o qual não contém e nem pode/deve conter neutralidade científica, mas constituirá, no mínimo, problematização do caráter dogmático de que se revestem perante o senso comum teórico, em virtude da própria raciocialidade que espelham, ocultando, através da igualdade formal, as implícitas ilogicidades, desordens e (in) certezas em torno de algo do qual se espera (e se propagandeia) justiça e segurança plenas.

Em rotas conclusivas, pois, o que se vê é que as discussões e debates sobre o tema da liberdade religiosa são apaixonados e, muitas vezes, tenta-se impor somente um ponto de vista em detrimento daqueles que pensam em oposição ou com a marca da diferença. Daí porque compaixão, solidariedade, respeito e ética devem as ser cores fortes desta querimônia eterna — e ao mesmo tempo contemporânea — sobre a liberdade de crer ou não crer, tudo a partir da inspiração e do pensamento em um Ser Superior, a que muitas vezes se chama de Deus, Buda, Alah, Giva, Oxalá, Thor, seja daqueles que optem pela (des)crença, mas sempre com vistas à convivência pacífica entre todos os membros da comunidade humana.

Felizes, então, o dia e os homens quando se tornar realidade os versos John Lennon em *Imagine:*

Imagine there's  no heaven

Imagine não haver o paraíso

It's easy if you try

É fácil se você tentar

No hell below us

Nenhum inferno abaixo de nós

Above us only sky

Acima de nós, só o céu

Imagine all the people

Imagine todas as pessoas

Living for today

Vivendo o presente

Imagine there's no countries

Imagine que não houvesse nenhum país

It isn't hard to do

Não é difícil imaginar

Nothing to kill or die for

Nenhum motivo para matar ou morrer

And no religion too

E nem religião, também

And the world will live as one

**E o mundo viverá como um só.**

**Oxalá chegue esse dia!**

## Referências

ARAÚJO, Taurino**. Hermenêutica da desigualdade.** Uma introdução às Ciências Jurídicas e também Sociais. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira**. Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo**. Curso de Direito Constitucional**. 2a Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **A liberdade religiosa entre o juspositivismo constitucional e a judiciarização dos conflitos religiosos**. In: Código das Sociedades Comerciais, homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer de Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier. Volume II. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Do Direito à (Des)crença.** Revista Lusófona de Ciências das Religiões. No. 20. 2017. Disponível em <file:///C:/Users/georg/AppData/Local/Temp/6124-Texto%20do%20artigo-18888-1-10-20171220.pdf> Acesso em: 03 jul.2020.

LAUTSI vs ITÁLIA. Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Lautsi_vs._It%C3%A1lia> Acesso em: 06 jul.2020.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional.** Leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo, Atlas, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 1988. v. 4.

MOUTOUH, Hugues. RIVERO, Jean. **Liberdades públicas.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v. 5.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Diretos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.110.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4.439/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 27 set., 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314650271&ext=.pdf> Acesso em: 06 jul.2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC 134682/BA. Relator: Ministro Edson Fachin, de 29 nov., 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4988091> Acesso em: 06 jul.2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC 146303/RJ. Relator: Ministro Dias Toffoli, de 10 set., 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5233101> Acesso em: 06 jul.2020.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALO DA 3ª. REGIÃO. Processo: 00745-2011-066-03-00-5. Relator: Ana Maria Espí Cavalcanti. Belo Horizonte, jun., 2012. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/156909/trabalhadora-dispensada-por-motivo-religioso-sera-reintegrada> Acesso em: 06 jul.2020.

# 4

# Líderes Nacionais do Gênero Feminino são Mais Eficientes no Combate ao Covid-19? Uma Pesquisa Quantitativa

ALESSANDRA OITAVEN PEARCE,

DANIEL OITAVEN PEARCE PAMPONET MIGUEL,

BRUNA FRANCO

E STEPHANIE SILVA

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Líderes nacionais mulheres são desproporcionalmente mais bem-sucedidas do que líderes nacionais homens na gestão da crise gerada pela pandemia; 3. O sucesso das mulheres representa, simplesmente, o sucesso político de um país; 4. O sucesso desproporcional das mulheres é uma mera coincidência – os fatores relevantes são a população bruta, a densidade populacional e o turismo; 5. A desproporção entre os resultados de líderes nacionais mulheres e líderes nacionais homens pode ser explicada pelo fracasso dos "strongmen" ; 6. A desproporção entre os resultados de líderes nacionais mulheres e líderes nacionais homens pode ser explicada pela extraordinária competência das primeiras, tendo em vista que elas foram "submetidas" ao filtro do machismo; 7. Conclusão: a desproporção entre os resultados de líderes mulheres e homens pode ser explicada em termos de uma "ética do cuidado" associada ao gênero feminino?; 8. Referências.*

## 1. Introdução

No dia 13 de abril de 2020, a revista *Forbes* publicou uma matéria *online* com o sugestivo título "*What do countries with the best coronavirus response*

*have in common? Women leaders*" [1]. A autora da aludida reportagem, após enumerar vários casos de "sucesso" da liderança feminina na gestão da crise gerada pela pandemia, sugeriu que tal fenômeno seria explicado pelo fato de que essas mulheres apresentaram ao mundo um "modo alternativo" de exercer o poder, conciliando "*verdade*", "*decisividade*", "*tecnologia*" (capacidade de exercer influência digital) e "*amor*". "*It's like their arms are coming out of their videos to hold you close in a heart-felt and loving embrace*", diz a redatora do artigo, pouco antes de concluir que já é tempo de reconhecer as qualidades do "estilo feminino" de liderar.

Nos dias que se seguiram, várias publicações nacionais e internacionais reagiram/fizeram comentários sobre a matéria. Alguns assumiram um tom de concordância com a análise publicada pela *Forbes*, elogiando a sensibilidade das líderes femininas na condução da crise. Outros repudiaram – com maior ou menor veemência – a sugestão de que os bons resultados apresentados pelos países citados no artigo pudessem ser atribuídos a um suposto "estilo feminino" de fazer política. O *The Guardian*, por exemplo, ressaltou que a associação entre "gênero feminino", de um lado, e "cooperação" e "empatia", do outro, reforçaria estereótipos sexistas clássicos, sugerindo, em seguida, que o bom desempenho das líderes mulheres provavelmente se deve ao suposto fato de que, em razão do machismo estrutural, elas só conseguem chegar aos cargos mais altos se forem extraordinariamente qualificadas [2]. A *The Atlantic*, por sua vez, considerou que a desproporção entre a performance dos gêneros na gestão da crise gerada pela pandemia é causada mais pelo fracasso dos líderes que fazem o estilo "*strongman*" do que pelo sucesso de "mulheres sensíveis", o

1. WITTENBERG-COX, Avivah. What Do Countries With The Best Coronavirus Responses Have In Common? Women Leaders. **Forbes**, 13 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/avivahwittenbergcox/2020/04/13/what-do-countries-with-the-best-coronavirus-reponses-have-in-common-women-leaders/#25fb73ef3dec> Acesso em: 08 de junho de 2020.

2. MAHDAWI, Arwa. The secret weapon in the fight against coronavirus: women. **The Guardian,** 11 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/apr/11/secret-weapon-fight-against-coronavirus-women>. Acesso em: 28 de junho de 2020.

que significaria também que "a liderança feminina é um *sintoma* do sucesso de um sistema político, não necessariamente a sua *causa*" [3] [4]. Já a *Spiked* fez críticas mais profundas ao artigo publicado pela Forbes, sugerindo que fatores como riqueza, densidade populacional e estruturação do sistema de saúde poderiam ser tão (ou mais) relevantes para o controle eficiente da pandemia quanto o gênero do líder político do Estado [5].

As matérias citadas ilustram três posicionamentos teóricos paradigmáticos que, pressupondo a existência de uma correlação entre as variáveis "gênero do líder político" e "sucesso na gestão da crise gerada pela pandemia", divergem sobre a existência e/ou o modo de configuração de uma relação de causalidade entre elas: (1) Tal como a Forbes, há quem acredite na existência de uma relação de causalidade entre as duas variáveis e defenda que ela pode ser explicada por um estilo "feminino" de liderança política semelhante à "ética do cuidado" descrita por Gilligan [6]; (2) Tal como o *The Guardian*, há quem, a despeito de pressupor a existência da correlação entre as duas variáveis e de uma relação causal entre elas, considere que

3. LEWIS, Helen. The Pandemic Has Revealed the Weakness of Strongmen: Women leaders are a symptom of a political system's success, not necessarily its cause. **The Atlantic**, 6 de Maio de 2020. Disponível em: < https://www.theatlantic.com/international/archive/2020/05/new-zealand-germany-women-leadership-strongmen-coronavirus/611161/>. Acesso em: 28 de junho de 2020.

4. Vejamos algumas das posturas tipicamente atribuídas aos "*strongmen*": "um impulso de centralização do Poder Executivo; a adoção de um modelo hierarquizado de governança; a truculência no trato com a imprensa e os adversários; e a promoção do tradicionalismo e do nacionalismo". Ver: NAI, Alessandro; TOROS, Emre. The peculiar personality of strongmen: comparing the Big Five and Dark Triad traits of autocrats and non-autocrats. Political Research Exchange, 2020, vol.2, n.1, pp.1-24. Trad. livre.

5. WHELAN, Ella. No, female leaders are not better at fighting covid-19. Stop fawning over Jacinda Ardern and Angela Merkel – it's sexist and embarrassing. **Spiked**, 20 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.spiked-online.com/2020/04/20/no-female-leaders-are-not-better-at-fighting-covid-19/>. Acesso em: 28 de junho de 2020.

6. Sobre a "ética do cuidado" e sua comparação com a "ética da justiça", ver: GILLIGAN, Carol. Moral Orientation and Moral Development. In: Alison Bailey and Chris J. Cuomo (eds.). **The Feminist Philosophy Reader**. Boston: McGraw-Hill, 2008; GILLIGAN, Carol. **In A Different Voice.** Cambridge: Harvard University Press, 1982; e WEST, Robin. **Caring for justice**. New York and London: New York University Press, 1997. Ademais, o texto da Forbes faz referência a um artigo de Tomas Chamorro-Premuzic e Cindy Gallop que apresenta uma lista de características de bons líderes que os homens deveriam procurar desenvolver com inspiração nas mulheres. Essa lista pode ser sintetizada da seguinte maneira: 1) "Não se afirme quando você não tiver nada a respeito de que se afirmar" (evitar a autopromoção, a tentativa de levar os créditos por feitos alheios e o comportamento agressivo, pois ser confiante não equivale a ser competente); 2) "Conheça suas próprias limitações" (capacidade de realização de autocrítica); 3) "Motive por meio de transformações" (o líder deve ser capaz de inspirar mudanças de crenças e posturas); 4) "Coloque seu povo à frente de si mesmo" (evitar um comportamento autocentrado); 5) "Não comande; empatize" (necessidade de construção uma conexão emocional entre o líder e os liderados); 6) "Concentre-se em elevar os outros" (um líder deve deixar seu ego de lado, contribuir para o desenvolvimento dos liderados e abrir-se a suas contribuições); e 7) "Não diga que é humilde. Seja humilde" (disposição para reconhecer os próprios erros, aprender com a experiência, considerar as perspectivas alheias e adotar mudanças de postura). Para mais detalhes sobre essa lista de características, ver: CHAMORRO-PREMUZIC, Tomas; GALLOP, Cindy. 7 Leadership lessons men can learn from women. **Harvard Business Review**, 1o de abril de 2020. Disponível em: < https://hbr.org/2020/04/7-leadership-lessons-men-can-learn-from-women >. Acesso em: 28 de junho de 2020. Trad. livre.

o mecanismo que dá origem a tal causalidade não é uma suposta "ética do cuidado" feminina; e (3) por fim, há quem aceite o pressuposto da correlação entre as variáveis, mas duvide de que seja possível presumir a existência de uma relação de causalidade entre as mesmas, tendo em vista que existiriam outros fatores aptos a explicar o sucesso da gestão da crise em tais países. Esse posicionamento, compartilhado pela *The Atlantic* e pela *Spiked*, sugere que a aparente associação numérica entre "gênero feminino" e "sucesso na gestão da crise gerada pela pandemia" assume feição de "correlação espúria".

Apesar da amplitude da divergência entre as publicações no que diz respeito à *causalidade* entre as variáveis, nenhuma delas questionou explicitamente o pressuposto da *correlação estatística*, assumido pela *Forbes* logo no título de seu texto. A despeito de não haver nenhuma indicação de que tal posição tenha sido baseada em um estudo quantitativo oficial sobre o tema, os textos da *Forbes*, do *The Guardian*, da *The Atlantic* e da *Spiked* apenas citam "casos de sucesso" liderados por mulheres e explicam as medidas adotadas por elas, sem mencionar outros dados importantes para a aferição da pretensa correlação estatística. Ao mesmo tempo, não encontramos nenhum estudo científico, nem mesmo com caráter exploratório e preliminar, que tenha verificado a existência de tal associação entre as variáveis "gênero do líder político" e "sucesso na gestão da crise gerada pela pandemia". Ao que tudo indica, portanto, a *Forbes*, o *The Guardian*, a *The Atlantic* e a *Spiked* basearam-se em um pressuposto meramente "intuitivo".

O objetivo primordial desta pesquisa é testar a plausibilidade da opinião veiculada pela revista *Forbes*, qual seja, a de que existe uma relação de causalidade entre as variáveis explicável nos moldes de uma "ética do cuidado" associada ao gênero feminino. Contudo, por uma questão de lógica, o cumprimento dessa tarefa pressupõe a satisfação de

um outro objetivo: analisar se o pressuposto assumido pelas mencionadas publicações é verdadeiro, ou seja, se efetivamente existe uma correlação entre as variáveis "gênero do líder " e "sucesso na gestão da crise gerada pela pandemia".

A formulação das hipóteses de trabalho desta pesquisa foi livremente inspirada, com algumas adaptações, nos posicionamentos paradigmáticos da *Forbes*, do *The Guardian*, da *The Atlantic* e da *Spiked*, adicionando-se, ainda, o "questionamento pressuposto" sobre a existência da correlação estatística entre as variáveis supramencionadas.

## QUADRO DE HIPÓTESES

**Hipótese 1**: Líderes mulheres são desproporcionalmente mais bem-sucedidas do que líderes homens na gestão da crise gerada pela pandemia.

**Hipótese 2:** A desproporção entre os resultados de líderes mulheres e líderes homens pode ser explicada pelo fato de que a liderança feminina está concentrada em países com bons índices de "sucesso político" (estabilidade e qualidade da democracia, bons índices de IDH, educação da população), o que seria a real razão do sucesso delas na gestão da crise gerada pela pandemia.

**Hipótese 3:** O sucesso desproporcional das líderes mulheres em comparação com os líderes homens é uma coincidência – fatores como população bruta, densidade populacional e riqueza do país é que são determinantes para a boa condução da crise gerada pela pandemia.

**Hipótese 4:** A desproporção entre os resultados de líderes mulheres e líderes homens pode ser explicada pelo fracasso dos "strongmen".

**Hipótese 5:** A desproporção entre os resultados de líderes mulheres e líderes homens pode ser explicada por uma extraordinária competência das primeiras, tendo em vista que, para alcançar cargos de liderança política, elas certamente tiveram que superar o "filtro do machismo".

**Hipótese 6 (conclusão):** Líderes nacionais mulheres têm maior sucesso do que líderes nacionais homens na gestão da crise gerada pela pandemia pelo fato de adotarem uma ética do cuidado, a qual está associada ao gênero feminino.

As variáveis de controle foram escolhidas de modo a possibilitar o teste de falseamento das hipóteses 2, 3, 4 e 5. Por exemplo, a variável de controle "militarização" é utilizada para testar a hipótese "4", já que a "masculinidade tóxica" – conceito que pode ser relacionado aos "*strongmen*" – é associada, com frequência, a uma cultura de violência e guerra. A hipótese 6 não será testada "diretamente", pois não encontramos indicadores numéricos que pudessem medir, de maneira confiável, a intensidade da adoção de uma "ética do cuidado" por um líder político específico. Desse modo, a hipótese 6 só poderá ser rejeitada de maneira indireta, ou seja, por meio do teste das demais hipóteses. Dentro do universo da nossa pesquisa, a rejeição da hipótese 6 com alguma segurança será viável se a inserção das variáveis proporcionar a percepção de que existe uma correlação espúria entre o "gênero feminino" e o "sucesso na gestão da crise gerada pela pandemia".

Também é importante destacar que os mecanismos causais alternativos das hipóteses 5 e 6 não são mutuamente excludentes, já que, em teoria, seria possível que uma extraordinária competência capaz de superar barreiras do machismo estrutural e uma sensibilidade tradicionalmente relacionada ao gênero feminino contribuíssem, ao mesmo tempo, para o sucesso desproporcional das líderes mulheres na gestão da crise gerada pela pandemia. Nesse contexto, caso os resultados estatísticos indiquem que a hipótese 5 ("competência extraordinária das líderes, visto elas terem vencido o filtro do machismo") é plausível, a hipótese 6 (ética do cuidado) perderá, no mínimo, parte de sua potencial força explicativa. Em outras palavras, se o sucesso das líderes mulheres fosse parcialmente explicado pelo filtro do machismo, a ética do cuidado poderia ser, no máximo, um fator adicional a contribuir para o sucesso das líderes mulheres na gestão da crise gerada pela pandemia.

Os dados serão analisados por meio de tabulação cruzada, técnica indicada para estudos comparativos com variáveis qualitativas (nominais

e ordinais). A princípio, apenas os dados relacionados à variável independente ("gênero") são qualitativos. Contudo, todos os dados numéricos relacionados à variável dependente ("resultado na gestão da crise gerada pela pandemia") e às variáveis de controle ("IDH", "Militarização", etc.) serão categorizados por meio da separação das unidades de análise em grupos. Os indicadores e fontes dos dados relacionados a todas as variáveis de controle que iremos utilizar serão apresentados em tópicos específicos [7]. Cumpre dizer, desde já, que os dados relativos à variável dependente ("resultado na gestão da crise gerada pela pandemia") – inclusive sua categorização – foram retirados dos *rankings* divulgados pelo site DKG (*Deep Knowledge Group*) em abril de 2020 [8]. Optamos por trabalhar com esses *rankings* não apenas por eles terem servido como referência para grande parte do debate público sobre o tema, mas também pelo fato de a metodologia de pontuação e classificação adotada pelo DKG ser bastante detalhada, abarcando mais de setenta indicadores.

Os testes de falseamento serão realizados com duas amostras diferentes. A primeira amostra refere-se a países pertencentes ao continente europeu ("Amostra Europa"). Por sua vez, a segunda amostra refere-se a países distribuídos por vários continentes ("Amostra Mundo"). As unidades de análise que compõem cada amostra correspondem exatamente aos países listados nos *rankings* do DKG. Classificamos como "países liderados por mulheres" aqueles cuja chefia de Estado seja exercida por uma mulher

7. Em razão da limitação do número de páginas, não temos espaço suficiente para colocar todas as tabelas. Um documento com tais materiais ficará disponível no link <https://drive.google.com/drive/folders/17lTvMZ15c4BQxmT9WBaRQOcm8NQ2p63C?usp=sharing>, de modo que os leitores possam conferir todas as tabelas e dados que sustentam nosso estudo.

8. Deve-se destacar que tal *ranking* foi formulado nos primeiros meses da "onda pandêmica", o que significa que o "saldo final" pode divergir das impressões iniciais. A Bélgica, por exemplo, aparece bem posicionada nessa primeira lista do DKG, divulgada em abril. Contudo, algumas semanas depois houve uma explosão no número de casos e de mortos, o que significa que provavelmente esse país irá cair de posição no *ranking*. Na conclusão deste artigo, sugerimos que pesquisas quantitativas posteriores poderiam "corrigir" eventuais pontos cegos do nosso estudo. Um desses "pontos cegos" é, justamente, a desatualização dos números que fundamentam a elaboração do *ranking* do DKG. Ver: COLLANGELO, Margareta. Covid-19 complexity demands sophisticated analytics deep analysis of global pandemic data reveals important insights. **Forbes**, 13 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/cognitiveworld/2020/04/13/covid-19-complexity-demands-sophisticated-analytics-deep-analysis-of-global-pandemic-data-reveals-important-insights/#320287472f6e>. Acesso em: 28 de junho de 2020.

investida no cargo por meio de eleições ou cuja chefia de governo seja exercida por uma mulher [9].

Cabe ressaltar, por fim, que os testes de significância estatística realizados adotarão o valor base de .10 para a "Amostra Mundo" e o valor base de 0.15 para a "amostra Europa" em vez do "tradicional" .05 [10], uma vez que nossas amostras são pequenas demais para que possibilitem testes de significância estatísticos muito apurados, ou seja, testes que consigam captar a significância de correlações menos intensas – porém verdadeiras – entre as variáveis. Por essa mesma razão, os testes servirão mais como um valor de comparação entre as correlações possivelmente encontradas entre as variáveis (independente x dependente; controles x dependente) do que como um impedimento categórico a sugestões de associações relevantes entre as variáveis que compõem esse estudo [11].

## 2. Líderes nacionais mulheres são desproporcionalmente mais bem-sucedidas do que líderes nacionais homens na gestão da crise gerada pela pandemia

A primeira hipótese a ser testada diz respeito ao problema da correlação entre as variáveis independente ("gênero do líder político") e

9. A opção de classificar como "liderança feminina" Estados que possuem mulheres ocupando tão somente a posição de chefia de Estado possui justificativa teórica: considerando que a hipótese 2 atribui a uma "ética do cuidado" um papel benéfico para a gestão da crise gerada pela pandemia, entendemos que a postura sensível relacionada a tal modelo pode ser adotada, pelo menos no nível simbólico, por chefes de Estado. Destaca-se, como exemplo paradigmático, o trabalho realizado pela presidente da Eslováquia em conscientizar os cidadãos do seu país sobre o uso de máscaras em locais públicos ao usar, ela própria, máscaras estilizadas que combinavam com as cores de suas roupas. Ver: SERHAN, Yasmeen. Lessons from Slovakia - Where Leaders Wear Masks. The country's politicians led by example, helping it flatten its curve. **The Atlantic,** 13 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/international/archive/2020/05/slovakia-mask-coronavirus-pandemic-success/611545/>. Acesso em: 28 de junho de 2020. Por sua vez, a limitação do universo de mulheres que ocupam chefia de Estado àquelas que tenham sido investidas no cargo mediante eleições é uma opção necessária para que seja viável a realização do teste da hipótese 5. Ora, não faria sentido falar em superação do "filtro do machismo" por uma "mulher de competência extraordinária" caso esta tivesse sido alçada ao cargo por hereditariedade, como ocorre em monarquias.

10. Assim, valores abaixo de 0.10 ("Amostra Mundo") e 0.15 ("Amostra Europa") serão reputados "estatisticamente significantes" para embasar conclusões.

11. Testes de significância estatística têm sido criticados por conduzirem pesquisadores a rejeitar hipóteses promissoras em razão de "falsos negativos", já que influências menos intensas de uma variável sobre a outra podem passar despercebidas em amostras pequenas. Ver: FIGUEIREDO FILHO, Dalson Britto et al. When is statistical significance not significant?. **Bras. Political Sci. Rev,** 2013, vol.7, n.1, pp.31-55; REINHART, Alex. **Statistics done wrong: the woefully complete guide**. San Francisco: No starch press, 1991.

dependente ("resultado na gestão da crise gerada pela pandemia"). Afinal, líderes mulheres têm tido, de fato, mais sucesso do que líderes homens na gestão da crise gerada pela pandemia? Os quadros a seguir sintetizam o desempenho dos países integrantes das amostras "Europa" e "Mundo" de acordo com o gênero dos seus líderes.

| %SUCESSO NA GESTÃO DA CRISE GERADA PELA PANDEMIA | MULHER | HOMEM |
|---|---|---|
| MUITO ALTO | 64,29% | 25% |
| ALTO | 28,57% | 31,82% |
| BAIXO | 7,14% | 43,18% |
| TOTAL | 100% | 100% |

Tabela bivariada Gênero (Mundo)

| % SUCESSO GESTÃO DA CRISE GERADA PELA PANDEMIA | MULHER | HOMEM |
|---|---|---|
| MUITO ALTO | 66,67% | 25% |
| ALTO | 33,33% | 30% |
| BAIXO | 0% | 45% |
| TOTAL | 100% | 100% |

Tabela bivariada Gênero (Europa)

Em ambas as amostras, percebe-se que as mulheres têm proporcionalmente mais casos de sucesso e menos casos de fracasso do que os homens. O resultado do teste qui-quadrado para a "Amostra Mundo" foi de 0.12, o que significa dizer que há 12% (para amostra Mundo) de chance de que a aparente influência do "gênero do líder do país" sobre os "resultados" na gestão da crise gerada pela pandemia seja fruto de uma mera coincidência. Por sua vez, a chance de uma coincidência desse tipo ter ocorrido na "Amostra Europa", de acordo com o resultado do teste qui-quadrado (0.23), é de 23%.

Se aplicássemos o teste qui-quadrado apenas à coluna "mulheres", os percentuais diminuiriam, respectivamente, para 4% e 9%. Por sua vez, se aplicássemos o mencionado teste apenas à coluna "homens", ambos os percentuais aumentariam para 34%. Pode-se depreender desses números que a variável "gênero" se correlaciona com a variável "sucesso na gestão da crise gerada pela pandemia" do seguinte modo: a liderança feminina parece significativamente correlacionada com bons níveis de sucesso no combate à pandemia, enquanto a liderança masculina não parece correlacionada

com nenhum nível específico de sucesso – já que a distribuição percentual entre os estratos "muito alto", "alto" e "baixo" das unidades de análise masculinas é consideravelmente regular.

Isso significa que as mulheres são líderes mais eficientes do que os homens, pelo menos no que diz respeito à crise gerada pela pandemia? Não necessariamente. Atestar a existência de uma correlação entre duas variáveis não é o mesmo que atestar a existência de uma relação de causalidade entre as mesmas, pois é sempre possível que tal correlação ocorra de maneira "espúria" [12] . É necessário, assim, verificar primeiramente se a correlação encontrada entre "gênero feminino" e "bons níveis de sucesso na gestão da crise" não é do tipo "espúria", o que será feito nos tópicos 3, 4 e 5 (correspondentes às hipóteses 2, 3 e 4) por meio da inserção de diversas "variáveis de controle" nas tabelas cruzadas. Se não for possível atestar a existência de correlação espúria, a hipótese de que há algo intrinsecamente "especial" na liderança feminina terá resistido a um teste de falseamento e, consequentemente, tornar-se-á mais plausível.

É possível que a inserção das variáveis de controle nas tabelas cruzadas mostre a existência de outros tipos de relações entre as variáveis para além da "correlação espúria", tais como relações de "aditividade" e "interação" [13] . A ocorrência de "aditividade" ou "interação" também conduziria à percepção de que o gênero feminino efetivamente tem um potencial de boa liderança no contexto da crise gerada pela pandemia.

De todo modo, ainda seria necessário verificar se o "filtro do machismo" (hipótese 5) constitui um mecanismo apto para explicar a

12. A "correlação espúria" entre duas variáveis "X" e "Y" ocorre quando ambas, em vez de serem causa e efeito uma da outra, são efeitos de uma mesma causa comum "Z", sendo "X" e "Y", contudo, independentes entre si.

13. A "aditividade" entre duas variáveis "X" e "Z" ocorre quando cada uma delas, de modo independente, exerce influência sobre uma terceira variável "Y", sendo o "efeito total" nesta terceira variável "Y" a soma exata dos efeitos exercidos por "X" e "Z". Já a "interação" entre duas variáveis "X" e "Z" ocorre quando a intensidade ou direção do efeito de "X" em "Y" depende de uma interação anterior entre "X" e "Z". Para mais detalhes sobre as possíveis formas de relacionamento entre variáveis, ver: KLEINNIJENHUIS, Jan *et. at.* **Doing Research in Political Science**. 2.ed. London: Sage publications, 2006.

mencionada relação de causalidade. Caso tal hipótese fosse falseada – ou seja, caso se percebesse que o "sucesso" das líderes mulheres não pode ser explicado nos termos sugeridos pelo "The Guardian" – restaria concluir que a hipótese sugerida pela Forbes (líderes mulheres têm obtido mais sucesso em razão da ética do cuidado) fortalece-se como possível explicação causal.

## 3. O sucesso das mulheres representa, simplesmente, o sucesso político de um país

A segunda hipótese a ser testada está relacionada à opinião veiculada pela revista *The Atlantic* e pode ser sintetizada na forma do seguinte argumento: o bom desempenho das líderes mulheres na gestão da crise gerada pela pandemia não se deve a qualquer característica especialmente atribuível ao gênero feminino (seja uma característica biológica essencial, seja uma característica culturalmente construída), como uma "maior sensibilidade" das mulheres para os problemas de saúde física e/ou mental da população. Na verdade, o bom desempenho das líderes mulheres refletiria tão somente o bom desempenho da cultura social, política e institucional de um país de forma geral ("sucesso político"), fator que, neste trabalho, será mensurado por meio de quatro variáveis diferentes: IDH [14]; educação média da população [15]; qualidade da democracia [16]; e fragilidade do Estado [17].

Ora, considerando-se não apenas que a probabilidade de mulheres conseguirem alcançar cargos políticos de liderança é maior nos países

14. Os dados foram retirados do relatório sobre o "índice de desenvolvimento humano" publicado anualmente pelas Organizações das Nações Unidas. Ver: UNITED NATIONS. **Human Development Report.** Disponível em: < http://hdr.undp.org/en/data >. Acesso em: 28 de junho de 2019.

15. Os dados foram retirados do relatório sobre "educação" publicado anualmente pelas Organizações das Nações Unidas: UNITED NATIONS. **Human Development Report.** Disponível em: < http://hdr.undp.org/en/data >. Acesso em: 28 de junho de 2019.

16. Os dados foram retirados do relatório sobre o "índice de democracia" publicado anualmente pela revista The Economist. Ver: THE ECONOMIST. **Democracy Index 2019.** Disponível em: <https://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=democracyindex2019>. Acesso em: 28 de junho de 2019.

17. Os dados foram retirados do relatório sobre "fragilidade dos estados" publicado por "The Global Economy". Ver: THE GLOBAL ECONOMY. **Fragile States Index.** Disponível em : <https://www.theglobaleconomy.com/rankings/fragile_state_index/>. Acesso em: 28 de junho de 2019.

"bem-sucedidos politicamente", mas também que países "bem-sucedidos" politicamente apresentam mais recursos para controle da crise gerada pela pandemia, pode-se aventar que o desempenho estatisticamente superior das mulheres em relação aos homens ocorre em razão de um mero defeito de sub-representação do gênero feminino na liderança política de países com "pouco sucesso político".

Se tal hipótese estivesse correta, estaríamos diante de uma correlação espúria entre as variáveis "gênero do líder político" e "sucesso na gestão da crise gerada pela pandemia". Contudo, não encontramos indícios de correlação espúria ao realizarmos uma comparação entre, de um lado, a tabela bivariada que cruza as variáveis independente e dependente (ver tópico 2) e, de outro, as tabelas triplas (que cruzam a variável independente, a variável dependente e as variáveis de controle).

| %SUCESSO NA GESTÃO DA CRISE GERADA PELA PANDEMIA | IDH MUITO ALTO | IDH ALTO | IDH MÉDIO | IDH BAIXO |
|---|---|---|---|---|
| MUITO ALTO | 69,57% | 10% | 12,5% | 14,29% |
| ALTO | 17,39% | 65% | 12,5% | 0% |
| BAIXO | 13,04% | 25% | 75% | 85,71% |
| TOTAL | 100% | 100% | 100% | 100% |

Tabela bivariada IDH (Mundo)

| %SUCESSO NA GESTÃO DA CRISE GERADA PELA PANDEMIA | IDH MUITO ALTO | IDH ALTO |
|---|---|---|
| MUITO ALTO | 69,23% | 12,50% |
| ALTO | 15,38% | 43,75% |
| BAIXO | 15,38% | 43,75% |
| TOTAL | 100% | 100% |

Tabela bivariada IDH (Europa)

| | | MULHER | HOMEM |
|---|---|---|---|
| IDH MUITO ALTO | MUITO ALTO | 90,00% | 53,85% |
| | ALTO | 10,00% | 23,08% |
| | BAIXO | 0,00% | 23,08% |
| | SUBTOTAL | 100,00% | 100,00% |
| IDH ALTO | MUITO ALTO | 0,00% | 11,76% |
| | ALTO | 100,00% | 58,82% |
| | BAIXO | 0,00% | 29,41% |
| | SUBTOTAL | 100,00% | 100,00% |
| IDH MÉDIO | MUITO ALTO | 0,00% | 12,50% |
| | ALTO | 0,00% | 12,50% |
| | BAIXO | 0,00% | 75,00% |
| | SUBTOTAL | 0,00% | 100,00% |
| IDH BAIXO | MUITO ALTO | 0,00% | 16,67% |
| | ALTO | 0,00% | 0,00% |
| | BAIXO | 100,00% | 83,33% |
| | SUBTOTAL | 100,00% | 100,00% |

Tabela tripla IDH (Mundo)

| | | MULHER | HOMEM |
|---|---|---|---|
| IDH MUITO ALTO | MUITO ALTO | 100% | 42,86% |
| | ALTO | 0% | 28,57% |
| | BAIXO | 0% | 28,57% |
| | SUBTOTAL | 100% | 100% |
| IDH ALTO | MUITO ALTO | 0% | 15,38% |
| | ALTO | 100% | 30,77% |
| | BAIXO | 0% | 53,85% |

Tabela tripla IDH (Europa)

Se houvesse uma correlação espúria, a inserção da variável de controle "IDH" na tabela tripla resultaria na obtenção de valores praticamente idênticos no que diz respeito aos resultados de sucesso apresentados por líderes homens e líderes mulheres. Como a desproporção entre os níveis de sucesso alcançados por líderes homens e líderes mulheres continuou presente nas duas amostras após a inserção da mencionada variável, não se verificou a existência de correlação espúria.

Pode-se perceber, isso sim, que a liderança de ambos os gêneros se beneficiou de um incremento nos índices de IDH, o que sugere a presença de "efeitos aditivos". Desse modo, o "resultado na gestão da crise gerada pela pandemia" é influenciado, de maneira independente, tanto pelo IDH quanto pelo "gênero" do líder político do país. Deve-se ressaltar, contudo, que a variável "IDH" apresentou valores de 0.00011 (amostra mundo) e 0.08 (amostra Europa), o que significa que, estatisticamente, ela exerce uma influência mais forte na variável dependente do que a influência exercida sobre esta pela variável "gênero feminino" [18].

A variável de controle "educação" não apresentou correlação significativa com a variável dependente ("resultado na gestão da crise gerada pela pandemia"), já que o resultado do teste qui-quadrado foi .42 para a "Amostra Mundo" e .56 para a "Amostra Europa". Além disso, a inserção dessa variável na tabela tripla não revelou qualquer indício de correlação espúria entre a variável independente e a variável dependente, uma vez que a desproporção entre os resultados apresentados por países liderados por homens e os resultados obtidos por países liderados por mulheres alargou-se em alguns níveis e reduziu-se em outros, o que é compatível com o efeito de "interação", e não com o de correlação espúria.

18. O resultado do teste qui-quadrado revela o percentual de chance de que a correlação encontrada entre duas variáveis seja fruto do "mero acaso". Desse modo, quanto menor o valor do resultado, menor é a chance de que tal correlação seja pura coincidência e, *a contrario sensu*, maior é a chance de que as duas variáveis estejam efetivamente conectadas por algum liame causal ou, pelo menos, por meio de uma terceira variável (causa comum).

| % SUCESSO | ED. MUITO ALTA | ED. ALTA | ED. MÉDIA | ED. BAIXA |
|---|---|---|---|---|
| MUITO ALTO | 60,00% | 45,83% | 10,00% | 14,2% |
| ALTO | 20,00% | 37,50% | 40,00% | 21,43% |
| BAIXO | 20,00% | 16,67% | 50,00% | 64,29% |
| TOTAL | 100% | 100% | 100% | 100% |

Tabela bivariada Educação (Mundo)

| % SUCESSO | ED. ALTA | ED. MÉDIA |
|---|---|---|
| MUITO ALTO | 50,00% | 33,33% |
| ALTO | 25,00% | 55,56% |
| BAIXO | 25,00% | 11,11% |
| TOTAL | 100,00% | 100,00% |

Tabela bivariada Educação (Europa)

| | | MULHER | HOMEM |
|---|---|---|---|
| ED. MUITO ALTA | MUITO ALTO | 80,00% | 40,00% |
| | ALTO | 20,00% | 20,00% |
| | BAIXO | 0,00% | 40,00% |
| | SUBTOTAL | 100,00% | 100,00% |
| ED. ALTA | MUITO ALTO | 62,50% | 37,50% |
| | ALTO | 37,50% | 37,50% |
| | BAIXO | 0,00% | 25,00% |
| | SUBTOTAL | 100,00% | 100,00% |
| ED. MÉDIA | MUITO ALTO | 0,00% | 10,00% |
| | ALTO | 0,00% | 40,00% |
| | BAIXO | 0,00% | 50,00% |
| | SUBOTAL | 0% | 100,00% |
| ED. BAIXA | MUITO ALTO | 0,00% | 15,38% |
| | ALTO | 0,00% | 23,08% |
| | BAIXO | 100,00% | 61,54% |
| | SUBOTAL | 100,00% | 100,00% |

Tabela Tripla Educação (Mundo)

| | | MULHER | HOMEM |
|---|---|---|---|
| ED. ALTA | MUITO ALTO | 75,00% | 25,00% |
| | ALTO | 25,00% | 25,00% |
| | BAIXO | 0,00% | 50,00% |
| | SUBTOTAL | 100,00% | 100,00% |
| ED. MÉDIA | MUITO ALTO | 66,67% | 16,67% |
| | ALTO | 33,33% | 66,67% |
| | BAIXO | 0,00% | 16,67% |
| | SUBTOTAL | 100,00% | 100,00% |
| ED. BAIXA | MUITO ALTO | 0,00% | 10,00% |
| | ALTO | 100,00% | 30,00% |
| | BAIXO | 0,00% | 60,00% |
| | SUBTOTAL | 100,00% | 100,00% |

Tabela Tripla Educação (Europa)

Por sua vez, a variável "fragilidade do Estado" apresentou correlação estatisticamente significativa apenas na "Amostra Europa" (resultado do teste qui-quadrado = .14). Contudo, em ambas as amostras é possível perceber uma tendência de que países com maior estabilidade política tenham resultados melhores na gestão da crise gerada pela pandemia. De todo modo, também não foi possível detectar uma correlação espúria entre as variáveis independente e dependente nas tabelas triplas, o que nos permite concluir que, apesar de ser bastante plausível afirmar que o

"sucesso político" de um país exerce uma grande influência sobre a gestão da crise gerada pela pandemia (especialmente considerando o IDH), não fica claro por que as mulheres têm obtido resultados mais satisfatórios do que os dos homens mesmo quando governam países com "níveis" semelhantes de "sucesso político". Desse modo, seguiremos tentando falsear a hipótese de que há algo "especial" na liderança feminina por meio da inserção de variáveis de controle que nos permitam visualizar uma eventual correlação espúria entre o "gênero feminino" e o "sucesso na gestão da crise gerada pela pandemia".

| % SUCESSO | F.E. MUITO ALTA | F.E. ALTA | F.E. MÉDIA | F.E. BAIXA |
|---|---|---|---|---|
| MUITO ALTO | 69,23% | 38,46% | 17,65% | 8,33% |
| ALTO | 23,08% | 30,77% | 52,94% | 16,67% |
| BAIXO | 7,69% | 30,77% | 29,41% | 75,00% |
| TOTAL | **100,00%** | **100,00%** | **100,00%** | **100,00%** |

**Tabela bivariada Fragilidade do Estado (Mundo)**

| % SUCESSO | F.E. ALTA | F.E. BAIXA |
|---|---|---|
| MUITO ALTO | 64,29% | 13,33% |
| ALTO | 14,29% | 46,67% |
| BAIXO | 21,43% | 40,00% |
| **TOTAL** | **100,00%** | **100,00%** |

**Tabela bivariada Fragilidade do Estado (Europa)**

| | | MULHER | HOMEM |
|---|---|---|---|
| F.E. MUITO ALTA | MUITO ALTO | 83,33% | 57,14% |
| | ALTO | 16,67% | 28,57% |
| | BAIXO | 0,00% | 14,29% |
| | **SUBTOTAL** | **100,00%** | **100,00%** |
| F.E. ALTA | MUITO ALTO | 50,00% | 33,33% |
| | ALTO | 50,00% | 22,22% |
| | BAIXO | 0,00% | 44,45% |
| | **SUBTOTAL** | **100,00%** | **100,00%** |
| F.E. MÉDIA | MUITO ALTO | 0,00% | 18,75% |
| | ALTO | 100,00% | 50,00% |
| | BAIXO | 0,00% | 31,25% |
| | **SUBTOTAL** | **100,00%** | **100,00%** |
| F.E.. BAIXA | MUITO ALTO | 0,00% | 9,09% |
| | ALTO | 0,00% | 18,18% |
| | BAIXO | 100,00% | 72,73% |
| | **SUBTOTAL** | **100,00%** | **100,00%** |

**Tabela tripla Fragilidade do Estado (Mundo)**

| | | MULHER | HOMEM |
|---|---|---|---|
| F.E. ALTA | MUITO ALTO | 100,00% | 37,50% |
| | ALTO | 0,00% | 25,00% |
| | BAIXO | 0,00% | 37,50% |
| | **SUBTOTAL** | **100,00%** | **100,00%** |
| F.E. BAIXA | MUITO ALTO | 0,00% | 16,67% |
| | ALTO | 100,00% | 33,33% |
| | BAIXO | 0,00% | 50,00% |
| | **SUBOTAL** | **100,00%** | **100,00%** |

**Tabela tripla Fragilidade do Estado (Europa)**

## 4. O sucesso desproporcional das mulheres é uma mera coincidência – os fatores relevantes são a população bruta, a densidade populacional e o turismo

Neste tópico, testaremos se fatores como "população bruta" [19], "densidade populacional" [20] e "turismo" [21] influenciam a variável "sucesso na gestão da crise gerada pela pandemia" e se, a partir de tal influência, é possível detectar uma correlação espúria entre esta variável e o "gênero do líder político".

O teste qui-quadrado revelou uma correlação significativa (.03) entre a variável de controle "população bruta" e a variável dependente "resultado na gestão da crise gerada pela pandemia" na "Amostra Mundo", o que torna viável a afirmação de que países muito populosos tendem a obter resultados ruins na gestão da crise gerada pela pandemia, enquanto países pouco populosos têm uma probabilidade maior de alcançar um bom desempenho. Na "amostra Europa", essa tendência se confirmou em menor grau de significância estatística (o resultado do teste qui-quadrado foi .19). De todo modo, não se verificou a existência de correlação espúria entre as variáveis independente ("gênero do líder político") e dependente ("resultado na gestão da crise gerada pela pandemia"), pois, em todos os níveis da tabela tripla, os países liderados por mulheres permaneceram sendo mais bem-sucedidos do que os países

19. Os dados foram retirados do relatório sobre "demografia – população total" publicado anualmente pelas Organizações das Nações Unidas. VER: UNITED NATIONS. **Human Development Reports**. Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/data >. Acesso em: 28 de junho de 2019.

20. Os dados foram retirados do relatório sobre "demografia – densidade populacional" publicado anualmente pelas Organizações das Nações Unidas. Ver: UNITED NATIONS. **2019 Revision of World Population Prospects**. Disponível em: <https://population.un.org/wpp/ >. Acesso em: 28 de junho de 2019.

21. Os dados foram retirados do *ranking* sobre "turismo" publicado pela Organização Mundial do Turismo. Ver: WORLD TOURISM ORGANIZATION. **Yearbook of Tourism Statistics**. 2019. Disponível em: <https://data.worldbank.org/indicator/ST.INT.ARVL>. Acesso em: 28 de junho de 2019.

liderados exclusivamente por homens.

| % SUCESSO | ALTA | MÉDIA | BAIXA |
|---|---|---|---|
| MUITO ALTO | 22,22% | 41,18% | 39,13% |
| ALTO | 11,11% | 23,53% | 52,17% |
| BAIXO | 66,67% | 35,29% | 8,70% |
| TOTAL | 100,00% | 100,00% | 100,00% |

| % SUCESSO | ALTA | MÉDIA | BAIXA |
|---|---|---|---|
| MUITO ALTO | 16,67% | 54,55% | 33,33% |
| ALTO | 16,67% | 9,09% | 58,33% |
| BAIXO | 66,67% | 36,36% | 8,33% |
| TOTAL | 100,00% | 100,00% | 100,00% |

| | | MULHER | HOMEM |
|---|---|---|---|
| POP. ALTA | MUITO ALTO | 50% | 18,75% |
| | ALTO | 0% | 12,50% |
| | BAIXO | 50% | 68,75% |
| | SUBTOTAL | 100% | 100% |
| POP. MÉDIA | MUITO ALTO | 75% | 30,77% |
| | ALTO | 25% | 23,08% |
| | BAIXO | 0% | 46,15% |
| | SUBTOTAL | 100% | 100% |
| POP. BAIXA | MUITO ALTO | 62,50% | 26,67% |
| | ALTO | 37,50% | 60% |
| | BAIXO | 0% | 13,33% |
| SUBTOTAL: | | 100% | 100% |

Tabela tripla "população bruta" (Mundo)

| | | MULHER | HOMEM |
|---|---|---|---|
| POP. ALTA | MUITO ALTO | 100% | 0% |
| | ALTO | 0% | 20% |
| | BAIXO | 0% | 80% |
| | SUBTOTAL | 100% | 100% |
| POP. MÉDIA | MUITO ALTO | 66,67% | 50% |
| | ALTO | 33,33% | 0% |
| | BAIXO | 0% | 50% |
| | SUBTOTAL | 100% | 100% |
| POP. BAIXA | MUITO ALTO | 60% | 14,29% |
| | ALTO | 40% | 71,43% |
| | BAIXO | 0% | 14,28% |
| SUBTOTAL: | | 100% | 100% |

Tabela tripla "população bruta" (Europa)

Por sua vez, de forma surpreendente, as variáveis de controle "densidade populacional" e "turismo", de acordo com os resultados do teste qui-quadrado, não apresentaram correlação significativa com a variável dependente "sucesso na gestão da crise gerada pela pandemia" em nenhuma das duas amostras. Já no que concerne ao uso da tabela tripla, a movimentação dos valores proporcionais dos "resultados na gestão da crise gerada pela pandemia" em relação a ambos os gêneros não indicou a existência de correlação espúria entre as variáveis independente ("gênero do líder político") e dependente ("resultado na gestão da crise gerada pela pandemia"), visto que as mulheres permaneceram com desempenho

superior ao dos homens em quase todos os estratos de "densidade populacional" e "turismo".

| | | MULHER | HOMEM |
|---|---|---|---|
| DENS. POP. MUITO ALTA | MUITO ALTO | 80,00% | 57,14% |
| | ALTO | 0,00% | 0,00% |
| | BAIXO | 20,00% | 42,86% |
| | SUBTOTAL | 100,00% | 100,00% |
| DENS. POP. ALTA | MUITO ALTO | 100,00% | 16,67% |
| | ALTO | 0,00% | 50,00% |
| | BAIXO | 0,00% | 33,33% |
| | SUBTOTAL | 100,00% | 100,00% |
| DENS. POP. MÉDIA | MUITO ALTO | 0,00% | 17,64% |
| | ALTO | 100,00% | 41,18% |
| | BAIXO | 0,00% | 41,18% |
| | SUBTOTAL | 100,00% | 100,00% |
| DENS. POP. BAIXA | MUITO ALTO | 50,00% | 25,00% |
| | ALTO | 50,00% | 25,00% |
| | BAIXO | 0,00% | 50,00% |
| | SUBTOTAL | 100,00% | 100,00% |

**Tabela tripla "densidade populacional" (Mundo)**

| | | MULHER | HOMEM |
|---|---|---|---|
| ALTA | MUITO ALTO | 100% | 50% |
| | ALTO | 0% | 0% |
| | BAIXO | 0% | 50% |
| | SUBTOTAL | 100% | 100% |
| MÉDIA | MUITO ALTO | 50% | 30% |
| | ALTO | 50% | 30% |
| | BAIXO | 0% | 40% |
| | SUBTOTAL | 100% | 100% |
| BAIXA | MUITO ALTO | 50% | 0% |
| BAIXA | ALTO | 50% | 50% |
| | BAIXO | 0% | 50% |
| SUBTOTAL | | 100% | 100% |

**Tabela tripla "densidade populacional" (Europa)**

| | | MULHER | HOMEM |
|---|---|---|---|
| TUR.ALTO | MUITO ALTO | 67% | 23,5% |
| | ALTO | 33% | 23,5% |
| | BAIXO | 0% | 53% |
| | SUBTOTAL | 100% | 100% |
| TUR.MÉDIO | MUITO ALTO | 100% | 39% |
| | ALTO | 0% | 22% |
| | BAIXO | 0% | 39% |
| | SUBTOTAL | 100% | 100% |
| TUR.BAIXO | MUITO ALTO | 20% | 8% |
| | ALTO | 60% | 54% |
| | BAIXO | 20% | 38% |
| SUBTOTAL | | 100% | 100% |

**Tabela tripla "turismo" (Mundo)**

| | | MULHER | HOMEM |
|---|---|---|---|
| TUR.ALTO | MUITO ALTO | 50% | 20% |
| | ALTO | 50% | 0% |
| | BAIXO | 0% | 80% |
| | SUBTOTAL | 100% | 100% |
| TUR.MÉDIO | MUITO ALTO | 100% | 33% |
| | ALTO | 0% | 50% |
| | BAIXO | 0% | 17% |
| | SUBTOTAL | 100% | 100% |
| TUR.BAIXO | MUITO ALTO | 50% | 24% |
| | ALTO | 50% | 38% |
| | BAIXO | 0% | 38% |
| SUBTOTAL | | 100% | 100% |

**Tabela tripla "turismo" (Europa)**

## 5. A desproporção entre os resultados de líderes nacionais mulheres e líderes nacionais homens pode ser explicada pelo fracasso dos "*strongmen*"

Neste tópico, iremos testar a hipótese 4, segundo a qual a desproporção entre os resultados apresentados por líderes nacionais mulheres e por líderes nacionais homens deve-se mais ao "fracasso" da "masculinidade tóxica" como paradigma de governabilidade do que à "superioridade" de qualquer característica atribuível ao gênero feminino. Em certa medida, essa hipótese se relaciona com a hipótese 6, que atribui o sucesso das líderes nacionais mulheres a uma "ética do cuidado", tipicamente feminina. Ora, a "masculinidade tóxica" pode ser compreendida como um "excesso" de "ética da justiça", que, por sua vez, aparece como paradigma oposto ao da "ética do cuidado" [22]. Desse modo, se a hipótese 5 (inspirada na opinião veiculada pela *The Atlantic*) estiver correta, perceberemos que os líderes que adotam o modelo de governança típico de um "*strongman*" terão resultados significativamente piores do que os dos demais. Ademais, ao excluirmos tais "*strongleaders*" do cálculo, nenhuma diferença significativa deverá ser percebida entre os resultados de homens e mulheres entre os líderes "remanescentes", já que a desproporção entre os resultados apresentados por ambos os gêneros seria decorrente do fracasso da masculinidade tóxica como paradigma de liderança. Contudo, se a *Forbes* estiver correta e o "sucesso das mulheres" for explicado por uma "sensibilidade feminina", a "exclusão" dos *strongleaders* da amostra não diminuirá de forma significativa a desproporção entre os resultados apresentados por ambos os gêneros, já que mesmo os líderes homens que não tenham o perfil de "*strongmen*" também não possuiriam a "sensibilidade feminina".

22. [26] FORD, Maureen; LOWERY, Carol R. Gender Differences in Moral Reasoning: A Comparison of the Use of Justice and Care Orientations. **Journal of Personality and Social Psychology,** 1986, vol. 50, n.4, pp.777-783.

Utilizamos dois testes diferentes para medir a influência que uma "masculinidade tóxica" como paradigma de liderança exerce sobre a variável dependente "resultado na gestão da crise gerada pela pandemia". O primeiro teste considera a personalidade e as estratégias de governanças específicas dos atuais líderes políticos dos países que compõem a amostra. O segundo teste retira o foco das personalidades individuais dos líderes e o reposiciona na própria tradição política do país, já que seria plausível presumir, pela mesma lógica da "masculinidade tóxica", que "*strongcountries*" tenderiam a ter um desempenho ruim na gestão da crise gerada pela pandemia.

Para o primeiro teste, classificamos como "*strongleaders*" os chefes de governo e/ou de Estado dos seguintes países: China, Hungria, Israel, Hong Kong, Turquia, Tailândia, Rússia, Filipinas, Camboja, EUA e Reino Unido [23]. Dessa lista, quatro obtiveram "sucesso muito alto" na lista do DKG (China, Hungria, Israel e Hong Kong [24]), dois obtiveram "sucesso alto" (Turquia e Tailândia) e cinco "fracassaram" na gestão da crise gerada pela pandemia (Rússia, Filipinas, Camboja, EUA e Reino Unido). Não foi possível identificar, portanto, uma relação entre "masculinidade tóxica" e "fracasso na gestão da crise gerada pela pandemia" por meio desse primeiro teste. Além disso, a "retirada" dos *strongleaders* da amostra sequer diminuiu a desproporção entre os resultados apresentados por ambos os gêneros na gestão da crise gerada pela pandemia.

O segundo teste analisa a influência que uma tradição política voltada para o paradigma de "força, ordem e autoridade" teria sobre a gestão da crise gerada pela pandemia. As variáveis de controle utilizadas

23. O critério utilizado para classificar um chefe de governo ou de estado como "*strongleader*" foi a frequência com que tal líder é associado ao modelo da "lei e ordem" em diversas publicações de jornais. Ver: <https://time.com/5264170/the-strongmen-era-is-here-heres-what-it-means-for-you/>; <https://www.latrobe.edu.au/news/articles/2018/opinion/the-rise-of-strongman-politics>; <https://www.ft.com/content/8895ad84-d2d8-11e9-a0bd-ab8ec6435630>; <https://www.theguardian.com/theobserver/2013/jan/05/binyamin-netanyahu-profile>; <https://www.dailysabah.com/opinion/op-ed/netanyahu-the-strongman-fueling-fire-in-west-bank>.

24. Deve-se ressaltar que decidimos incluir Hong Kong na lista porque a Chefe de Governo (Carrie Lam) tem sido bastante criticada por adotar posturas caracterizadas como típicas de "*strongmen*", a exemplo do uso de força policial contra seus adversários – no caso, manifestantes que demandavam, na forma de protestos, um maior grau de abertura democrática do país.

nesse segundo teste foram "gastos com militarização" [25] e "qualidade da democracia". A variável "gastos com militarização" foi escolhida em razão da associação teórica que é constantemente realizada entre "masculinidade tóxica" e "violência, guerra e armas". A variável "qualidade da democracia" foi escolhida em razão da associação teórica entre "masculinidade tóxica" e autoritarismo.

Na "Amostra Mundo", a "militarização", conforme o teste qui-quadrado, não apresentou nenhuma correlação significativa com os resultados na gestão da crise gerada pela pandemia. Países com alto grau de militarização (Singapura, Israel, Coreia do Sul, Taiwan e Emirados Árabes Unidos) obtiveram "sucesso muito alto" na gestão da crise gerada pela pandemia. Ao mesmo tempo, países com baixo grau de militarização (Alemanha, Hungria, Japão, Suíça, Bélgica, Dinamarca e Áustria) também conseguiram obter desempenhos excelentes no combate à pandemia. É possível perceber, contudo, que os estratos de militarização "muito alta" e "alta" são compostos, em quase sua totalidade, por países asiáticos. Os países ligados à tradição democrática da Europa ocidental figuram, em sua maioria, nos estratos de "militarização média e baixa". Inclusive, na "Amostra Europa", a "militarização" correlacionou-se com os resultados na gestão da crise gerada pela pandemia de maneira significativa (.09 no teste qui-quadrado). No estrato "militarização alta", nenhum país conseguir obter "sucesso muito alto" na gestão da crise gerada pela pandemia e quase metade teve um desempenho ruim. No estrato "militarização baixa", mais da metade dos países obteve "sucesso muito alto" e apenas ¼ (aproximadamente) obteve "sucesso baixo".

| %SUCESSO | MIL. MUITO ALTA | MIL. ALTA | MIL. MÉDIA | MIL. BAIXA |
|---|---|---|---|---|
| MUITO ALTO | 45,46% | 21,43% | 25,00% | 43,75% |
| ALTO | 18,18% | 35,71% | 37,50% | 31,25% |
| BAIXO | 36,36% | 42,86% | 37,50% | 25,00% |
| TOTAL | 100,00% | 100,00% | 100,00% | 100,00% |

**Tabela bivariada "militarização" (Mundo)**

| % SUCESSO | MIL. ALTA | MIL. BAIXA |
|---|---|---|
| MUITO ALTO | 0,00% | 55,56% |
| ALTO | 54,55% | 22,22% |
| BAIXO | 45,45% | 22,22% |
| TOTAL | 100,00% | 100,00% |

**Tabela bivariada "militarização" (Europa)**

25. Os dados foram retirados do relatório sobre "gastos com militarização" publicado anualmente por *Stockholm International Pearce Research Institute.* Ver: STOCKHOLM INTERNATIONAL PEARCE RESEARCH INSTITUTE. **SIPRI Military Expenditure Database**. Disponível em: < https://www.sipri.org/databases/milex >. Acesso em: 28 de junho de 2019.

Observando as estatísticas das duas amostras em conjunto, percebemos que a compreensão do "militarismo" como uma qualidade "negativa" de liderança para o contexto da gestão da crise gerada pela pandemia só se sustenta em relação às democracias ligadas à tradição europeia-ocidental, o que poderia significar duas coisas diferentes: ou o padrão de governo baseado na "ordem e força" só é "tóxico" para o contexto ocidental, ou o indicador utilizado (gastos com a militarização) não mede adequadamente o conceito "masculinidade tóxica".

A inserção da variável de controle "militarização" também não revelou, em nenhuma das duas amostras, uma correlação espúria entre a variável independente ("gênero do líder político") e a variável dependente ("sucesso na gestão da crise gerada pela pandemia"), pois as mulheres permaneceram obtendo um desempenho muito superior ao dos homens independentemente dos níveis de militarização.

| | | MULHER | HOMEM |
|---|---|---|---|
| MIL.MUITO ALTA | MUITO ALTO | **100,00%** | **33,33%** |
| | ALTO | 0,00% | 22,22% |
| | BAIXO | 0,00% | 44,44% |
| | **SUBTOTAL** | **100,00%** | **100,00%** |
| MIL.ALTA | MUITO ALTO | 0,00% | 27,27% |
| | ALTO | 66,67% | 27,27% |
| | BAIXO | 33,33% | 45,46% |
| | **SUBTOTAL** | **100,00%** | **100,00%** |
| MIL.MÉDIA | MUITO ALTO | 66,67% | 15,38% |
| | ALTO | 33,33% | 38,47% |
| | BAIXO | 0,00% | 46,15% |
| | **SUBTOTAL** | 100,00% | 100,00% |
| MIL. BAIXA | MUITO ALTO | 80,00% | 27,28% |
| | ALTO | 20,00% | 36,36% |
| | BAIXO | 0,00% | 36,36% |
| | **SUBTOTAL** | **100,00%** | **100,00%** |

**Tabela tripla "militarização" (Mundo)**

| | | MULHER | HOMEM |
|---|---|---|---|
| MIL. ALTA | MUITO ALTO | **0,00%** | **0,00%** |
| | ALTO | 100,00% | 37,50% |
| | BAIXO | 0,00% | 62,50% |
| | **SUBTOTAL** | 100,00% | 100,00% |
| MIL. BAIXA | MUITO ALTO | **100,00%** | **33,33%** |
| | ALTO | 0,00% | 33,33% |
| | BAIXO | 0,00% | 33,33% |
| | **SUBTOTAL** | 100,00% | 100,00% |

**Tabela tripla "militarização" (Europa)**

Por sua vez, em relação à variável de controle "qualidade da democracia", os testes em ambas as amostras revelaram, *graficamente*,

que regimes democráticos tendem a ter resultados melhores na gestão da crise gerada pela pandemia do que regimes autoritários. Contudo, a correlação entre tais variáveis, na "Amostra Mundo", está muito longe de ser significativa (.60 no teste qui-quadrado) e, na "Amostra Europa" (.16 no teste qui-quadrado), os países classificados como "democracias totais" são, em sua maioria, os que possuem IDH muito alto, enquanto que os países classificados como "democracias falhas" possuem IDH mais baixo. Portanto, é possível que a correlação entre "nível de democracia" e "resultado na gestão da crise gerada pela pandemia" deva-se mais diretamente ao fator "IDH" (variável de controle que apresentou correlação mais significante com a variável dependente) do que ao nível de democracia presente na tradição de um país. De todo modo, como as mulheres se mantiveram com índices de sucesso mais altos do que os dos homens mesmo após a inserção da variável de controle "qualidade de democracia" na tabela tripla, não identificamos, nesse contexto, nenhuma correlação espúria entre a variável independente ("gênero do líder político") e a variável dependente ("sucesso na gestão da crise gerada pela pandemia").

| | | MULHER | HOMEM |
|---|---|---|---|
| D. TOTAL | MUITO ALTO | 83,33% | 40,00% |
| | ALTO | 16,67% | 20,00% |
| | BAIXO | 0,00% | 40,00% |
| | SUBTOTAL | 100,00% | 100,00% |
| D. COM FALHAS | MUITO ALTO | 57,14% | 19,05% |
| | ALTO | 42,86% | 38,10% |
| | BAIXO | 0,00% | 42,86% |
| | SUBTOTAL | 100,00% | 100,00% |
| HÍB./AUTORIT. | MUITO ALTO | 0,00% | 23,08% |
| | ALTO | 0,00% | 30,77% |
| | BAIXO | 100,00% | 46,15% |
| | SUBTOTAL | 100,00% | 100,00% |

**Tabela tripla "qualidade da democracia" (Mundo)**

| | | MULHER | HOMEM |
|---|---|---|---|
| D. TOTAL | MUITO ALTO | 100,00% | 33,33% |
| | ALTO | 0,00% | 11,11% |
| | BAIXO | 0,00% | 55,56% |
| | SUBTOTAL | 100,00% | 100,00% |
| D. COM FALHAS | MUITO ALTO | 25,00% | 18,18% |
| | ALTO | 75,00% | 45,45% |
| | BAIXO | 0,00% | 36,36% |
| | SUBTOTAL | 100,00% | 100,00% |

**Tabela tripla "qualidade da democracia" (Mundo)**

Conclui-se, portanto, que: (1) a hipótese de que a desproporção entre o sucesso das líderes mulheres e dos líderes homens resulta do fracasso dos "*strongmen*" não pôde ser estatisticamente confirmada; e (2) não foi possível detectar uma correlação espúria entre as variáveis independente ("gênero do líder político") e dependente ("nível de sucesso na gestão da crise gerada pela pandemia") a partir da inserção de tal controle nas tabelas triplas.

## 6. A desproporção entre os resultados de líderes nacionais mulheres e líderes nacionais homens pode ser explicada pela extraordinária competência das primeiras, tendo em vista que elas foram "submetidas" ao filtro do machismo

Até aqui, não conseguimos descartar a hipótese de que há algo de "especial" na liderança feminina. Trabalhemos, então, com a suposição de que as mulheres realmente tiveram um desempenho melhor do que o dos homens na gestão da crise gerada pela pandemia em razão de alguma característica tradicionalmente relacionada ao gênero feminino. A questão, agora, é saber *qual* característica seria essa: a) uma sensibilidade feminina, típica do modelo de "ética do cuidado"; ou b) uma competência extraordinária das atuais líderes do gênero feminino, visto que, dado o "filtro do machismo", apenas mulheres com uma capacidade acima da média conseguiriam alcançar a chefia de Estado e/ou de governo de um país? Nesse tópico, iremos testar se essa segunda hipótese, inspirada pelo posicionamento do *The Guardian*, sustenta-se estatisticamente.

A lógica do "filtro do machismo" é a seguinte: quanto mais machista for a população de um país, mais dificuldades as mulheres terão para chegar à sua chefia de governo e/ou de Estado, o que significa que uma mulher que consiga tal feito provavelmente é "extraordinariamente competente"

e, consequentemente, que esse país terá uma grande chance de obter bons níveis de sucesso em uma situação como a da gestão da crise gerada pela pandemia. Percebe-se, de imediato, que, se tal hipótese estivesse correta, deveríamos observar uma relação que obedecesse à seguinte lógica: quanto maior a igualdade de gênero de um país, menor o sucesso de sua líder feminina, e vice-versa.

| % SUCESSO | I.G. ALTA | I.G. MÉDIA | I.G. BAIXA |
|---|---|---|---|
| MUITO ALTO | 58,33% | 30,77% | 9,52% |
| ALTO | 25,00% | 53,85% | 23,81% |
| BAIXO | 16,67% | 15,38% | 66,67% |
| TOTAL | 100,00% | 100,00% | 100,00% |

**Tabela bivariada "igualdade de gênero" (Mundo)**

| % SUCESSO | I.G. ALTA | I. G. MÉDIA | I. G. BAIXA |
|---|---|---|---|
| MUITO ALTO | 62,50% | 30,00% | 18,18% |
| ALTO | 12,50% | 40,00% | 45,46% |
| BAIXO | 25,00% | 30,00% | 36,36% |
| TOTAL | 100,00% | 100,00% | 100,00% |

**Tabela bivariada "igualdade de gênero" (Europa)**

| | | MULHER | HOMEM |
|---|---|---|---|
| I.G. ALTA | MUITO ALTO | **80,00%** | **42,86%** |
| | ALTO | 20,00% | 28,57% |
| | BAIXO | 0,00% | 28,57% |
| | SUBTOTAL | **100,00%** | **100,00%** |
| I.G. MÉDIA | MUITO ALTO | 33,33% | 30,00% |
| | ALTO | 66,67% | 50,00% |
| | BAIXO | 0,00% | 20,00% |
| | SUBTOTAL | **100,00%** | **100,00%** |
| IG. BAIXA | MUITO ALTO | 0,00% | 10,00% |
| | ALTO | 0,00% | 25,00% |
| | BAIXO | 100,00% | 65,00% |
| | SUBTOTAL | **100,00%** | **100,00%** |

**Tabela tripla "Igualdade de gênero" (Mundo)**

| | | MULHER | HOMEM |
|---|---|---|---|
| I. G. ALTA | MUITO ALTO | **80,00%** | **33,33%** |
| | ALTO | 20,00% | 0,00% |
| | BAIXO | 0,00% | 66,67% |
| | SUBTOTAL | **100,00%** | **100,00%** |
| I. G. MÉDIA | MUITO ALTO | 50,00% | 25,00% |
| | ALTO | 50,00% | 37,50% |
| | BAIXO | 0,00% | 37,50% |
| | SUBTOTAL | **100,00%** | **100,00%** |
| I. G. BAIXA | MUITO ALTO | 0,00% | 22,22% |
| | ALTO | 100,00% | 33,33% |
| | BAIXO | 0,00% | 44,44% |
| | SUBTOTAL | **100,00%** | **100,00%** |

**Tabela tripla "Igualdade de gênero" (Europa)**

Não é, contudo, o que acontece: nas duas amostras, os países com maior igualdade de gênero (tanto os liderados por mulheres quanto os liderados por homens) tiveram resultados melhores do que os dos países menos igualitários. Inclusive, a correlação entre as variáveis "desigualdade

de gênero" [26] e "nível de sucesso na gestão da crise gerada pela pandemia" obteve .008 no teste qui-quadrado da "Amostra Mundo", o que parece reforçar a hipótese de que o sucesso político de um país, holisticamente considerado, é o fator que mais influencia os resultados na gestão da crise gerada pela pandemia.

Por sua vez, não foi possível encontrar indícios de correlação espúria entre as variáveis independente ("gênero do líder político") e dependente ("nível de sucesso na gestão da crise gerada pela pandemia"), pois a desproporção entre os resultados de líderes homens e os de líderes mulheres permaneceu intacta mesmo após a adição da variável de controle "desigualdade de gênero" na tabela tripla.

## 7. Conclusão: a desproporção entre os resultados de líderes nacionais mulheres e líderes nacionais homens pode ser explicada em termos de uma "ética do cuidado" associada ao gênero feminino?

Essa pesquisa foi concebida para testar se a hipótese "líderes nacionais mulheres têm maior sucesso do que líderes nacionais homens na gestão da crise gerada pela pandemia pelo fato de adotarem uma ética do cuidado, a qual está associada ao gênero feminino", formulada com base em posicionamento da revista *Forbes*, resistiria a um teste de falsificação indireto consistente na busca por uma "correlação espúria" entre as duas variáveis ou por uma explicação causal alternativa estatisticamente plausível.

Confirmamos, no tópico 2, a existência de uma correlação significativa entre o fator "líder do gênero feminino" e os fatores "nível de sucesso alto na gestão da crise gerada pela pandemia" e "nível de sucesso muito

26. Os dados foram retirados do relatório sobre "igualdade de gênero" publicado anualmente pela Organização das Nações Unidas. UNITED NATIONS. **Human Development Report.** Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/data >. Acesso em: 28 de junho de 2019.

alto na gestão da crise gerada pela pandemia". Em seguida, descartamos a existência de uma correlação espúria entre tais variáveis. Para tanto, utilizamos as seguintes variáveis de controle:

a) "IDH", "nível de educação", "qualidade da democracia" e "fragilidade do Estado" – todas agrupadas sob a rubrica "sucesso político" e abordadas no tópico 3 do escrito;

b) "população bruta", "densidade populacional" e "turismo" – todas agrupadas sob a rubrica "outros fatores" e abordadas no tópico 4 do artigo; e

c) "*strongleaders*", "gastos governamentais com militarização" e "qualidade da democracia" – todas agrupadas sob a rubrica "masculinidade tóxica" e abordadas no tópico 5 do texto.

Os resultados dos testes das hipóteses 2, 3, e 4, inspiradas pelo *The Atlantic* e pela *Spiked*, não excluíram a possibilidade de existência de algo de "especial" na liderança feminina. No tópico 6, testamos, por meio da utilização da variável de controle "igualdade de gênero", a hipótese de que essa "característica especial" seria explicada por uma extraordinária competência das mulheres que vencem a barreira do machismo na política e concluímos que essa hipótese não se sustenta. Portanto, como não foi possível atestar nenhuma correlação espúria após a utilização das mencionadas variáveis de controle, tampouco uma explicação causal alternativa estatisticamente plausível para a desproporção entre os resultados obtidos por líderes mulheres e os obtidos por líderes homens no combate à pandemia, a hipótese de que haveria, de fato, algo de "especial" na liderança feminina tornou-se mais plausível.

Ainda podem existir, obviamente, inúmeras hipóteses alternativas que não tenham sido testadas neste trabalho e que poderiam vir a revelar a

existência de uma correlação espúria entre a variável independente "gênero do líder político" e a variável dependente "sucesso na gestão da crise gerada pela pandemia". Por tal razão, não podemos afirmar categoricamente que "mulheres tiveram mais sucesso na gestão da crise gerada pela pandemia em razão de uma ética do cuidado associada ao gênero feminino", sob pena de incorrermos em uma inferência equivocada do ponto de vista lógico. Sequer podemos afirmar – e é importante que isso fique claro – que o gênero feminino exerce, de fato, alguma influência sobre os resultados na gestão da crise gerada pela pandemia ou que tal influência é largamente relevante. O IDH, por exemplo, correlacionou-se com a variável dependente "nível de sucesso na gestão da crise gerada pela pandemia" de maneira muito mais significativa do que o fator "gênero feminino". Isso significa que a probabilidade de o sucesso do país no combate à pandemia ser mais influenciada pelas suas condições socioeconômicas do que pelo gênero de seu líder é maior do que a do cenário oposto. Contudo, este trabalho não se prestou a verificar eventual existência de causalidade entre a variável dependente "nível de sucesso na gestão da crise gerada pela pandemia" e as variáveis de controle aqui utilizadas, o que demandaria um estudo específico.

De todo modo, podemos afirmar que a hipótese levantada pela revista *Forbes* – "líderes mulheres têm maior sucesso do que líderes homens na gestão da crise gerada pela pandemia pelo fato de adotarem uma ética do cuidado, a qual está associada ao gênero feminino" – tornou-se mais plausível ao final desse trabalho do que quando o iniciamos, já que, no mínimo, conseguimos descartar potenciais correlações espúrias. Uma confirmação mais robusta de tal hipótese poderia ser perseguida, por exemplo, por meio de uma pesquisa qualitativa que compare as ações e discursos especificamente adotados por líderes políticos mundiais. Outra possibilidade seria permanecer no âmbito das pesquisas quantitativas, alargando o espectro amostral geograficamente e, quiçá, temporalmente e

materialmente, de modo a tornar possível uma avaliação da diferença entre o desempenho de ambos os gêneros na liderança de um número maior de países e em outros contextos de "catástrofe" sanitária e ambiental. Também seria viável a modificação de aspectos específicos do presente desenho de pesquisa (tais como a técnica de análise dos dados, as variáveis de controle e os indicadores utilizados), de modo a permitir a correção de eventuais "pontos cegos" e, assim, um incremento da validade externa das nossas conclusões.

## 8. Referências

CHAMORRO-PREMUZIC, Tomas; GALLOP, Cindy. 7 Leadership lessons men can learn from women. **Harvard Business Review**, 1o de abril de 2020. Disponível em: < https://hbr.org/2020/04/7-leadership-lessons-men-can-learn-from-women >. Acesso em: 28 de junho de 2020. Trad. livre.

COLLANGELO, Margareta. Covid-19 complexity demands sophisticated analytics deep analysis of global pandemic data reveals important insights. **Forbes**, 13 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/cognitiveworld/2020/04/13/covid-19-complexity-demands-sophisticated-analytics-deep-analysis-of-global-pandemic-data-reveals-important-insights/#320287472f6e>. Acesso em: 28 de junho de 2020.

FIGUEIREDO FILHO, Dalson Britto et al. When is statistical significance not significant?. **Bras. Political Sci. Rev,** 2013, vol.7, n.1, pp.31-55.

FORD, Maureen; LOWERY, Carol R. Gender Differences in Moral Reasoning: A Comparison of the Use of Justice and Care Orientations. **Journal of Personality and Social Psychology,** 1986, vol. 50, n.4, pp.777-783.

GILLIGAN, Carol. Moral Orientation and Moral Development. In: Alison Bailey and Chris J. Cuomo (eds.). **The Feminist Philosophy Reader**. Boston: McGraw-Hill, 2008.

GILLIGAN, Carol. **In A Different Voice.** Cambridge: Harvard University Press, 1982.

KLEINNIJENHUIS, Jan *et. at.* **Doing Research in Political Science**. 2.ed. London: Sage publications, 2006.

LEWIS, Helen. The Pandemic Has Revealed the Weakness of Strongmen: Women leaders are a symptom of a political system's success, not necessarily its cause. **The Atlantic**, 6 de Maio de 2020. Disponível em: < https://www.theatlantic.com/international/archive/2020/05/new-zealand-germany-women-leadership-strongmen-coronavirus/611161/>. Acesso em: 28 de junho de 2020.

MAHDAWI, Arwa. The secret weapon in the fight against coronavirus: women. **The Guardian,** 11 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/apr/11/secret-weapon-fight-against-coronavirus-women>. Acesso em: 28 de junho de 2020.

NAI, Alessandro; TOROS, Emre. The peculiar personality of strongmen: comparing the Big Five and Dark Triad traits of autocrats and non-autocrats. Political Research Exchange, 2020, vol.2, n.1, pp.1-24.

REINHART, Alex. **Statistics done wrong: the woefully complete guide**. San Francisco: No starch press, 1991.

SERHAN, Yasmeen. Lessons from Slovakia - Where Leaders Wear Masks. The country's politicians led by example, helping it flatten its curve. **The Atlantic,** 13 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/international/archive/2020/05/slovakia-mask-coronavirus-pandemic-success/611545/>. Acesso em: 28 de junho de 2020.

STOCKHOLM INTERNATIONAL PEARCE RESEARCH INSTITUTE. **SIPRI Military Expenditure Database**. Disponível em: <https://www.sipri.org/databases/milex >. Acesso em: 28 de junho de 2019.

THE ECONOMIST. **Democracy Index 2019.** Disponível em: <https://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=democracyindex2019>. Acesso em: 28 de junho de 2019.

THE GLOBAL ECONOMY. **Fragile States Index.** Disponível em: <https://www.theglobaleconomy.com/rankings/fragile_state_index/>. Acesso em: 28 de junho de 2019.

UNITED NATIONS. **2019 Revision of World Population Prospects**. Disponível em: <https://population.un.org/wpp/ >. Acesso em: 28 de junho de 2019.

UNITED NATIONS. **Human Development Report.** Disponível em: < http://hdr.undp.org/en/data >. Acesso em: 28 de junho de 2019.

WEST, Robin. **Caring for justice**. New York and London: New York University Press, 1997.

WHELAN, Ella. No, female leaders are not better at fighting covid-19. Stop fawning over Jacinda Ardern and Angela Merkel – it's sexist and embarrassing.

**Spiked**, 20 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.spiked-online.com/2020/04/20/no-female-leaders-are-not-better-at-fighting-covid-19/>. Acesso em: 28 de junho de 2020.

WITTENBERG-COX, Avivah. What Do Countries With The Best Coronavirus Responses Have In Common? Women Leaders. **Forbes**, 13 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/avivahwittenbergcox/2020/04/13/what-do-countries-with-the-best-coronavirus-reponses-have-in-common-women-leaders/#25fb73ef3dec> Acesso em: 08 de junho de 2020.

WORLD TOURISM ORGANIZATION. **Yearbook of Tourism Statistics**. 2019. Disponível em: <https://data.worldbank.org/indicator/ST.INT.ARVL>. Acesso em: 28 de junho de 2019.

# 5

# Intervencionismo Estatal na Pandemia do COVID-19: Diferimento de Tributos e sua Efetividade à Luz da Justiça Social Tributária

ALLANA CAROLINA DE CASTRO CRISOSTOMO

DIRLEY DA CUNHA JUNIOR

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Origem do Sistema Tributário Nacional; 3. Intervenção do Estado na economia em tempos de crise; 4. Tributação como Justiça Social na Pandemia; 5. Atuação do Estado no diferimento de tributos como forma de promoção da justiça social; 6. Conclusão; 7. Referências.*

## 1. Introdução

As buscas incessantes do Constituinte de 1987/1988 pela afirmação da justiça social no Brasil são manifestas, como se pode perceber pela leitura do preâmbulo da Constituição Federal de 1988, que registou o seu propósito de instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Nesse sentido, sabe-se que os tributos são fundamentais na manutenção do Estado, já que, através de sua arrecadação, é possível auferir receita para

execução e manutenção de políticas públicas, passando então a constituir a principal finalidade do Estado para assegurar os direitos fundamentais e justiça social previstos na Constituição.

Nesse sentido, os pressupostos de justiça e igualdade tributárias devem ser considerados primordiais nas decisões do Estado a fim de possibilitar à população o mínimo existencial e a busca pela redução das desigualdades sociais.

Em dezembro de 2019, ocorreu o primeiro alerta do governo chinês, na cidade de Wuhan, sobre o surgimento de um novo coronavirus que matou centenas de habitantes. Diante da disseminação e proporção de mortes que provocou pelo mundo, foi então decretado e definido pela OMS como a nova pandemia do COVID-19.

Desde o surgimento da doença que já matou milhares de pessoas no mundo, os governos passaram a adotar medidas de isolamento social a fim de conter o seu avanço. Assim, foi determinado o fechamento de lojas, escolas, shoppings e qualquer tipo de serviço que não fosse considerado essencial para sobrevivência da população, restando abertos tão somente farmácias e supermercados.

Como consequência disso, houve uma drástica redução na arrecadação e alerta a um iminente colapso econômico. A partir de então surgiram as primeiras preocupações dos Estados quanto aos efeitos danosos da pandemia, tanto na falência de empresas bem como o aumento da vulnerabilidade social e pobreza.

Diante da referida instabilidade, mostra-se com ela a significativa importância da atuação do Estado no combate a crise como forma de evitar a estagnação econômica e social.

Nesse contexto, urge a discussão acerca de quais mecanismos jurídico-econômicos o Estado, e mais diretamente o Poder Executivo, detém para contornar situações de instabilidade; de que forma eles devem ser implementados para que rapidamente possam atingir as suas finalidades; e, no caso desse texto, como se comportou o Governo brasileiro na utilização desses instrumentos na indução do tripé: "emprego – crédito – consumo" para amenizar os efeitos da crise em sua população. [1]

Buscando afagar os efeitos da pandemia, conter as desigualdades e reaver receita, o Estado passou a adotar medidas econômicas para proteção do emprego e renda bem como o diferimento de tributos na busca eficaz de contribuir com a mitigação dos efeitos sociais e econômicos enfrentados pela crise do COVID-19.

## 2. Origem do Sistema Tributário Nacional

As primeiras normas fundamentais sobre tributos na história constitucional brasileira sugiram em 1965 - quando ainda vigente a Constituição de 1946 - através da Emenda Constitucional nº 18, que instituiu o Sistema Tributário Nacional. Esse sistema composto por 27 artigos dispôs, de forma organizada, transparente e harmoniosa, sobre a definição de tributos e a competência para sua utilização, tratou das limitações ao exercício do poder de tributar, além consagrar princípios, imunidades e normas atinentes ao processo legislativo em matéria tributária.

Assim, instituído o Sistema Tributário Nacional no ano de 1965, o legislador notou a necessária formulação de uma grande lei que pudesse disciplinar o Sistema Constitucional de forma mais específica e detalhada. Então, 10 (dez) meses após a aprovação da Emenda Constitucional 18/1965, foi sancionada e publicada a Lei 5.172/66, o Código Tributário Nacional.

1. COSTA et al., 2010.

Ocorre, porém, que não se pode investigar acerca das mudanças na tributação e suas consequências sociais devido a pandemia do COVID-19, sem atrelar tal fato aos direitos sociais previstos na CF/88, que foi o principal marco social de novos contornos e dimensões na esfera pública ao instituir o Estado Democrático, além de ter estabelecido também princípios, garantias fundamentais e direitos que exigem ações por parte do Poder Público, inclusive quanto à intervenção na economia quando necessário, a fim de impedir colapso econômico e busca da justiça e equidade social.

Os impostos são uma das cinco espécies tributárias previstas na Constituição e foram criados como ferramentas pelas quais o poder público impõe que seus governados disponibilizem, compulsoriamente, em benefício da própria sociedade, os meios necessários para o custeio das despesas públicas.

## 3. Intervenção do Estado na economia em tempos de crise

Ao longo de séculos, o Estado sofreu diversas metamorfoses até chegar ao atual modelo de Estado Democrático de Direito. E no atual cenário de crise, ganha-se destaque o papel desse Estado na sociedade e economia.

Ao fazer uma breve análise histórica do Estado na economia, nota-se a sua importância na consolidação de uma estrutura capitalista, bem como na busca pela recuperação da atividade econômica em momentos de instabilidade.

O liberalismo surgiu para contrapor os regimes absolutistas e a sociedade estamental existente até o século XVII na Europa. O conceito foi inaugurado por John Locke em sua obra "Second Treatise of Government" em 1690, na qual sustentou a ideia de que o governo seria um "mal necessário", constituído por indivíduos que reunidos a compor uma sociedade seriam

responsáveis por manter a ordem e proteger a propriedade individual, consistente na vida, na liberdade individual e no direito de propriedade. [2]

Desse modo, por meio da concepção de lei "geral e abstrata" portadora de uma igualdade estritamente formal e do abstencionismo econômico, o Estado Liberal atribuiu segurança jurídica às trocas mercantis, criou um mercado de trabalho repleto de mão de obra barata [3] e assegurou à iniciativa privada a realização de qualquer atividade potencialmente lucrativa.

Dada essa característica abstencionista, qualquer ação do Estado Liberal se baseava na seguinte premissa: só é legítima a ação estatal absolutamente necessária e esse critério de necessariedade somente se perfaz quando a ação estatal vise a preservar a segurança individual dos cidadãos [4] .

O Estado liberal nasceu em um período de alta ebulição social, política e econômica, marcado pela ascensão da burguesia e o surgimento do mercado como principal instituição política e econômica que objetivava a internacionalização do comércio e da economia. [5]

O liberalismo econômico previu a intervenção mínima do Estado na economia, a fim de assegurar decisões livres por empresas e indivíduos com livre mercado e concorrência. Todavia, após a 1ª Guerra Mundial, com o mercado completamente destruído e tendo em vista a necessidade de uma transformação no cenário econômico mundial, a Europa deixou de ser símbolo da prosperidade capitalista dando lugar aos Estados Unidos como grande potência.

Este modelo começou a ruir após a 1ª Guerra Mundial, pois o mercado natural estava destruído, a economia necessitava ser reorganizada, mas não somente isso, a total liberdade contratual permitiu o desenvolvimento de

2. CENCI, BEDIN, FISCHER, 2011, p. 79.
3. POLANYI, 1957, p. 73.
4. SANTOS, 1988, p. 19.
5. POLANYI, 1957, p. 163.

monopólios, as empresas cresceram, e com isso os movimentos operários ganharam força, reivindicando melhores condições de trabalho e melhores condições sociais, a soma de tais fatores demandaram ao Estado intervir na economia e na ordem social para mitigar os efeitos negativos trazidos pelo liberalismo. [6]

Com a crise de 1929 e a queda do liberalismo econômico, que foi incapaz de superar crises dos mercados, Franklin Delano Roosevelt, presidente dos Estados Unidos à época, a fim de conter a crise, implementou um novo plano para economia americana através do *New Deal*. Influenciado pela teoria econômica de John Maynard Keynes, o *New Deal* teve como objetivo recuperar e reformar a economia norte-americana auxiliando os prejuízos promovidos pela grande depressão, demonstrando, portanto, a necessidade de mediação econômica do Estado como garantidor do bem-estar social da população, que o liberalismo foi e certamente seria incapaz de realizar.

Assim, a partir desse contexto, na década de 1970 surge o neoliberalismo econômico como uma nova orientação do Estado liberal, e assim o tributo como fonte regulatória extrafiscal. Com a teoria do *New Deal*, restou clara a concepção do Estado como garantidor econômico e social.

Entende-se por Estado Social a ordem político-jurídica moderna fundada na proteção social e na segurança econômica garantida pela intervenção do Estado nos limites da democracia e do Estado de Direito. Juridicamente se manifesta pela constitucionalização de direitos de natureza social, de responsabilidade do Estado, garantidos efetivamente pela forte intervenção estatal na economia. A presença do Estado na economia, que foi o grande debate do século XX, evoluiu para um capitalismo de Estado forte, fundado no Keynesianismo. [7]

6. MORAES, 2014, p. 274 – 275.
7. ROCHA, 2016, p 320.

Assim como ocorreu em momentos pretéritos da humanidade – como o Pós Segunda Grande Guerra e mais recentemente com a crise financeira de 2008 –, agora o Estado é novamente chamado para salvar a economia, não somente em mais uma de suas crises cíclicas econômicas periódicas, mas agora em uma pandemia sanitária mundial (a COVID-19).

O Brasil possui uma economia de mercado em que o Estado passa a renunciar seu protagonismo econômico para que as decisões e implantações de recursos fiquem sob a responsabilidade das empresas e da população. Todavia, mesmo se abstendo de intervir nas decisões, o Estado contemporâneo atua mais do que mero observador, na medida em que, sendo necessário, passa a intervir nas relações econômicas a fim de garantir o bem-estar social, a boa convivência entre empresas, evitando condutas abusivas em face a população, além de conceder e incentivar determinados setores de produção através de tributos e benefícios fiscais.

De acordo com Mankiw, "há dois motivos para que um governo intervenha na economia — promover a eficiência e promover a igualdade". Tal fato ocorre, principalmente, porque até mesmo o mais eficiente dos mercados não consegue "alocar os recursos de forma eficiente para maximizar o tamanho do bolo econômico". Sendo assim, algumas falhas podem ocorrer por fatores alheios a vontade do Estado, como é o caso da atual crise do COVID-19, que levou os governos a decretar calamidade pública e dar início ao isolamento social como forma de conter a disseminação do vírus que já matou milhares de pessoas no mundo.

É interessante o posicionamento de autores como Cass Sunstein, segundo o qual o "livre mercado" é, na realidade, fruto de conformação da ordem jurídica. Em outras palavras, ele não se constrói espontaneamente, mas por meio de opções políticas de Estado. Mercados são resultado de

intervenção do Estado no domínio econômico. [8]

Rachel Sztajn destaca o seguinte:

> Portanto, a intervenção do Estado na economia não deve ocorrer de forma indiscriminada, devendo haver motivos e justificativas como a garantia do interesse social e coletivo, ordem econômica e segurança nacional. Certamente, o atual momento de instabilidade, adequa o interesse geral da sociedade e legitima a intervenção do Estado na economia a fim de minimizar os prejuízos causados.

Deste modo, o Estado tem buscado intervir através de condutas que garantam o mínimo existencial para população, por meio de programas e benefícios que reduzam os impactos econômicos - tanto para população que vive em situação de vulnerabilidade social, bem como para pequenas empresas que padecerão com os prejuízos da crise - atuando, portando, como protagonista em atividades que normalmente atua como figurante.

Nesse sentido, dispõe a Constituição Federal de 1988:

> ***Art. 174.*** *Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.*
>
> ***§ 1º*** *A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.*

O que se nota, especialmente em momentos de crise, é que a intervenção estatal não somente se faz necessária, mas, sim, essencial para a manutenção da ordem econômica. Ou seja, desde a criação de um auxílio para as pessoas de baixa renda até a abertura de linhas de crédito de bilhões

8. BENSOUSSAN, GOUVÊA, pag. 145, 2017.

de reais para socorrer as empresas, a "mão do Estado" se faz presente para amparar a sociedade. [9]

De acordo com Bercovici, Clark, Corrêa e Nascimento [10] em tempos de crise como atualmente ocorre no Brasil "o Estado é essencial ao sistema capitalista já que ele coordena, incentiva, e promove a justiça social." Dessa forma o Estado deverá realizar seu papel de forma planejada de acordo com a Constituição Federal, durante e após a pandemia, a fim de reduzir os impactos sociais. Sendo, nesse passo, o Estado fundamental para manutenção do sistema econômico produtivo.

## 4. Tributação como Justiça Social na Pandemia

Através do recolhimento de tributos, o Estado arrecada os recursos necessários para cumprir a sua finalidade de erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e garantir o bem-estar coletivo, implementando os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, nos termos gizados no art. 3º da Constituição Federal de 1988.

Conforme o art. 23, inc. X da Carta Magna, o combate às causas da pobreza e dos fatores de marginalização, bem como a promoção da integração social dos setores desfavorecidos, é competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Logo, a atuação estatal no enfrentamento de crises econômicas e sociais deve ser um compromisso coordenado e integrado dos entes federados, típico de um federalismo cooperativo.

Resta claro o dever do Estado em prover de maneira universal os serviços sociais básicos, como saúde, educação de qualidade, assistência e previdência sociais, bem como um sistema de tributação que busque

9. VITAL, 2020.

10. BERCOVICI et alli, 2020.

a redução das desigualdades através de mecanismos que atribuam a capacidade contributiva do contribuinte e pessoalidade do tributo.

Para se promover a justiça e a busca dos princípios constitucionais, o Estado pode utilizar de diversos mecanismos. Salientam-se dois mecanismos complementares: o ajuste da carga tributária incidente sobre os indivíduos, de modo a estruturar um sistema tributário equitativo; e a alocação de recursos na sociedade – transferências diretas, políticas públicas efetivas e gastos governamentais.

Através de abordagem da política e do atual sistema democrático, é possível realizar uma análise do modo hodierno e desigual que a população brasileira sobrevive. Primeiramente, e sem quaisquer entraves sociológicos e antropológicos, percebe-se a existência de um modelo econômico baseado no capital e fundado na iniciativa privada dos meios de produção, na liberdade de indústria e comércio, e na busca de lucro. Esse modelo econômico capitalista, baseado em trocas comerciais, protecionismo, exploração do trabalho e acúmulo de capital, traz consigo a imensa desigualdade social.

Diante desses fatos, o Estado surge como principal responsável pela construção de uma sociedade livre, justa, igual e solidária, capaz de reduzir as consequências geradas pelo modelo econômico atualmente imposto. E, nesse contexto, o sistema tributário nacional surge com o dever de efetivar o cumprimento de tributos como forma de arrecadar receitas, buscando reduzir as disparidades financeiras através de princípios que visam a tributação direta, progressiva e baseado na renda e capacidade contributiva.

Em razão de momentos distópicos como o que atualmente tem ocorrido no mundo, e especificamente no Brasil, é que se nota a disparidade e consequências do *apartheid* socioeconômico e periférico, que agravam a situação da população local. Assim, o número de mortes e percentual de

contaminação é demasiadamente maior em Zonas periféricas e com maior índice de pobreza e vulnerabilidade.

Diante da disparidade social, vem à tona a carga de injustiça e sofrimento que cada vez que um desastre desaba na população é a parcela mais vulnerável que sofre os prejuízos de viver em estado de miséria. A OCDE, organização dos países avançados, calcula que 22 milhões de latino-americanos mergulhem na miséria se confirmadas as estimativas de queda de 5% na renda média da região.

A desigualdade torna a sociedade ainda mais despreparada para lidar tanto com a pandemia como com a recessão que ela desencadeou. [11]

Portanto, o Estado tem o dever de buscar a proteção, principalmente ao adotar medidas tributárias que contribuam no enfrentamento dos efeitos da pandemia da COVID-19 e a secular injustiça social brasileira, de forma que sejam efetivados os direitos e valores previstos na Constituição Federal.

Nesse sentido, a implementação das políticas sociais na luta por uma sociedade justa e igualitária traz consigo uma breve reminiscência da abordagem da teoria de Jonh Rawls que se dedicou a aplicar uma justiça distributiva conciliando liberdade e igualdade dentro de uma democracia, através de um sistema socioeconômico bem elaborado, com leve teor do contratualismo do século XVII.

John Rawls propôs a teoria da justiça em 1971, defendendo dois pressupostos básicos para o estabelecimento de uma sociedade mais justa: a igualdade de oportunidades a todos em condições de plena equidade e a condição de que os benefícios nela auferidos devem ser repassados preferencialmente aos menos privilegiados da sociedade, os socialmente desfavorecidos.

11. AMARTYA SEN, 2020.

**Primeiro**: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. **Segundo**: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posição e cargos acessíveis a todos. [12]

Através da sequência dos princípios de Rawls, percebe-se a busca na identificação de desigualdades naturais e ratifica-las através da liberdade, e o segundo princípio contribui com o primeiro de forma a corrigir as desigualdades que possam ocorrer através da amplitude da justiça.

Portanto, é necessário que o Estado, à luz dos preceitos Constitucionais, atue como protagonista nesse cenário de crise, assegurando os interesses coletivos, conduzindo os prejuízos gerados pelas instabilidades da crise, e através de medidas econômicas minimize o agravamento da miserabilidade populacional e efetive a justiça social.

## 5. Atuação do Estado no diferimento de tributos como forma de promoção da justiça social

O Estado tem como dever mitigar os efeitos e prejuízos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da COVID-19, no sentido de promover medidas rápidas no enfretamento das incertezas da crise.

Pela primeira vez o Brasil entrou em Estado de calamidade – Decreto Legislativo nº 06/2020, de 20 de março de 2020 - desde que a Lei de Responsabilidade Fiscal entrou em vigor.

O reconhecimento do estado de calamidade pública, previsto para durar até 31 de dezembro, é necessário "em virtude do monitoramento permanente da pandemia covid-19, da necessidade de elevação dos

12. RAWLS, J. 2000, p. 64.

gastos públicos para proteger a saúde e os empregos dos brasileiros e da perspectiva de queda de arrecadação". [13]

As diversas medidas que estão sendo utilizadas pelo governo a fim de aquecer e incentivar a economia são das mais diversas. Além da implementação do auxílio emergencial – como forma de proteção ao mínimo existencial constitucionalmente previsto– destinado a trabalhadores informais, desempregados e autônomos para o enfrentamento da crise da COVID- 19, foram concedidos também variados diferimentos tributários.

De acordo com a Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional nº 154, de 03 de abril de 2020, as datas de vencimento de IRPJ, IPI, CSLL, COFINS, PIS/PASEP, CPP, ICMS e ISSQN ficam prorrogadas conforme segue:

**Tabela 1 – Prorrogadas datas de vencimento de tributos** [14]

| Simples Nacional - Federal | | | |
|---|---|---|---|
| Abrangência: IRPJ, IPI, CSLL, COFINS, PIS/PASEP e CPP | | | |
| Mês Competência | Vencimento Original | Vencimento Atual | Base Legal |
| mar/20 | 20/04/2020 | 20/10/2020 | Res. CGSN n° 154 de 03/04/2020 |
| abr/20 | 20/05/2020 | 20/11/2020 | |
| mai/20 | 22/06/2020 | 21/12/2020 | |

| Simples Nacional - Estadual/Municipal | | | |
|---|---|---|---|
| Abrangência: ICMS e ISS | | | |
| Mês Competência | Vencimento Original | Vencimento Atual | Base Legal |
| mar/20 | 20/04/2020 | 20/07/2020 | Res. CGSN n° 154 de 03/04/2020 |
| abr/20 | 20/05/2020 | 20/08/2020 | |
| mai/20 | 22/06/2020 | 21/09/2020 | |

O pagamento do FGTS restou suspenso por força da Medida Provisória n° 927/2020, relativamente à exigibilidade do recolhimento do FGTS pelos empregadores, referente às competências de março, abril e maio de 2020, com vencimento, respectivamente, em abril, maio e junho de 2020. Além

13. AGÊNCIA SENADO, 2020.

14. Fonte: https://manucciadv.com.br/informativo-tributario-numero2-covid/

disso, o FGTS será recolhido em até 6 (seis) parcelas, sem incidência de atualização, multa e encargos tendo início em julho de 2020.

Ademais, através das portarias ME n° 139, de 03/04/2020, e nº 150, de 07/04/2020, foram possíveis as prorrogações de prazos de vencimento das contribuições e cumprimento de obrigações acessórias, inclusive aquelas empresas do Simples Nacional prorrogados os prazos para entrega da DEFIS e DANS – SIMEI, conforme tabelas abaixo:

**Tabela 2 – Prorrogada data de vencimento INSS patronal, Funrual, CPRB, RAT, Pis e Cofins** [15]

| INSS Patronal, Funrural, CPRB, RAT, PIS e COFINS | | | |
|---|---|---|---|
| Mês Competência | Vencimento Original | Vencimento Atual | Base Legal |
| mar/20 | 24/04/2020 | 25/08/2020 | Portarias 139, de 03/04/2020 e 150, de 07/04/2020 |
| abr/20 | 25/05/2020 | 23/10/2020 | |
| * regra geral de vencimento. Para Instituições Financeiras, considerar as datas de 20/08 e 20/10. | | | |

**Tabela 3 – Prorrogado cumprimento de obrigações acessórias** [16]

| Obrigação Acessória | | | |
|---|---|---|---|
| DCTF | | | |
| Mês Competência | Vencimento Original | Vencimento Atual | Base Legal |
| fev/20 | 23/04/2020 | 21/07/2020 | Instrução Normativa RFB nº 1932, de 03/04/2020 |
| mar/20 | 22/05/2020 | 21/07/2020 | |
| abr/20 | 19/06/2020 | 21/07/2020 | |

| Obrigação Acessória | | | |
|---|---|---|---|
| EFD (SPED) CONTRIBUIÇÕES | | | |
| Mês Competência | Vencimento Original | Vencimento Atual | Base Legal |
| fev/20 | 15/04/2020 | 14/07/2020 | Instrução Normativa RFB nº 1932, de 03/04/2020 |
| mar/20 | 15/05/2020 | 14/07/2020 | |
| abr/20 | 12/06/2020 | 14/07/2020 | |

| Obrigação Acessória | | | |
|---|---|---|---|
| DECLARAÇÃO IRPF | | | |
| Ano Competência | Vencimento Original | Vencimento Atual | Base Legal |
| 2019 | 30/04/2020 | 30/06/2020 | Instrução Normativa RFB nº 1930/2020. |

15. Fonte:https://manucciadv.com.br/informativo-tributario-numero2-covid/
16. Fonte: https://manucciadv.com.br/informativo-tributario-numero2-covid/

Renda da Pessoa Física, em acordo com o que dispõem as tabelas seguintes:

**Tabela 4 – Prorrogado prazo para entrega de DCTF e Declaração de IR** [17]

| Obrigação Acessória | | | |
|---|---|---|---|
| DCTF | | | |
| Mês Competência | Vencimento Original | Vencimento Atual | Base Legal |
| fev/20 | 23/04/2020 | 21/07/2020 | Instrução Normativa RFB nº 1932, de 03/04/2020 |
| mar/20 | 22/05/2020 | 21/07/2020 | |
| abr/20 | 19/06/2020 | 21/07/2020 | |

| Obrigação Acessória | | | |
|---|---|---|---|
| EFD (SPED) CONTRIBUIÇÕES | | | |
| Mês Competência | Vencimento Original | Vencimento Atual | Base Legal |
| fev/20 | 15/04/2020 | 14/07/2020 | Instrução Normativa RFB nº 1932, de 03/04/2020 |
| mar/20 | 15/05/2020 | 14/07/2020 | |
| abr/20 | 12/06/2020 | 14/07/2020 | |

| Obrigação Acessória | | | |
|---|---|---|---|
| DECLARAÇÃO IRPF | | | |
| Ano Competência | Vencimento Original | Vencimento Atual | Base Legal |
| 2019 | 30/04/2020 | 30/06/2020 | Instrução Normativa RFB nº 1930/2020. |

Com a finalidade de regular a economia, demonstrando claramente a função interventiva do Estado, foi implementado o benefício de redução das alíquotas de impostos extrafiscais, IOF, IPI, II e contribuições destinadas ao sistema "S". Ademais, as alíquotas referentes ao IPI sobre insumos utilizados em laboratório ou de farmácia; luvas, mitenes e semelhantes, exceto para cirurgia; e termômetros clínicos, foram reduzidas a zero:

17. Fonte: https://manucciadv.com.br/informativo-tributario-numero2-covid/

**Tabela 5 – Redução de alíquotas** [18]

| IOF | | |
|---|---|---|
| Período Abrangência | Alíquota Redução | Aplicação Redução |
| 03/04/2020 a | 0% | Operações de créditos, inclusive aquelas não liquidadas no vencimento; prorrogação, renovação, novação, composição, consolidação, confissão de dívida e negócios assemelhados, nos termos legais; operações de crédito em que era prevista alíquota adicional. |
| 03/07/2020 | 0% | |
| Base legal: Decreto nº 10.305, de 01/04/2020. | | |

| IPI | | |
|---|---|---|
| Período Abrangência | Alíquota Redução | Aplicação Redução |
| Até 30/09/2020 | 0% | Artigos de laboratório ou de farmácia, luvas, mitenes e semelhantes (exceto para cirurgia) e termômetros clínicos. |
| Base legal: Decreto nº 10.302, de 01/04/2020 | | |

A Secretaria da Receita Federal do Brasil determinou também redução a zero das alíquotas do Imposto de Importação (II) para alguns produtos relacionados ao combate da atual pandemia de COVID-19:

**Tabela 6 – Redução de alíquotas** [19]

| II | | |
|---|---|---|
| Período Abrangência | Alíquota Redução | Aplicação Redução |
| Até 30/09/2020 | 0% | Solução de álcool etílico, oxigênio medicinal, ar compromido medicinal, cloroquina, kits de teste para Covid-19, pastas, gazes, ligaduras, palitos de algodão e artigos semelhantes, gel antisséptico, desinfetante para dispositivos médicos, luvas de proteção, vestuário e seus acessórios de proteção, lençóis de papel, **entre outros** |
| Base legal: Instrução Normativa nº 1940/2020 | | |

Ocorreu ainda a prorrogação de prazo de certidões negativas de

18. Fonte: https://manucciadv.com.br/informativo-tributario-numero2-covid/

19. Fonte: https://manucciadv.com.br/informativo-tributario-numero2-covid/

débito e certidões positivas com efeito de negativas. A Receita Federal do Brasil e a Procuradoria da Fazenda Nacional editaram a Portaria Conjunta n° 555, publicada em 24/03/2020, que prorroga o prazo de validade das certidões que se encontravam ainda válidas na data da publicação da portaria, nos seguintes moldes:

**Tabela 7 – Diferimento de prazos de certidões** [20]

| Certidões Negativas de Débitos e Positivas com Efeitos de Negativa | |
|---|---|
| CND e CPEND | |
| Abrangência | Base Legal |
| Prorrogação por 90 dias do prazo e validade das certidões que se encontravam válidas na data da publicação da Portaria | Portaria Conjunta RFB/PGFN Nº 555, de 23/03/2020 |
| | * Publicação em 24/03/2020 |

## 6. Conclusão

Percebe-se cada vez mais a importância dos tributos e seu efeito regulador na efetividade de uma justiça social e redução das desigualdades, de acordo com as concepções notadamente marcadas pelo Estado Democrático de Direito, de influência liberal e social.

Ademais, constatou-se ainda a importância da intervenção limitada do Estado - principalmente em momentos de instabilidade econômica e crise ao longo da história, como é o caso da COVID-19 que provocou um colapso econômico mundial - como forma de mitigar os efeitos da desigualdade social e evitar o fechamento de empresas buscando a efetividade da justiça social também prevista na Constituição Federal.

Destarte, através da implementação de medidas de diferimento de tributos, obrigações e benefícios financeiros, o Estado tenta estabelecer e regular a economia e prejuízos sociais a fim de que haja movimentação financeira e aquecimento econômico.

20. Fonte: https://manucciadv.com.br/informativo-tributario-numero2-covid/

Entretanto, resta claro que, devido ao tema ser atual, não há ainda conclusões preponderantes quanto a ele. Contudo, é fundamental questionar que, em momentos distópicos como o atual, embora haja diversos enforques normativos quanto a pretensão do Estado, além de preceitos Constitucionais que reforçam uma melhor distribuição de renda – tributação progressiva e em acordo com capacidade contributiva do contribuinte – o Estado necessita reavaliar seus preceitos neoliberais como forma de regulação do capital, que, ao invés de reduzir as desigualdades, pode, do contrário, acabar reforçando-as.

## 7. Referências

BAPTISTA, Rodrigo. **Em sessão histórica, Senado aprova calamidade pública contra covid-19**. Agência Senado, 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/20/em-sessao-historica-senado-aprova-calamidade-publica-contra-covid-19. Acesso 14 de jun de 2020.

BENSOUSSAN, Fabio Guimarães; GOUVÊA, Marcus de Freitas. **Manual de Direito Econômico**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. PDF

BERCOVICI, Gilberto; CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo A., NASCIMENTO, Samuel P. **O indispensável Estado:** Uma das lições do coronavírus. Disponível em: <https://portaldisparada.com.br/economia-e-subdesenvolvimento/indispensavel-estado-coronavirus/>. Acesso em: 13 de junho. 2020.

BOBBIO, Norberto, **Teoria Geral da Política**, Trad: Daniela Beccaccia Versiani. 5º Ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

CENCI, Ana Righi. BEDIN, Gabriel de Lima. FISCHER, Ricardo Santi. **Do liberalismo aointervencionismo: O Estado como protagonista da (des)regulação econômica**. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, 2011, v. 3, n. 4, Jan-Jun, p. 77-97.

CHERQUES, Hermano. SCIELO, 2020. **John Rawls: a economia moral da justiça.** Soc. estado. vol.26 no.3 Brasília Sept./Dec. 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922011000300007. Acesso 10 de jun de 2020

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed., Salvador: editora Juspdovim, 2020.

FURLAN, Fabiano Ferreira**. *O debate entre John Rawls e Jürgen Habermas sobre a concepção de justiça***. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

HARVEY, David. **Política anticapitalista em tempos de COVID-19**. In: Sopa de Wuhan,ASPO, 1 ed. Mar., 2020.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 8. ed. São Paulo: Cengage, 2020. Tradução de: Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Ez2 Translate. p. 9-10.

MORAES. Ricardo Quantim. **A evolução histórica do Estado Liberal ao EstadoDemocrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente**. SENADO, 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269.pdf. Acesso em 13 de jun de 2020.

OLIVEIRA, Alexandre. A necessária proteção dos mais pobres em tempos de pandemia. JUS, 2020. Disponível em: 12 de junho de 2020 https://jus.com.br/artigos/80622/coronavirus-covid-19-e-tributacao/1

PIKETTI, Thomas. ***A economia da desigualdade***. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

PIKETTI, Thomas. ***O capital no século XXI***. Tradução Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

POLANYI, Karl. **The Great Transformation**. Boston: Beacon Press, 1957.

RAWLS, John, **Uma Teoria da Justiça/John Rawls**: Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROCHA, Manoel Ilson Cordeiro. **A crise do Estado Social na Europa Ocidental e na América Latina contemporânea e a precarização dos direitos fundamentais sociais: um estudo a partir das referências brasileiras e portuguesas**. Revista da Fundação Educacional de Ituverava, Nucleus, Ituverava, v. 13, n. 1, p. 319-325, 2016. Disponível em: <http://www.nucleus.feituverava.com.br/index.php/nucleus/article/view/1468/2019>. Acesso em:em 13 de jun de 2020.

SANTOS, Fábio; PERES, Ursula. Enfrentar a desigualdade tributária no Brasil e a pandemia. IJF, 2020. Disponível em: https://ijf.org.br/enfrentar-a-desigualdade-tributaria-no-brasil-e-a-pandemia/. Acesso em 13 de jun de 2020

SANTOS, Wanderley Guilherme dos Santos. **Paradoxos do liberalismo teoria e história**. São Paulo: Co-Edição Vértice e IUPERJ, 1988.

SZTAJN, Rachel, **Teoria Jurídica da empresa.** São Paulo: Atlas, 2004, p. 40-41.

TOZZINI FREIRE. **COVID-19 | TRIBUTÁRIO - MEDIDAS NA ÁREA TRIBUTÁRIA**. Tozzinifreire, 2020. Disponível em:https://tozzinifreire.com.br/boletins/covid-19tributario-medidas-na-area-tributaria. Acesso 10 de jun de 2020.

VITAL, Danilo. **Moratória tributária durante a pandemia é tendência mundial**. CONJUR, 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-10/moratoria-tributaria-durante-pandemia-tendencia-mundial. Acesso 13 de jun de 2020

# 6

# Poder de Polícia Administrativa em Tempos de Covid-19

ALTAIR OLIVEIRA SANTOS FILHO,
PATRÍCIA VERÔNICA NUNES CARVALHO SOBRAL DE SOUZA
E RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Regime jurídico administrativo e o poder de polícia; 3. Poder de polícia em tempos de covid-19: a Lei nº 13.979/2020, a dispensa de licitação e a atuação dos tribunais de contas; 3.1. A nova hipótese de dispensa de licitação para contratações públicas e a necessidade de fiscalização pelos órgãos de controle; 4. Conclusão; 5. Referências.*

## 1. Introdução

O presente trabalho tem como tema discussões acerca do regime jurídico administrativo, o poder de polícia, os limites da coercibilidade das medidas de enfrentamento à pandemia da COVID-19 e a importância da atuação dos Tribunais de Contas na salvaguarda do interesse público.

A problemática gira em torno da ponderação da supremacia e indisponibilidade do interesse público sobre o privado; do poder de polícia enquanto representação da interferência do Poder Público nas liberdades individuais; da autoexecutoriedade como atributo do poder de polícia e a proporcionalidade à situação de emergência; da dispensa de licitação para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da crise de saúde pública de importância internacional; e do controle exercido pelos Tribunais de Contas aos gestores públicos.

Desta forma, o estudo busca compreender conceitos pontuais do regime jurídico administrativo, da principiologia aplicada à disciplina; como o poder de polícia protege diversos bens jurídicos, inclusive a saúde e segurança públicas; quais as medidas iniciais adotadas pelo Estado Brasileiro no sentido de prevenir a proliferação do coronavírus, analisando os instrumentos legislativos em vigor. Além disso, tem o fito de destrinchar a nova hipótese de dispensa de licitação sob o enfoque das regras constitucionais e das normas gerais de licitação.

Assim, imperiosa a importância do estudo, tendo em vista a emergência de saúde pública decorrente do coronavírus e as constantes dúvidas quanto a aplicabilidade das medidas de enfrentamento à pandemia. Outrossim, também é relevante por abordar as limitações ao poder de polícia e a necessária razoabilidade das restrições impostas pela Administração Pública.

Para tanto, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, pelo método lógico dedutivo, de caráter exploratória, para expor lições doutrinárias sobre os temas propostos, criando-se um raciocínio lógico que demonstrasse proposições gerais, convergindo de forma conclusiva para o objeto central do estudo.

## 2. Regime jurídico administrativo e o poder de polícia

No estudo do regime jurídico, identificamos que o Direito Administrativo é disciplinado por um conjunto de princípios que orienta a função administrativa, de maneira harmônica, atribuindo ao Estado prerrogativas e restrições à sua atuação.

Neste sentido, as prerrogativas asseguram à Administração Pública o cumprimento de suas funções, de modo que as restrições limitam

o exercício de sua atividade em privilégio aos direitos dos cidadãos.

Por vezes, diversas matérias relacionadas ao Direito Administrativo coloca a autoridade do Estado e a liberdade do cidadão em polos opostos da análise. De um lado, a vontade do administrado de exercer seus direitos de maneira livre; e do outro, a Administração condicionando essa liberdade em prol do interesse e/ou bem-estar coletivo.

Esse conflito reflete na formação dos princípios basilares do regime jurídico administrativo, quais sejam, a indisponibilidade do interesse público pelo Estado e a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Antes de adentrar nos conceitos dos dois institutos, é importante distinguir princípios de regras. Numa tentativa de diferenciação terminológica, os princípios representam institutos mais amplos, abstratos, muitas vezes delimitados pelo próprio texto constitucional. É o que os diferencia das regras, cujo caráter mais concreto se afasta da personalidade abstrata dos princípios. Assim, "a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se" (CANOTILHO, 2000, p. 1.125).

Os princípios, por adotarem uma perspectiva mais generalista, podem ser sopesados a depender da situação em exame. Já as regras, antagônicas entre si, se anulam, numa verdadeira antinomia jurídica. Assim, quando duas regras se chocam, uma prevalece sobre a outra (antinomia própria); já nos casos de choque de princípios, haverá uma ponderação de interesses, escolhendo-se qual a melhor solução (antinomia imprópria).

Retornando ao estudo dos macros princípios que norteiam o regime jurídico administrativo, a indisponibilidade do interesse público define os limites da atuação da Administração, e é concebido da ideia de que os critérios de conduta do administrador público são estabelecidos pela impossibilidade de renunciar aos interesses da coletividade.

Tal princípio representa, em verdade, um contraponto ao da supremacia do interesse público sobre o privado. Isso porque, ainda que ao Estado seja dado poder de impor seus interesses acima dos privados, não lhe é possível abrir mão do interesse público.

Nesse diapasão, o interesse público pode ser distinguido em primário, composto pelas necessidades dos cidadãos enquanto coletividade; e secundário, que representa os interesses do Estado como sujeito de direito.

Esta referida supremacia do interesse público sobre o privado referenda a satisfação das necessidades coletivas, que prevalecem diante de necessidades específicas dos indivíduos, caso confrontadas.

O privilégio ao interesse público é imprescindível na formação de um Estado organizado, de maneira que contribui para o convívio social. Muito embora não esteja expresso em nenhum texto legal, a Constituição Federal de 1988 refere-se a alguns institutos associados à supremacia estatal, tais como a desapropriação (art. 5º, XXIV) e a requisição administrativa (art. 5º, XXV).

Além daquelas previstas na Lei Maior, tem-se, a título exemplificativo, a revogação dos próprios atos, em razão de oportunidade e conveniência (autotutela administrativa); a autoexecutoriedade e coercibilidade, conferindo legitimidade aos atos administrativos; a possibilidade de instituir cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, expressas no art. 58 da Lei nº 8.666/93, como a alteração unilateral dos contratos, por inadimplemento do particular; e o poder de polícia, que justifica a limitação dos direitos e garantias individuais em busca do interesse coletivo.

Das prerrogativas conferidas ao Estado, decorrem poderes inerentes à Administração Pública e conferidos às autoridades, sem os quais não haveria como fazer valer a vontade da lei sobre a vontade individual.

Esses poderes são instrumentos de trabalho, "adequados à realização das tarefas administrativas. Daí o serem considerados *poderes instrumentais*, diversamente dos poderes políticos, que são estruturais e orgânicos" (MEIRELLES, 2016, p. 137, grifos do autor).

A doutrina geralmente trata dos poderes normativo, disciplinar, hierárquico e o poder de polícia, objeto do presente estudo. Parte daquela diverge quanto aos chamados poderes discricionário e vinculado: enquanto alguns estudiosos os concebem como poderes autônomos; outros os conceituam como atributos de outros poderes ou de competências da Administração.

O poder de polícia é a representação da interferência do Poder Público no interesse privado para salvaguardar o interesse coletivo. Seu conceito compreende dois sentidos, segundo José Maria Pinheiro Madeira (2000, p. 15): *lato sensu*, que corresponde a toda ação restritiva do Estado em relação aos indivíduos; e *strictu sensu*, em que o referido poder se coloca como a própria atividade administrativa, consubstanciada no poder de restringir e condicionar o direito à liberdade e à propriedade.

Sob um enfoque histórico, durante a Idade Média, o Rei era detentor de todo o poder e designava tudo que dizia respeito à ordem da sociedade – contrária à moral e à ordem religiosa, cuja responsabilidade competia exclusivamente à autoridade eclesiástica.

Já no fim do século XV, o poder de polícia, à época conhecido como *jus politiae*, volta a guiar toda a atividade de Estado, na Alemanha, conferindo poderes amplos ao príncipe de interferir, inclusive, na vida privada e religiosa. Nesse mesmo momento, há uma distinção entre polícia e justiça, em que à justiça dizia respeito às normas aplicadas pelos juízes e que ficavam fora do ele estipuladas, sem a possibilidade de apelo aos tribunais.

No decorrer do tempo, o absolutismo do rei em ditar normas aos súditos restringiu-se a questões internas, excetuando de seu alcance as atividades eclesiásticas, militares e financeiras. Com o Estado de Direito, "inaugura-se nova fase em que já não se aceita a ideia de existirem leis a que o próprio príncipe não se submeta" (DI PIETRO, 2019, não p.), sobretudo porque o princípio da legalidade é um dos mais básicos em um Estado de Direito, em que a própria Administração se submete às normas por ela mesma instituídas.

Essa tendência evolutiva justifica-se pelo fato de que os primeiros modelos de Estado de Direito desenvolveram-se baseados no princípio do liberalismo, sendo um dos pilares deste sistema o direito à liberdade. Assim, tudo que fosse de encontro à liberdade teria caráter excepcional. Tal entendimento foi, posteriormente, normatizado nas Declarações Universais de Direitos e Constituições dos Estados, em que a atuação estatal se tornou exceção, somente sendo permitida a limitação das liberdades individuais para resguardar a ordem pública.

Seguidamente, ainda no século XIX, o Estado liberal começa a se tornar Estado intervencionista, sua atuação ultrapassa a garantia de segurança, afetando também a ordem econômica e social. Há, nessa época, o que se denomina de polícia geral e polícias especiais [1], que atuavam em vários setores da atividade dos particulares.

Modernamente, o poder de polícia adota a natureza de faculdade de que dispõe a Administração Pública para restringir e impor condições ao uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em prol do próprio Estado ou da coletividade (MEIRELLES, 2016, p. 152).

A polícia administrativa tem ampla extensão, protegendo, além

1. Modernamente se tem distinguido a polícia administrativa geral da polícia administrativa especial, sendo aquela a que cuida genericamente da segurança, da salubridade e da moralidade públicas, e esta de setores específicos da atividade humana que afetem bens de interesse coletivo, tais como a construção, a indústria de alimentos, o comércio de medicamentos, o uso das águas, a exploração das florestas e das minas, para os quais há restrições próprias e regime jurídico peculiar (MEIRELLES, 2016, p. 154).

da moral e dos bons costumes, outros bens jurídicos, tais quais a saúde pública, a segurança das construções e dos transportes. A partir disso, deve-se considerar que seus limites são demarcados exatamente pelo interesse social a que se quer assegurar em acordo com os direitos fundamentais previstos na Constituição, bem como pelos limites legais, posto que um dos corolários principais de um Estado de Direito.

## 3. Poder de polícia em tempos de Covid-19: a Lei nº 13.979/2020, a dispensa de licitação e a atuação dos tribunais de contas

Diante da narrativa aqui exposta, indaga-se: seria possível o Estado, em tempos de pandemia, impor ao cidadão uma obrigação ainda que contrária à sua vontade? Em caso positivo, haveria ofensa ao direito à liberdade constitucionalmente tutelado?

Incialmente, é necessário comentar que, conforme indicado alhures, o poder de polícia autoriza o Estado a restringir liberdades individuais com o fito de atender ao interesse da coletividade. Nessa perspectiva, por um lado, a Administração não pode extrapolar os limites da legalidade; e, por outro, tendo em vista a indisponibilidade do interesse público, não pode afastar tal prerrogativa.

Outrossim, ordinariamente, o Direito Administrativo já adota mecanismos preventivos em situações extraordinárias, como a desapropriação por interesse público; a requisição de bens em casos de iminente perigo público (art. 5º, XXV da CRFB/88); ou a contratação direta, com dispensa de licitação, nos termos do artigo 24, incisos III e IV da Lei de Licitações.

Sendo assim, em tempos de pandemia e emergência pública, como é o caso da COVID-19 [2], é perfeitamente factível que se imponham condutas positivas (fazer) ou negativas (não fazer) aos indivíduos em nome da saúde pública, a exemplo da determinação de que a população em geral não circule pelas ruas, apenas em casos de necessidade, e que evitem aglomerações que propiciam a disseminação da doença.

Outro exemplo é o caso de internação compulsória em casos confirmados de infecção, assim como a realização obrigatória de exames daqueles que, em contato com o doente, recuse a submissão ao exame diagnóstico. Tudo o que se impõe tem o fim máximo de resguardar o interesse e saúde públicos (CARVALHO FILHO, 2020, s/d).

Ainda que se alegue violação ao princípio da legalidade, é imprescindível o entendimento de que, em situações emergenciais e/ou de necessidade, deve-se haver sua mitigação, para "viabilizar atuações administrativas normativas [...] ou concretas caracterizadas como urgentes, excepcionais, temporárias e proporcionais" (OLIVEIRA, 2020, s/d).

A autoexecutoriedade é um dos atributos do poder de polícia, e dispõe que a Administração pode decidir e executar seus atos sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário para tanto. Nessa lógica, o Estado atua diretamente no sentido de coibir as atividades que afrontam a coletividade.

Entretanto, é importante distinguir a autoexecutoriedade da arbitrariedade. Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2020, s/d) orienta que a atuação administrativa deve ser devidamente justificada, sempre observando a juridicidade na ponderação de direitos fundamentais.

No cenário atual em que o Brasil se encontra, mostram-se justificadas

2. "Coronavírus é uma família de vírus que causam infecções respiratórias. O novo agente do coronavírus foi descoberto em 31/12/19 após casos registrados na China. Provoca a doença chamada de coronavírus (COVID-19)". Disponível em: https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca. Acesso em 04 mai. 2020.

as medidas de enfrentamento determinadas pelo Poder Público como forma de coibir a proliferação do número de infectados, inclusive aquelas pautadas na limitação de liberdades individuais já pontuadas anteriormente.

A lei federal nº 13.979/2020, cuja vigência é temporária – até quando perdurar o estado de emergência internacional – "dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019", consoante ementa.

O art. 7º determina que o Ministério da Saúde editará os atos normativos suficientes à regulamentação e operacionalização do disposto na lei. Já seu art. 3º disciplina quais as medidas poderão ser adotadas pelas autoridades públicas, dentro de suas competências, em rol exemplificativo a seguir delineado:

I - isolamento;

II - quarentena;

III - determinação de realização compulsória de:

a) exames médicos;

b) testes laboratoriais;

c) coleta de amostras clínicas;

d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou

e) tratamentos médicos específicos;

IV - estudo ou investigação epidemiológica;

V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;

VI - restrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por rodovias, portos ou aeroportos;

> VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de:
>
> a) entrada e saída do País; e
>
> b) locomoção interestadual e intermunicipal;
>
> VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e
>
> VIII - autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que:
>
> a) registrados por autoridade sanitária estrangeira; e
>
> b) previstos em ato do Ministério da Saúde.

Ato contínuo, o § 2º do referido art. 3º assegura às pessoas afetadas pelo vírus: a) o direito à informação permanente sobre seu estado de saúde e a assistência à família, conforme regulamento; b) o direito a tratamento gratuito; e c) pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas.

A legislação em exame, adotando a liberalidade já prevista na lei de licitações, permite a aquisição, com dispensa de procedimento licitatório, de bens, serviços, de engenharia, inclusive, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência internacional de saúde decorrente da COVID-19 (art. 4º), temporariamente e enquanto durar a crise (art. 4º, § 1º). Este tema será mais bem abordado no tópico subsequente.

Além disso, o texto normativo também impõe uma obrigação positiva a toda a coletividade de contribuir com as autoridades sanitárias, comunicando, imediatamente: a) possíveis contatos com agentes infecciosos do coronavírus; e b) circulação em áreas consideradas como regiões de contaminação pelo coronavírus (art. 5º, incisos I e II).

Torna também obrigatório o compartilhamento entre pessoas da Administração Pública, direta e indireta, dos entes federal, estadual e municipal, de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus, com o fim de evitar a sua disseminação (art. 6º), estendendo-se a obrigação às pessoas jurídicas de direito privado, quando solicitadas (art. 6º, § 1º).

Após a promulgação dos preceitos ora analisados, outros instrumentos legislativos entraram em vigor na tentativa de regulamentar o que até aqui fora disposto, seja alterando redação de alguns dispositivos ou incluindo outros ao texto original.

A Portaria 356, de 11 de março de 2020, do Ministério da Saúde regulamenta o art. 3º da Lei 13.979/20, e estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional em decorrência da infecção humana pelo coronavírus (art. 1º), a exemplo da responsabilização penal daqueles que descumprirem as medidas de isolamento e quarentena previstas no ato ministerial (art. 5º).

Dentre outras disposições, a referida portaria também trata da requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, prevista no art. 3º, inciso VII da lei federal, que será determinada por autoridade competente, de acordo com cada esfera administrativa, assegurando-se o direito à justa indenização (art. 7º).

Já a Portaria Interministerial nº 5, de 17 de março de 2020, instituída pelos Ministérios da Saúde e da Justiça e Segurança Pública, versa sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento à COVID-19, além da responsabilidade pelo seu descumprimento, consoante art. 3º, § 4º da Lei 13.979/20.

O art. 3º determina que o descumprimento das medidas previstas em lei acarreta responsabilização civil, administrativa e penal. Os servidores públicos que concorrerem para o não cumprimento, estão sujeitos à responsabilidade administrativa disciplinar (§ 1º), e caso o descumprimento cause prejuízo ao Sistema Único de Saúde – SUS, cabe à Advocacia-Geral da União, após comunicação do Ministério da Saúde, promover a reparação de danos materiais em face do agente infrator (§ 2º).

Outrossim, a transgressão ao isolamento, à quarentena, e à determinação de realização de exames médicos, testes laboratoriais e tratamentos médicos específicos compulsórios podem caracterizar os crimes de infração de medida sanitária preventiva e desobediência, ambos previstos nos arts. 268 e 330 do Código Penal brasileiro, se o fato não constituir crime mais grave, nos termos dos artigos 4º e 5º da PI.

Em clara representação ao poder coercitivo da polícia administrativa, autoridade policial poderá encaminhar o agente à sua residência ou a estabelecimento hospitalar para cumprimento das medidas legais estabelecidas e conforme determinação das autoridades sanitárias (art. 8º).

Outro exemplo da aplicação do poder de polícia administrativa, o Ministério da Saúde já havia definido o *lockdown* como uma das medidas de isolamento social no Boletim Epidemiológico nº 8, de 09 de abril de 2020. Em tradução livre, o "bloqueio total" tem como vantagem a eficácia na redução da curva de casos, e consiste em "cercar um determinado perímetro (estado, cidade ou região), interrompendo toda atividade por um breve período de tempo" (BRASIL, 2020). Além do *lockdown*, tem-se previstas no referido Boletim o distanciamento seletivo e o ampliado como modalidades menos rígidas [3].

3. O primeiro, também conhecido como "isolamento vertical", seria aquele focado apenas em pessoas que fizessem parte do chamado "grupo de risco", ou seja, pessoas com idade superior a 60 anos e os portadores de doenças crônicas. Já o ampliado, prevê que todos permaneçam em casa, e que apenas os setores essenciais permaneçam em funcionamento, desde que garantidas higienização e ausência de aglomeração (BRASIL, 2020).

Alguns estados e municípios brasileiros já aplicaram o bloqueio mais rígido, a exemplo do Maranhão, Pará, Ceará e Rio de Janeiro, que, inclusive prevê a imputação de multa pecuniária a quem descumprir a medida de isolamento [4] .

A Portaria nº 454, de 20 de março de 2020, declarou o estado de transmissão comunitária do coronavírus em todo o território nacional, definindo, como medida não-farmacológica, o isolamento domiciliar de pessoas com sintomas respiratórios e daquelas que residam no mesmo endereço, mesmo que assintomáticas, por um período máximo de 14 dias (art. 2º).

Por fim, em 20 de março de 2020, o Governo Federal editou dois novos atos, a Medida Provisória nº 926, que incluiu o § 9º ao art. 3º da Lei 13.979/20, no sentido de que o Presidente da República disporia sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se refere o art. 8º da mesma lei [5] , através de decreto; e o Decreto nº 10.282, cujo objetivo era balizar a compreensão do que seriam os serviços públicos e atividades essenciais.

Em recente julgado [6] , o Supremo Tribunal Federal reconheceu competência concorrente de União, Estados, Distrito Federal e Municípios para definição de serviços essenciais na pandemia, de maneira que compete à União legislar sobre o tema, mas o exercício desta competência deve "resguardar a autonomia dos demais entes".

Além dos dispostos no art. 3º, § 1º do Decreto, são consideradas atividades essenciais aquelas acessórias, de suporte e a disponibilização dos insumos necessários à cadeia produtiva relativas ao exercício e ao funcionamento dos serviços públicos e das atividades essenciais à população (§ 2º).

4. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-05/agencia-brasil-explica-entenda-o-que-e-o-lockdown. Acesso em 17 mai. 2020.

5. § 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais. (Incluído pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

6. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447&ori=1. Acesso em 16 mai. 2020.

## 3.1. A nova hipótese de dispensa de licitação para contratações públicas e a necessidade de fiscalização pelos órgãos de controle

Como já exposto, em tempos de pandemia e emergência pública, tal qual a provocada pela CODID-19, é possível que o Estado imponha medidas de maneira coercitiva para impedir a proliferação do contágio pelo coronavírus.

Também já é sabido que o Direito Administrativo, em situações extraordinárias, adota mecanismos preventivos como a desapropriação por interesse público, a requisição de bens em casos de iminente perigo público ou a contratação direta, com dispensa de licitação.

A Lei 13.979/20 instituiu nova hipótese de dispensa licitatória, visto que, de acordo com o art. 4º, *caput*, "é dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei". O § 1º estabelece que a dispensa retro referida é temporária, e deve viger enquanto perdurar a emergência de saúde pública.

Forçoso comentar que a lei em testilha se trata de norma geral de licitações e contratos administrativos, cuja competência legislativa cabe privativamente à União, nos termos do art. 22, XXVII da Constituição Federal. Neste sentido, suas disposições são aplicadas a todos os entes da federação, incluindo a Administração direta e indireta.

De notória importância também é que se observem os princípios da Administração Pública, e que se preserve, em primeiro lugar, o interesse público, prezando-se sempre pela moralidade, eficiência e transparência nas contratações.

Tanto o é que o § 2º do art. 4º assevera que todas as contratações consubstanciadas nesta lei devem ser imediatamente disponibilizadas em *site* oficial específico, que contenha, além do previsto no art. 8º, § 3º da Lei 12.527/11, o nome do contratado, o número de sua inscrição na Receita Federal, o prazo do contrato, o valor e o respectivo processo de contratação ou aquisição.

Ainda em atendimento à principiologia das contratações, a Administração ainda é incumbida de contratar a proposta mais vantajosa, resguardando a isonomia, transparência, publicidade e motivação, adotando um procedimento administrativo para análise de preços de obras e serviços, e justificando a escolha de determinado objeto.

A dispensa aqui tratada não deve estar relacionada a outra necessidade pública, senão a decorrente da COVID-19. Sendo assim, o art. 4º-B expressa que são presumidos os requisitos de contratação direta nos casos de:

> I - ocorrência de situação de emergência;
>
> II - necessidade de pronto atendimento da situação de emergência;
>
> III - existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e
>
> IV - limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência.

Seguidamente, o art. 4-C dispensa a elaboração de estudos preliminares, quando se tratar de bens e serviços comuns, isto é, "aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos por edital, por meio de especificações usuais de mercado" (art. 1º, parágrafo único, da Lei 10.520/02).

O art. 4-E permite ao Estado, nas situações de aquisição de bens, serviços e insumos a apresentação de termo de referência simplificado

ou de projeto básico simplificado. Para tanto, o termo deve conter: a) declaração do objeto; b) fundamentação simplificada da contratação; c) descrição resumida da solução apresentada; d) requisitos da contratação; e) critérios de medição e pagamento; f) estimativas dos preços – excepcionada, mediante justificativa da autoridade competente, segundo § 2º do art. 4º-E -; e g) adequação orçamentária.

Quanto à estimativa de preço, prevista no parágrafo anterior, a lei determina o atendimento a dois parâmetros, no mínimo, entre aqueles apresentados nas alíneas do inciso VI do § 1º do art. 4º, quais sejam, a) portal de compras do Governo Federal; b) pesquisa publicada em mídia especializada; c) sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo; d) contratações similares de outros entes públicos; ou e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores.

Por outro lado, o Poder Público não resta impedido de contratar por valores superiores àqueles obtidos através de estimativa, decorrentes de oscilações ocasionadas pela variação de preços. Nesta hipótese, deverá haver justificativa nos autos (§ 3º).

Há ainda a possibilidade, quando houver restrição de fornecedores ou prestadores de serviço, excepcional e justificadamente pela autoridade competente, de dispensar a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, ou o cumprimento de um ou mais requisitos de habilitação, ressalvados a exigência de apresentação de prova de regularidade relativa à Seguridade Social e cumprimento do disposto no art. 7º, XXXIII da CF, ou seja, da proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos (art. 4º-F).

A lei de emergência de saúde pública também traz disposições a respeito da modalidade pregão. De acordo com o art. 4º-G, nos casos de pregão, eletrônico ou presencial, cujo objeto seja a aquisição dos bens, serviços e insumos aqui tratados, os prazos de licitação serão contados pela metade. Os recursos, por sua vez, terão efeito apenas devolutivo (§ 2º). Se dispensa a realização de audiência pública prevista na lei de licitações (§ 3º) e aquelas feitas por meio do sistema de registro de preços serão consideradas compras nacionais (§ 4º).

Em relação à duração dos contratos regidos pela 13.979/20, estes terão a duração de até seis meses, podendo ser prorrogados por períodos sucessivos, enquanto durar a necessidade de enfrentamento dos efeitos da emergência de saúde pública (art. 4º-H).

Por derradeiro, a Administração Pública pode exigir que os particulares contratados suportem, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões ao objeto contratado, em até 50% do valor inicial atualizado do contrato (art. 4º-I).

Apresentadas os dispositivos que regulamentam a dispensa de licitação prevista na Lei 13.979/20, importa então tecer brevíssimas percepções do aqui tratado. Inicialmente, ainda que tenham instituído uma nova forma de dispensa de licitação, a própria lei prevê a adoção do pregão para aquisição de alguns objetos (art. 4º-G).

Igualmente, em verdade, as novas normas inauguram condições de exceção em função da excepcionalidade da pandemia, mas não afastam o regime de contratação da Lei 8.666/93. No mesmo sentido, em caso de omissão legislativa, deverão ser aplicadas, subsidiariamente, a lei geral de licitações e contratos administrativos, bem como a Lei 13.303/16 (estatuto das empresas estatais). Esta última se deve ao fato de que, em conformidade

com o antes exposto, as regras da Lei 13.979/20 se aplicam à Administração Pública direita e indireta.

A aplicação subsidiária das referidas leis gerais pode ocorrer, por exemplo, nos casos de aplicação de sanções por descumprimento ao disposto na novel legislação, ou de controle de despesas exercido pelos Tribunais de Conta dos Estados e da União.

O Tribunal de Contas é órgão auxiliar do Poder Legislativo e possui competência para fiscalizar as contas de qualquer entidade pública, além de efetivar o controle das entidades privadas que utilizem de dinheiro público para desempenho de suas atividades.

A Corte de Contas não está vinculada hierarquicamente com o Poder Legislativo, e, a despeito de auxiliá-lo, não pratica atos de natureza legislativa, mas sim fiscalizatória, de controle e administrativa.

Toda administração pública está sujeita a fiscalização, e levando em consideração as repercussões decorrentes do erário, a administração financeira e orçamentária submete-se a um acompanhamento mais rigoroso. Justamente por isso, a Constituição Federal determina o controle interno pelo próprio Executivo, e o controle externo, através do Congresso Nacional, auxiliado pelo TCU (artigos 70 ao 75) (MEIRELLES, 2016, p. 841).

Quanto ao Tribunal de Contas da União, o texto constitucional o concedeu, dentre outras atribuições, dotadas de poder de polícia (art. 71): a) julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (inciso II); b) aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, tais como multa proporcional ao dano causado ao erário (inciso VIII); e c) sustar a execução de ato impugnado (inciso X).

Sobreleve-se que as normas constitucionais referentes ao TCU serão aplicadas, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, assim como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios (art. 75, CF/88).

No atual momento em que o Brasil se encontra, sobretudo no que tange à necessidade de se estipularem ações rápidas e eficientes de combater o avanço da pandemia do coronavírus e a possibilidade de contratação de bens, serviços e insumos sem a necessidade de procedimento licitatório prévio, a atuação das Cortes Administrativas é crucial para combater excessos por parte dos Administradores que acabem lesionando o erário público.

À vista disso, alguns Tribunais de Contas estaduais esclarecem dúvidas sobre licitações e contratos durante a pandemia, a exemplo do TCE-PR [7], que elaborou questionário em que são respondidas as dúvidas mais frequentes sobre licitações e contratos; dos TCE-RN [8] e TCE-SP [9], que emitiram as Notas Técnicas nº 004/2020 e 155/2020, respectivamente, cujo objetivo é orientar os gestores públicos quando da contratação; e do TCE-SC [10], que disponibilizou roteiro para realização de dispensa de licitação em contratações decorrentes da pandeia de COVID-19.

Isto posto, é crucial que os Tribunais de Conta, enquanto órgãos de controle externo da Administração Pública, zele pela correta aplicação de bens e valores públicos nos contratos firmados em momentos de emergência de saúde pública, fazendo jus a sua imprescindível função dentro de um Estado de Direito, e de seu papel enquanto garantidor do interesse público.

7. Disponível em: https://m.tce.pr.gov.br/noticias/noticia.aspx?codigo=7880. Acesso em 16 mai. 2020.

8. Disponível em: http://www.tce.rn.gov.br/Noticias/NoticiaDetalhada/3890. Acesso em 16 mai. 2020.

9. Disponível em: https://www.tce.sp.gov.br/legislacao/comunicado/orientacoes-fiscalizacao- crise - coronavirus - covid -19. Acesso em 16 mai. 2020.

10. Disponível em: http://www.tce.sc.gov.br/tcesc-disponibiliza-roteiro-para-realiza%C3 %A7 %C3 %A3 o-de-dispensa-de-licita%C3%A7%C3%A3o-em-contrata%C3%A7%C3%B5es-decorrentes-da. Acesso em 16 mai. 2020.

## 4. Conclusão

A polícia administrativa goza da executoriedade de impor seus atos aos particulares, que, em contrapartida, devem se submeter ao poderio estatal quanto às medidas a si impostas em razão da situação de pandemia global.

Nesse entender, nota-se que as medidas adotadas pelo Poder Público já estavam asseguradas pela legislação vigente, sobretudo no que concerne aos mecanismos destinados a situações emergenciais, tais quais a dispensa de licitação e restrição de direitos fundamentais do indivíduo.

Todavia, é importante que as referidas restrições ocorram de maneira proporcional à situação de emergência, tendo em vista que o poder de polícia, apesar de ser prerrogativa e poder-dever do Estado, não é absoluto e deve perseguir, enquanto fim em si mesmo, o interesse público, este indisponível e não de titularidade do administrador.

De igual modo, quando se trata de dispensa de licitação, é necessário se ter em mente que as novas regras não afastam o regime geral de contratações públicas previstas na Lei 8.666/93. Desta forma, continuam aplicáveis as sanções previstas por descumprimento ao disposto em lei, bem como o controle de despesas exercido pelos Tribunais de Conta dos Estados.

Portanto, é crucial que haja a observância da razoabilidade tanto pelo gestor público quando da imposição de medidas restritivas aos cidadãos, visto que estes terão suas liberdades individuais limitadas em razão da emergência de saúde pública, assim como pelas Cortes de Contas, ao exercer seu papel garantidor do interesse público.

## 5. Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 04 mai. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em 04 mai. 2020.

BRASIL. *Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em:* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm. Acesso em 16 mai. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.379, de 06 de fevereiro de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em 04 mai. 2020.

BRASIL. *Portaria nº 356, de 11 de março de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%20356-20-MS.htm. Acesso em 16 mai. 2020.

BRASIL. *Portaria Interministerial nº 5, de 17 de março de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%C2%BA%205-20-mjsp-ms.htm. Acesso em 16 mai. 2020.

BRASIL. *Portaria nº 454, de 20 de março de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/prt454-20-ms.htm. Acesso em 16 mai. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 10.582, de 20 de março de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm. Acesso em 16 mai. 2020.

BRASIL. *Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso em 16 mai. 2020.

BRASIL. Agência Brasil. *Agência Brasil explica: entenda o que é o lockdown*. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-05/agencia-brasil-explica-entenda-o-que-e-o-lockdown. Acesso em 17 mai. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Sobre a doença*. Disponível em: https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca. Acesso em 04 mai. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Boletim Epidemiológico 08, de 09 de abril de 2020*. Disponível em: https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/April/09/be-covid-08-final-2.pdf. Acesso em 17 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF reconhece competência concorrente de estados, DF, municípios e União no combate à covid-19*. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447&ori=1. Acesso em 16 mai. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. *TCE-PR esclarece dúvidas sobre licitações e contratos durante a pandemia*. Disponível em: https://m.tce.pr.gov.br/noticias/noticia.aspx?codigo=7880. Acesso em 16 mai. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte. *Tribunal de Contas orienta gestores sobre dispensa de licitação durante a pandemia de coronavírus*. Disponível em: http://www.tce.rn.gov.br/Noticias/NoticiaDetalhada/3890. Acesso em 16 mai. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. *TCE/SC disponibiliza roteiro para realização de dispensa de licitação em contratações decorrentes da pandemia da Covid-19*. Disponível em: http://www.tce.sc.gov.br/tcesc-disponibiliza-roteiro-para-realiza%C3%A7%C3%A3o-de-dispensa-de-licita%C3%A7%C3%A3o-em-contrata%C3%A7%C3%B5es-decorrentes-da. Acesso em 16 mai. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. *Orientações à Fiscalização – Crise Coronavírus – Covid 19*. Disponível em: https://www.tce.sp.gov.br/legislacao/comunicado/orientacoes-fiscalizacao-crise-coronavirus-covid-19. Acesso em 16 mai. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Coronavírus e o poder de polícia impositivo*. GEN Jurídico, 14 de abr. de 2020. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/04/14/coronavirus-poder-de-policia-impositivo/. Acesso em maio de 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Reconceituando o poder de polícia*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Direito Administrativo e coronavírus*. Migalhas de Peso, 17 de mar. de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/321892/direito-administrativo-e-coronavirus. Acesso em 04 mai. 2020.

# 7

# Autonomia Responsável e Pandemia: Um Olhar a Partir da Bioética Latino-Americana [1]

ANDRÉA SANTANA LEONE DE SOUZA

MÔNICA NEVES AGUIAR DA SILVA

*SUMÁRIO*: *1. Introdução; 2. A COVID-19: Contexto e Implicações; 3. A Pandemia do COVID-19 sob o Olhar da Bioética Latino-Americana; 4. O Limite da Autonomia Individual diante da Pandemia do COVID-19; 5. Considerações Finais; Referências.*

## 1. Introdução

Em um tempo em que uma crise de saúde se espalhou por todo o mundo, instituiu-se no Brasil, em caráter emergencial, uma normativa voltada ao enfrentamento à pandemia do COVID-19: a Lei nº 13.979/2020. Para além de medidas emergenciais de saúde pública, essa nova norma legal dispõe sobre restrições ao direito de ir e vir, fundamentadas na necessidade de garantia da saúde coletiva.

Em se tratando de restrições de direitos, a supracitada determinação, embora se assente na prerrogativa da preservação da saúde de toda uma população, inaugura um dilema ético: limitação do direito de ir e vir, constitucionalmente assegurado, frente à contenção do aumento do contágio. Nesse sentido, considerando o contexto socioeconômico do

1. Este artigo é uma tradução do texto "Responsible Autonomy and the Pandemic: a Latin American Bioethics Perspective", elaborado pelas autoras, encaminhado para a Revista de Direito Público.

Brasil, entende-se que a Bioética Latino-Americana é a mais adequada para analisar esse complexo de impasse, por buscar, em sua base estrutural, responder aos problemas a partir das peculiaridades sociais dos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento.

Na perspectiva de se averiguar com maior interesse sobre essa problemática ética, este constructo assume como objetivo primaz: analisar o limite da autonomia individual diante da crise pandêmica na perspectiva da bioética latino-americana. E, para tanto, metodologicamente, lançou-se mão de uma abordagem de cunho qualitativo e de natureza descritivo-exploratória, utilizando-se dos seguintes procedimentos: revisão legislativa e de literatura, materializadas pela pesquisa bibliográfica e documental, que possibilita uma análise mais profunda das relações, dos processos e dos fenômenos que não serão reduzidos à operacionalização de variável, conforme salienta Minayo (2006).

Inicialmente, proceder-se-á uma contextualização sobre a pandemia do novo coronavírus que se instalou nos últimos meses no mundo, bem como sobre suas repercussões sociais. Uma abordagem acerca da importância da bioética para a resolução de dilemas éticos, sobretudo na perspectiva latino-americana, suceder-se-á; do mesmo modo que reflexões sobre os limites da autonomia serão deflagradas para, então, se chegar ao cerne da questão: diante da COVID-19, qual o limite do direito de ir e vir, na perspectiva da Bioética Latino-Americana?

## 2. A COVID-19: Contexto e Implicações

Também denominado de COVID-19, o novo coronavírus surgiu em Wuhan, na China, no final de 2019, segundo a Organização Mundial de Saúde (2020), espalhando-se rapidamente pelo continente asiático ao ponto de ultrapassar barreiras geográficas e se tornar uma pandemia.

Destacam Wilder-Smith e Freedman (2020) que é a terceira vez, em menos de duas décadas, que o mundo está enfrentando uma epidemia mortal e perturbadora causada por um coronavírus. E, em se falando do enfrentamento desse novo vírus, vale ressaltar que ainda não existem, de fato, terapia ou vacinas, e a opção mais plausível, neste momento, parece ser a medida clássica de saúde pública para conter a epidemia: o isolamento, cujo objetivo é impedir a propagação da doença de pessoa para pessoa, visando evitar o colapso da saúde pública.

Esse surto, ainda em janeiro de 2020, foi declarado Emergência de Saúde Pública de Interesse Internacional (ESPII), a qual, segundo normas do regulamento sanitário, significa dizer que se trata de um evento extraordinário que pode constituir um risco de saúde pública para outros países devido à disseminação internacional de doenças; e potencialmente requer uma resposta internacional, coordenada e imediata (OPAS, 2020).

O Regulamento Sanitário Internacional (ANVISA, 2009) trouxe a definição de ESPII em seu art1º, segundo o qual, *in verbis*:

> [...] significa um evento extraordinário que, nos termos do presente Regulamento, é determinado como: (i) constituindo um risco para a saúde pública para outros Estados, devido à propagação internacional de doença e (ii) potencialmente exigindo uma resposta internacional coordenada. (ANVISA, 2009).

Segundo a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), é a sexta vez na história que uma emergência de saúde publica é declarada. As outras foram: pandemia H1N1; disseminação internacional de polivírus; surto do ebola na África ocidental; vírus Zika: e surto do ebola na República Democrática do Congo. Em 11 de março de 2020, a OMS reconheceu que a COVID-19 era uma pandemia. A alta taxa de transmissibilidade somada à globalização fez com que o novo Coronavírus se espalhasse por todo o mundo (SBI, 2020).

No Brasil, a Lei nº 13.979 dispõe sobre as medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública de corrente da COVID-19, em seu artigo 1ª, §1º, determina que, em nome da coletividade, poderão ser adotadas as medidas referidas na mesma lei: o isolamento, a quarentena [2], a determinação de realização compulsória de exames, os testes, as coletas, as vacinas, os tratamentos, restrição de entrada e saída de países, dentre outras.

Destaca-se ainda, no art. 3º, §1º, que as referidas medidas só podem ser determinadas com base em "evidências científicas e em análise sobre informações estratégicas em saúde e deverão ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública". A lei publicada em fevereiro já previa a necessidade de medidas restritivas, pois a ciência já indicava que o vírus tinha uma alta taxa de transmissibilidade e que pessoas assintomáticas poderiam ser potenciais transmissoras.

Incialmente, o Ministério da Saúde, órgão do Poder Federal, e as Secretarias de Saúde Estaduais foram coincidentes, no sentido de garantir informação e solicitar consciência da população para atos mínimos como: lavar as mãos, colocar o braço na hora de tossir e evitar contato físico com as pessoas (ONU, 2020).

O perfil cultural do latino-americano em geral, e, em especial, do brasileiro, tem como destaque a demonstração de afeto entre as pessoas, mas, agora, os noticiários informam: prova de amor é o distanciamento. [3] Todavia, essa dor de não poder abraçar quem se ama é legítima e, é só um pequeno pedaço do desafio no enfrentamento da doença.

2. Sobre as medidas de Isolamento e quarentena, a Lei Brasileira no art. 2º Distingue indicando que, *in verbis*: I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.

3. Distanciamento Como Prova De Amor. O Informativo. 10 mai. 2020. Disponível em: <https://www.informativo.com.br/edicao-impressa-geral/distanciamento-como-prova-de-amor,357537.jhtml>. [Consulta: 30 mai. 2020].

A questão é: como garantir o mínimo que seria higienizar as mãos, quando, segundo o BNDES estima que 65% das internações hospitalares, antes mesmo da COVID-19, de criança com menos de 10 anos sejam provocadas por males oriundos da deficiência ou inexistência de esgoto e água limpa (Brasil, 2011).

No Brasil, um estudo da Fundação Getúlio Vargas (FGV) divulgado pelo instituto Trata Brasil (2010) estima que o número de internações no sistema hospitalar poderia ser reduzido em 25% e a mortalidade em 65% com o acesso universal ao saneamento. Como garantir protocolo de higiene com mais de 40 milhões de brasileiros sem acesso a água de qualidade e quase 104 milhões sem esgoto tratado adequadamente? (Brasil, 2019).

A angústia do "fique em casa" só não é pior do que o desespero de sequer ter uma casa onde ficar. Mas, como destaca Harari (2020:19) "o verdadeiro antídoto para a pandemia não é a segregação, mas a cooperação", pela qual é possível reduzir as desigualdades sociais.

A experiência do vírus invisível que chega ao Brasil por meio da classe média-alta, considerando o trânsito de turismo e trabalho e que hoje já está classificada como transmissão comunitária atinge, principalmente, os mais vulnerados economicamente (Porto, 2020: 683).

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em estudo realizado em 2018, registrou que o adensamento excessivo – termo que tem como referência mais de 3 pessoas por cômodo – é uma realidade brasileira, uma vez detectado que em 2,3 milhões de domicílios moravam 12,2 milhões de pessoas. Para além dessa concentração exacerbada em um mesmo espaço, aquela é diminuta, o que dificulta e até impede que seja possível realizar o isolamento (IBGE, 2018).

Outro fator a ser destacado dentro desse contexto é a precarização nas relações trabalhistas, pois, conforme ressalta Porto (2012: 737), "elimina o mínimo de segurança econômica, obrigando as pessoas a buscar arduamente a própria sobrevivência. Isso as torna mais vulneráveis nesse momento em que a única proteção coletiva é adotar o isolamento".

A crise é de saúde, mas não apenas; é uma crise econômico-social. As restrições impostas para proteger a saúde estão afetando fortemente a renda dos indivíduos, seus familiares e as economias de comunidades e nações. Como destaca a OMS (2020), vive-se uma luta compartilhada para proteger vidas e meios de subsistência.

Como se não fosse o bastante, ainda é necessário lidar com o paradoxo entre aqueles que minimizam e os que têm medo ou pânico do vírus, o que pode gerar reações violentas (Byoung-Chul, 2020), a exemplo de um caso ocorrido na cidade de Salvador, em que uma passageira foi retirada à força – a pontapés – do transporte público devido ao fato de ela ter tossido, não estar usando máscara e se recusar a usá-la (Martinho, 2020).

Segundo a Constituição Brasileira (1988), não há hierarquia entre os princípios fundamentais, dessa maneira, o primeiro dilema ético reside em qual princípio deve prevalecer diante do conflito entre o direito de ir e vir e o bem-estar coletivo. Questão essa que a ciência do direito poderia resolver com a "técnica do sopesamento", a qual, diante do conflito de princípios, faz-se necessário ponderar o que deve prevalecer (Alexy, 2017).

Nesse caso, diante do conflito entre o direito de ir e vir e o da saúde coletiva, o raciocínio majoritário da jurisprudência brasileira indica que deve prevalecer este (Dadalto & Sarsur, 2017: 429-30). Porém, o necessário entrelaçamento entre a bioética e o direito se faz ao perceber que essa solução se mostra pouco eficaz.

Com efeito, nesse sopesamento, evidencia-se o todo, mas não parece existir uma preocupação com os pormenores da situação. Por exemplo, parece não inclusas as pessoas que não têm casa nem emprego ou os mais vulneráveis, por possuírem comorbidades de saúde, dentre outras especificidades que são de suma importância para garantir a dignidade da pessoa humana.

Neste momento, entendeu-se que o direito à saúde é superior ao direito de ir e vir, porém, não é possível garantir a eficácia desse entendimento sem que se garanta a proteção mínima a essas pessoas.

## 3. A Pandemia do COVID-19 sob o Olhar da Bioética Latino-Americana

Preocupada com as questões sociais dos países subdesenvolvidos, surge a bioética latino-americana, que, no Brasil, desenvolveu-se a partir de duas principais abordagens: a *bioética da proteção* e a *bioética da intervenção*; ambas como vertentes complementares entre si e que priorizam os interesses dos mais desamparados e argumentam em favor da defesa de ações afirmativas em prol dos indivíduos vulnerados (Costa, 2015).

A *bioética da proteção* consiste em dar o suporte necessário ao indivíduo para que este potencialize suas capacidades e possa fazer suas escolhas de forma competente, afastando-se do viés paternalista; essa perspectiva protetiva visa empoderar as pessoas de modo que elas possam tomar decisões conscientes (Schramm, 2012). A possibilidade de medidas coercitivas é entendida por essa vertente, excepcionalmente, como no caso de epidemias, desde que esta intervenção seja eficaz para ser legítima (Schramm, 2017).

Por outro lado, Porto (2012: 632) salienta que a *bioética da intervenção* entende como justificável a interferência do Estado quando voltada para "o maior número de pessoas, pelo maior tempo possível, resultando nas melhores consequências para a coletividade". E, ao objetivar o bem comum, ressalta que "aqueles que detêm o poder, mesmo que representem a maioria, precisam considerar as perspectivas dos demais grupos e segmentos para estabelecer políticas que suprimam a desigualdade entre todos" (Porto, 2012: 632).

Por isso, essas abordagens se complementam na medida em que justificam a intervenção, mas com todo respaldo necessário à sua eficácia e concretude, garantindo a presença do Estado mínimo para, assim, garantir a dignidade das pessoas mais vulneradas.

No Brasil, o Governo Federal concedeu um auxílio em valor equivalente a 112 dólares mensais por três meses para até duas pessoas da mesma família, benefício esse destinado a trabalhadores(as) informais, a Microempreendedores Individuais (MEI), a autônomos(as) e a desempregados(as); tendo como "objetivo fornecer proteção emergencial no período de enfrentamento à crise causada pela pandemia do Coronavírus - COVID 19" (Brasil, 2020b).

Essa medida, porém, não está sendo realizada da maneira mais adequada, considerando a falta de estrutura para o cadastro das pessoas que não têm acesso à internet ou, sequer, sabem ler (Gonçalves, 2020); a necessidade de pensar em logística de capitalização (uma opção seria a parceria com outros bancos) para fazer a entrega do auxílio, evitando, assim, aglomerações [4], bem como o valor que ainda está aquém da real necessidade da população.

4. Justiça determina que PM Fiscalize Filas na Caixa para evitar Aglomerações Devido Ao Auxílio Emergencial. **Portal G1.** 17 mai. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/05/17/justica-determina-que-exercito-e-pm-fiscalizem-filas-na-caixa-para-evitar-aglomeracoes-devido-ao-auxilio-emergencial.ghtml>. Acesso em: 30 mai. 2020.

Ressalta-se ainda que, na maioria das vezes, a não possibilidade de cumprir o isolamento ou a quarentena é justificada pela necessidade de sobrevivência, e, por isso, a importância da bioética latino-americana nas abordagens da proteção e da intervenção, para juntas garantir uma atenção cuidadosa aos direitos humanos e promover uma resposta efetiva em meio à turbulência e à perturbação que, inevitavelmente, são deflagradas em tempos de crise.

## 4. O Limite da Autonomia Individual diante da Pandemia do COVID-19

É importante ressaltar que a autonomia é um princípio que perpassa por todas as teorias e abordagens da bioética e que se instrumentaliza em prol da promoção da personalidade, designando-se como "expressão da vontade como meio de desenvolvimento da personalidade do declarante" (Meireles, 2009: 77). E, acerca disso, enfatiza-se a dificuldade de conceituação desse princípio por abarcar questões complexas, sobretudo no que se refere à constitucionalização do direito civil, dado que tal autonomia não mais se limitou à liberdade econômica, passando a ser observada sob o prisma da liberdade da pessoa (Perlingieri, 2002).

Relevante é afirmar que "a autonomia privada não é só um princípio fundamental do direito privado, mas também um princípio relevante para toda a ordem jurídica, por quem, em última análise, ela é uma das múltiplas manifestações do princípio de autonomia da pessoa (Steinmetz , 2005:27)", o Brasil, em sua Constituição, protege e garante este princípio.

Segundo Steinmentz (2005: 27-8), fundamenta-se, na Constituição Federal Brasileira, a tutela da autonomia privada com diferentes argumentos, resultado de um argumento de tipo indutivo cujas premissas

são o direito geral da liberdade (CF, art. 5º, caput) e o princípio da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV, e art 170, caput). A esse respeito, Fachin (2004: 62) afirma que "[...] o sujeito moderno é concebido enquanto ser que se autodetermina, que decide livremente sobre a sua vida, com vistas ao autodesenvolvimento da personalidade, já que este possui capacidade de dominar a si e a natureza através da razão".

Dessa forma, "o direito à autodeterminação vem questionando profundamente a chamada atitude paternalista do médico, que, à primeira vista, saberia o que é melhor para o paciente" (Wanssa, 2011: 106). E acrescenta que "frente à necessidade de promover a autonomia do paciente, cabe ao médico prover a informação, assegurar a compreensão e garantir a livre adesão do mesmo ao tratamento proposto".

De fato, como todo princípio, a autonomia não é absoluta; faz-se necessária a análise do caso concreto para avaliar qual princípio deve prevalecer diante do conflito entre eles. Há de se salientar que as limitações à autonomia – de ordem pública e dos bons costumes – refletem uma lógica patrimonialista anterior à noção de constitucionalização do Direito Civil, sobre isso, destaca-se a Liberdade para decisões pessoais em situações existenciais com seu fundamento prioritário na Constituição, que colocou a pessoa no centro do ordenamento e, por essa razão, deve ser ela senhora de si mesma. Por isso, se configuraria ilegítima a decisão de um terceiro sobre aspectos atinentes à identidade que singulariza cada pessoa humana, pois violaria o comando normativo do respeito à pessoa humana, intrínseco à dignidade (Teixeira, 2010: 192).

Essa mudança teórica na interpretação nos limites da autonomia fez com que este princípio ganhasse mais importância como fundamento para garantir a dignidade da pessoa humana, por isso, a complexidade ao falar da limitação da autonomia individual em nome da coletividade, esta análise deve ser sempre feita a partir do recorte histórico-temporal.

Nesse sentido, Gomes e Carvalho (2019), por sua vez, destacam que o conceito de autonomia tem que ter sempre como lastro a noção de coletividade, pois os atos individuais repercutem em outras pessoas, por isso não seria possível falar em autonomia individual, mas sim em *autonomia responsável*. A esse respeito, a Lei nº 13.979/2020, em seu artigo 1º, ao estabelecer que as medidas previstas na norma legal objetivam a proteção da coletividade, atende de forma inegável o conteúdo do princípio da autonomia responsável.

Em um momento tão peculiar como o que hoje se vive em escala de gravidade – a pandemia da COVID-19 que ameaça a saúde pública –, entende-se pela necessidade de restrição do direito de ir e vir pela imposição de quarentena e/ou de isolamento, limitando a livre circulação de pessoas com vistas à garantia da aplicação da autonomia responsável, o que implica a ação autônoma em prol do outro.

As normas internacionais de direitos humanos, a exemplo do Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos (ONU, 1966), também reconhecem que, em um contexto de ameaças sérias à saúde pública e emergências ameaçando a vida de uma nação, restrições a alguns direitos podem ser justificadas quando elas têm base legal, são estritamente necessárias, baseadas em evidências científicas, nem arbitrárias, nem discriminatórias quando aplicadas, com duração limitada, respeitosa à dignidade humana, sujeita à revisão e proporcional ao alcance de seu objetivo.

Vale destacar ainda que já é possível citar exemplos fracassados de não imposição dessas precauções, como no Reino Unido da Grã-Bretanha, na Irlanda do Norte e na cidade de Milão, que tentaram aderir à conhecida proposta da "imunidade de rebanho" e, com o sistema de saúde colapsado, levaram centenas de pessoas à morte diariamente (Bejarano, 2020).

É imperioso destacar, como afirma Schramm (2017: 8), que "os interesses do bem comum podem tornar legítimas as medidas compulsórias que limitam a liberdade individual e que, se não forem acatadas, podem implicar em sanções para com os transgressores", desde que o Estado garanta para a população o mínimo existencial, que será necessário para se fazer cumprir as medidas.

Defender esse ponto de vista no contexto brasileiro é um verdadeiro desafio, não somente pela escassez de recursos, mas também pelas constantes demonstrações do Governo Federal de não acolher o necessário distanciamento social, priorizando o impacto que isso vai gerar na economia.

## 5. Considerações Finais

A pandemia do novo coronavírus foi afetou muitas regiões do mundo, tanto no aspecto econômico quanto no social, requerendo das autoridades das diversas nações – das mais poderosas às mais vulneráveis – a adoção de medidas de saúde pública como isolamento e quarentena.

A inexistência de vacinas e/ou tratamentos eficazes para o enfrentamento desse vírus, considerando o alto índice de transmissibilidade e a possibilidade de a pessoa assintomática transmiti-lo, faz com que o único caminho, neste momento, para minimizar os danos, seja o isolamento social.

A Lei brasileira nº 13.979/2020 refere-se às medidas de emergência de saúde pública para o enfrentamento da COVID-19 e permite, dentre outras medidas, restrições ao direito de ir e vir, justificadas pela necessidade de garantir a saúde coletiva. Ocorre que essa limitação acabaria por violar o princípio da autonomia individual, gerando, neste caso, um conflito.

Este trabalho defendeu a resolução deste conflito à luz da bioética latino-americana, que é o modelo teórico responsável pela discussão acerca dos dilemas específicos dos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, visando incluir, no contexto da problematização, as dificuldades socioeconômicas que repercutem no momento das decisões.

Assim, as correntes da proteção e intervenção conseguem juntas construir um caminho para o impasse supracitado, de modo a garantir a preservação do direito a saúde e vida. Que a medida de isolamento é a mais acertada para este momento, está evidenciado; o que as correntes proporcionam é a melhor formatação para que as medidas restritivas tenham eficácia, protegendo os mais vulneráveis economicamente.

A autonomia responsável, ora trazida por Osswald, ganha destaque na solução deste problema ético, entendendo que, nesse caso, não se trata de violação ou limite à autonomia individual, mas da concretização da autonomia responsável que faz com que, pelo outro sujeito, uma pessoa em ato consciente limite o seu direito de ir e vir.

Diante desse quadro, cabe aos cidadãos, neste momento, acompanhar as medidas de proteção à sociedade para o enfrentamento ao coronavírus, bem como requerer ações mais efetivas dos seus representantes. Só assim será possível vencer esse inimigo invisível, mas que também representa a "gota d'água" para um país que já vinha negligenciando minorias e garantias mínimas.

## 6. Referências

ALEXY, R. (2017). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. (2a ed.), 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores.

ARAÚJO, A. F. M. (2004). Fundamentos de antropologia bioética. São Paulo: Annablume.

ANVISA (Agência Nacional De Vigilância Sanitária). (2009). Regulamento Sanitário Internacional RSI – 2005. (Versão em português aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 395/2009). Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/documents/375992/4011173/Regulamento+Sanit%C3%A1rio+Internacional.pdf/42356bf1-8b68-424f-b043-ffe0da5fb7e5 [Consulta: 27 maio 2020].

BEAUCHAMP, T.L., & CHILDRESS, J. F. (2002). *Princípios de ética biomédica*. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola.

BEJARANO, J. C. 'Imunização do Rebanho': Estratégia de Londres contra Coronavírus Surpreende Comunidade Científica. época.18 mar. 2020. Disponível em: https://epoca.globo.com/mundo/imunizacao-do-rebanho-estrategia-de-londres-contra-coronavirus-surpreende-comunidade-cientifica-24312052 [Consulta: 30 abril 2020].

BRASIL. (2011). O desafio de universalizar o Saneamento Rural. Boletim Informativo – FUNASA. *Publicação da Fundação Nacional de Saúde*. (10). Disponível em: http://www.funasa.gov.br/site/wp-content/files_mf/blt_san_rural.pdf [Consulta: 22 maio 2020].

_____. (2019a). Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.162/2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1787462&filename=PL+4162/2019 [Consulta: 17 abril 2020].

_____. (2019b). Governo Federal. https://www.gov.br/pt-br/servicos/solicitar-auxilio-emergencial-de-r-600-covid-19

_____. (2020a). Ministério da Saúde. Disponível em: https://coronavirus.saude.gov.br [Consulta: 20 maio 2020].

_____. (2020b). Brasil. Governo Federal. Solicitar Auxílio Emergencial (Coronavírus - COVID 19). 03 jun. de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/solicitar-auxilio-emergencial-de-r-600-covid-19>. [Consulta: 3 jun. 2020].

BYUNG-CHUL, H. A. N. O coronavírus de hoje e o mundo de amanhã, segundo o filósofo Byung-ChulHan. *El País*. 22 mar. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/ideas/2020-03-22/o-coronavirus-de-hoje-e-o-mundo-de-amanha-segundo-o-filosofo-byung-chul-han.htmlX [Consulta: 20 abr. 2020].

COSTA, J. H. R.. *A internação compulsória no âmbito das cracolândias: implicações bioéticas acerca da autonomia do dependente químico.* 2020. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos). Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia.

DADALTO, L., & SARSUR, M. Problemas Jurídicos e Dilemas Bioéticos Revisitados: Dilemas Bioéticos Em Tempos. In: Albuquerque, A. *Bioética e COVID-19.* Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020 [Kindle].

FACHIN, L. E. (2004). Discriminação por motivos genéticos. In: SÁ, M. F. F.; OLIVEIRA NAVES, B. T. (Org.). *Bioética, Biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. (2020). UNICEF. Lavar as mãos com sabão – fundamental na luta contra o coronavírus – está "fora de alcance" para bilhões. Mar. 2020. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/lavar-maos-com-sabao-fundamental-contra-coronavirus-fora-de-alcance-de-bilhoes>. [Consulta: 25 mai. 2020].

GOMES, C.C.; CARVALHO, A.S. Walter (2019). *Osswald 90 anos 90 textos. Edição: Instituto de Bioética da Universidade Católica Portuguesa.* Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/330754599_Walter_Osswald_90_anos_90_textos>. [Consulta: 20 mai. 2020].

GONÇALVES, S. (2020). Falso cadastro no auxílio de R$ 600 já fez 6,7 milhões de vítimas no país. *A Gazeta*. 7 abr. 2020. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/es/economia/falso-cadastro-no-auxilio-de-r-600-ja-fez-67-milhoes-de-vitimas-no-pais-0420 [Consulta: 30 abr. 2020].

HARARI, Y. N. (2020). *Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade.* Trad. Odorico Leal. São Paulo: Breve Companhia, Companhia das Letras.

IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). (2018). *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira:* IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. - Rio de Janeiro: IBGE. Disponível em:<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf>. [Consulta: 22 mai. 2020].

INFORMATIVO, O. *Distanciamento Como Prova De Amor.* O Informativo. *10 mai. 2020. Disponível em: https://www.informativo.com.br/edicao-impressa-geral/distanciamento-como-prova-de-amor,357537.jhtml [Consulta: 30 mai. 2020].*

LUNA, F. (2008). Nuevasdimensiones para La bioética: antropolofiafilosica y bioética. *Revista de bioética y derecho*. (14), 10-17. Disponível em: http://www.bioeticayderecho.ub.es [Consulta: 3 ago. 2014].

MARTINHO, K. (2020). Com chutes e pontapés, mulher é expulsa de ônibus por não usar máscara. Metro1. 6 mai. 2020. Disponível em: <https://www.metro1.com.br/noticias/cidade/91573,com-chutes-e-pontapes-mulher-e-expulsa-de-onibus-por-nao-usar-mascara-veja-video [Consulta: 20 mai. 2020].

MARY E WILSON, M. D., & LIN H CHEN, M. D. (2020). Os viajantes dão asas ao novo coronavírus (2019-nCoV). *Jornal de Medicina de Viagem*, 27(2), DOI: 10.1093/jtm/taaa015. Disponível em: <https://academic.oup.com/jtm/article/27/2/taaa015/5721275>. [Consulta: 10 maio 2020].

MEIRELES, R.M.V. Autonomia Privada e Dignidade Humana. Rio de Janeiro. Renovar, 2009.

MINAYO, M.C.S. *O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde.* (9a. ed.). São Paulo: Hucitec, 2006.

MORAIS, M. P.; REGO, P.A. (orgs.). (2017). *2351 - Texto para discussão - Determinantes Socioeconômicos da Coabitação Familiar dos Jovens e da Formação de Novos Domicílios no Brasil Urbano.* Brasília: Rio de Janeiro: Ipea. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2351.pdf>. [Consulta: 25 mai. 2020].

MUHERJE, S. (2020). Como o coronavírus se comporta dentro de um paciente? *Fronteiras do Pensamento*. 20 abr. 2020. Disponível em: <https://www.fronteiras.com/artigos/como-o-coronavirus-se-comporta-dentro-de-um-paciente>. [Consulta: 22 mai. 2020].

OMS (Organização Mundial De Saúde.). (2020). Atualizações contínuas sobre a doença de coronavírus (COVID-19). Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>. [Consulta: 22 maio 2020].

ONU (Organização das Nações Unidas). (1966) ONU. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf. [Consulta: 22 mai. 2020].

_____ (2020). UNICEF orienta a forma correta de lavar as mãos para se proteger do coronavírus 23 mar. 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/unicef-orienta-a-forma-correta-de-lavar-as-maos-para-se-proteger-do-coronavirus/>. [Consulta: 30 abr. 2020].

OPAS (Organização Pan-Americana Da Saúde). (2020). *Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). Atualizada em 1 de junho de 2020. Disponível em:* https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875 [Consulta: 2 jun. 2020].

PERLINGIERI, P. (2002). *Perfis de Direito Civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. (2a ed.). Rio de Janeiro: Renovar.

PORTO, D. (2020). Bioética de Intervenção nos Tempos da COVID-19 In: Albuquerque, A. *Bioética e COVID-19.* Indaiatuba, SP: Editora Foco [Kindle].

_____. (2012). Bioética de intervenção. Retrospectiva de uma utopia. In: Porto, D., Garrafa, V., Martins, G. Z., & Barbosa, S. *N. Bioéticas, poderes e injustiças. Dez anos depois*. Brasília: CFM, Cátedra Unesco de Bioética, Sociedade Brasileira de Bioética. 111-28. Disponível: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/bioeticaspoderesinjusticas.pdf [Consulta: 7 abr. 2020].

PORTAL G1. Justiça Determina Que PM Fiscalize Filas Na Caixa Para Evitar Aglomerações Devido Ao Auxílio Emergencial. Portal G1. 17 mai 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/05/17/justica-determina-que-exercito-e-pm-fiscalizem-filas-na-caixa-para-evitar-aglomeracoes-devido-ao-auxilio-emergencial.ghtml>. [Consulta: 30 mai. 2020].

SCHRAMM, F. R. (2012). É pertinente e justificado falar em bioética de proteção? In: Porto, D., Garrafa, V., Martins, G.Z., & Barbosa, S.N. *Bioéticas, poderes e injustiças. Dez anos depois*. Brasília: CFM, Cátedra Unesco de Bioética, Sociedade Brasileira de Bioética. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/bioeticaspoderesinjusticas.pdf. [Consulta: 7 abr. 2020].

_____. (2017). A bioética de proteção: uma ferramenta para a avaliação das práticas sanitárias? *Ciênc. saúde colet. 22* (5). Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232017225.04532017>. [Consulta: 20 maio 2020].

SBI (Sociedade Brasileira De Infectologia). (2020). Informe da Sociedade Brasileira de Infectologia (SBI) sobre o novo coronavírus. Disponível em: <https://www.infectologia.org.br/admin/zcloud/principal/2020/03/Informativo-CoV-12-03-2020.pdf [Consulta: 22 mai. 2020].

STEINMETZ, W. (2005). Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, V. A. (org.). *Interpretação constitucional.* São Paulo: Malheiros.

TRATA BRASIL. (2011). Novo estudo Trata Brasil analisa os desafios do saneamento na Região Metropolitana de Recife. *Por Trata Brasil*. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/blog/2011/10/18/novo-estudo-trata-brasil-analisa-os-desafios-do-saneamento-na-regiao-metropolitana-de-recife/ [Consulta: 26 mai. 2020].

TEIXEIRA, A.C.B. (2010). *Saúde, Corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar.

WANSSA, M.C.D. (2011). Autonomia versus beneficência. *Rev. Bioética(imp). 19*(1), 105-117

WILDER-SMITH A., & FREEDMAN D. O. Isolation, quarantine, social distancing and community containment: pivotal role for old-style public health measures in the novel coronavirus (2019-nCoV) outbreak. *J Travel Med.* 27(2). DOI: 10.1093/jtm/taaa020. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/32052841 [Consulta: 25 mai. 2020].

# 8

# A Virtualização do Social e o Direito: Impactos em Tempo de Pandemia

**CLÁUDIA ALBAGLI NOGUEIRA SERPA**

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Educação jurídica em tempos de pandemia; 3. Prática jurídica e virtualização; 4. Virtualização da advocacia; 5. Considerações Finais; 6. Referências.*

## 1. Introdução

A virtualização do social, ou, nas palavras de Manuel Castells, a "sociedade em rede" [1] já é uma realidade muito antes do momento atual de quarentena e existem diversos estudos no campo da sociologia, ciência política e do próprio direito que tentam dar conta da compreensão dessas novas formas de organização e de construção de relações sociais através da mediação tecnológica. A compreensão das relações sociais como algo potencializado ou transformado pelo uso de tecnologias está entre aqueles temas necessários na contemporaneidade, inclusive pela capacidade de repercussão em campos como o da economia, da política, do direito e tantos outros. Essencial, contudo, começar dizendo que a tecnologia deve funcionar e ser pensada como mediadora das relações e não como substitutivo delas.

1. Esse conceito de "sociedade em rede" é o título de uma das obras do espanhol Manuel Castells e fixou-se como apto a sintetizar essa noção da construção de relações sociais através do mundo digital (CASTELLS, Manuel. Sociedade em Rede. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

Mas porque então falar de virtualização do social e pandemia?? Porque o que vivemos nesse momento é um processo de asseveramento dessa mediação tecnológica, onde deixa de ser uma escolha e torna-se uma necessidade. O aparecimento do corona vírus e a declaração do estado de pandemia nos empurrou para o uso quase que obrigatório das ferramentas tecnológicas como forma de sobrevivência, alcançando várias interfaces da nossa existência como a alimentação, educação, saúde, diversão e, claro, as atividades laborativas.

Castells (2013) diz que a internet encarna a cultura material e é uma plataforma privilegiada para a construção social da autonomia. Dentro dessa perspectiva que a virtualização do social tem se mostrado a forma mais útil de solução de demandas cotidianas que tiveram que ser suspensas em virtude do quadro atual. O direito, por óbvio, foi alcançado por essa nova realidade impactando nas suas várias formas de manifestação e, principalmente, na lida diária daqueles que labutam.

Assim, dentro da proposta de analisar a sociedade virtual e o direito, faremos aqui uma reflexão sobre três universos distintos do direito e os impactos sofridos pelo declarado estado de pandemia: a educação jurídica, a prática jurídica e o universo da advocacia.

## 2 . Educação jurídica em tempos de pandemia

Primeiro universo do qual podemos falar sobre impactos é o da educação jurídica. O ensino à distância (EAD) já era uma realidade para a rotina de muitos profissionais da educação, especialmente daqueles que lecionam em cursos preparatórios para OAB ou concursos públicos, onde é muito comum as aulas online. Contudo, desde março de 2020, com a declaração do estado de pandemia e com o isolamento social, a classe

docente foi obrigada ao uso das plataformas digitais de ensino, onde mesmo aqueles resistentes tiveram que aprender a manusear ferramentas tecnológicas e a reinventar metodologias, tudo isso em um curto espaço de tempo e, na maioria das vezes, sem qualquer preparo específico.

Dentre as várias dificuldades encontradas nessa mudança do ensino estão questões como o tempo para exposição de conteúdos, o manuseio dos instrumentos tecnológicos, a reformulação dos modos de retorno aos alunos, avaliações e a exposição da imagem para a qual não estamos preparados. É um universo de novas metodologias, como o uso de formulários eletrônicos, chats, plataformas interativas, linguagens e ferramentas absolutamente novas pelo menos para boa parte dos profissionais que não tinham na sua rotina o hábito do uso de tecnologias voltadas para o ensino. Muda o tempo de aula, muda a forma de interação, mudam os planejamentos.

A adaptação a esses mecanismos têm se dado de forma autônoma, tateando e executando as tecnologias, procurando dar continuidade ao ensino e fazer chegar ao corpo de alunos aqueles que eram os conceitos previsto de serem ensinados nesse momento. É, portanto, um momento de adaptabilidade e resiliência, de lidar com algoritmos e com uma nova esfera de autonomia do aluno.

Na outra ponta da educação jurídica, estão os alunos, condicionados ao novo universo de aulas e avaliações, dentro de uma lógica aparentemente confortável, mas que exige uma disciplina que não estamos habituados a ter. Acrescente a isso a limitação por alguns de acesso aos recursos tecnológicos, o que só recrudesce as dificuldades já apontadas.

No horizonte está uma possível ampliação do uso dessas plataformas, mesmo quando passada a situação de exceção que vivenciamos, e a necessidade de vislumbrarmos uma educação que forme jovens para uma realidade profissional compatível com o tempo da sociedade virtual.

Com o retorno ao que está sendo chamado de nova normalidade o ensino híbrido deve ganhar força na construção de novos programas, tanto por uma tomada de consciência do que significa o espaço o presencial, como também pela permanência do virtual como possibilidade à educação. Mais a frente haverá um tópico sobre a virtualização e o mundo da advocacia e essa ideia da formação de profissional para o mundo 4.0 será retomada.

## 3. Prática jurídica e virtualização

O segundo âmbito do qual cabe abordagem é sobre a prática jurídica. Em um primeiro momento a pandemia impôs a suspensão dos prazos processuais, determinada pela resolução n.° 313 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a partir do dia 19.03. Consolidada a realidade do isolamento social e diante da inexistência de uma previsão de retorno à suposta normalidade das atividades, a OAB passou a reclamar a retomada dos prazos processuais, já que atos decisórios e sentenças também acabaram ficando sobrestadas. Assim, o CNJ emitiu nova resolução (314/2020) determinando a retomada dos prazos processuais para os processos eletrônicos a partir de 04 de maio de 2020.

Com isso, além da retomada dos prazos processuais, também a realização de atos processuais estão previstos, o que impacta sensivelmente a rotina dos profissionais do direito. A possibilidade de sustentação oral nos Tribunais e Turmas Recursais e a realização de audiências pelos meios virtuais, especialmente aquelas conciliatórias, torna possível uma nova realidade para os profissionais do direito. No caso das sustentações orais está se dando efetividade ao art. 937, §4° do CPC que já trazia essa previsão. Também o teletrabalho, instituto que já era previsto e admitido em hipóteses específicas, passou de exceção à regra, e servidores e juízes estão trabalhando em suas casas evitando dessa forma o contato físico sem,

contudo, interromper as suas atividades.

O que se vê, portanto, é um novo horizonte no modo de operacionalizar o funcionamento do Judiciário, evitando a paralisia das atividades, garantindo a prestação jurisdicional e almejando a solução dos conflitos sociais.

Contudo, diante desse novo universo, alguns elementos merecem atenção especial. Aqui, chamam atenção dois pontos:

**1)** O crescente e útil uso dos negócios jurídicos processuais como facilitador de situações que eventualmente venham a aparecer e que o admitam.

Os negócios jurídicos processuais são fatos jurídicos de caráter voluntário, bilateral, onde de se confere o poder de regular determinadas situações, desde quando essa possibilidade seja admitida, desde que nos limites autorizados pelo ordenamento jurídico (DIDIER, 2018). Esse instituto jurídico previsto pelo Código de Processo Civil de 2015, ganha protagonismo no contexto de excepcionalidade da pandemia. A possibilidade das partes convencionarem condições processuais que melhor se adequem às suas possibilidades apresenta-se como algo fundamental para o resguardo de um mínimo de equidade processual e para o não-prejuízo frente a execução de atos processuais.

Hipóteses como a do acordo para suspensão do processo (art. 313, II, CPC), adiamento negociado das audiências (art. 362, I), ou calendarização do processo (art.191, II, CPC) são alguns dos negócios jurídicos processuais típicos que podem ser úteis nesse momento. Além disso, outros negócios denominados atípicos, porque não expressamente previstos, também podem ser úteis ao deslinde processual frente à situação de excepcionalidade.

A inexistência de certezas em derredor do evento processo e dos elementos que costumam estar presentes (possibilidade de presença de tantas testemunhas quantas sejam necessárias, realização de perícias, produção de uma determinada prova documental) são fatores que podem condicionar à realização de negócios jurídicos processuais como forma de adiar o processo, ou a prática de determinados atos, ou ainda como meio de consensualmente postergar etapas ou meios. Tudo isso com o objetivo de salvaguarda dos direitos que estejam sendo discutidos e sobre os quais seja possível o evento do negócio jurídico processual.

Portanto, inegável a relevância que assume esse instrumento no contexto da pandemia, do isolamento social e das adversidades que daí emergem para os que labutam no Judiciário.

**2)** o binômio celeridade processual x segurança jurídica como ponderação necessária no contexto da pandemia. Considerando a retomada dos prazos processuais e as portarias e resoluções de órgãos do Judiciário determinando a realização de atos como as audiências virtuais, a tendência é que, prorrogando-se as atuais circunstâncias, tenhamos cada vez mais que nos adequar às novas condições de atuação virtual. Trata-se de uma dinâmica bem diferente daquela que os profissionais do direito estavam habituados e que foram tradicionalmente ensinados, do que foi passado de geração a geração. A mediação tecnológica abre todo um novo universo e será preciso estar atento a essas mudanças para que não sejam elas catalizadoras de eventuais quebras da isonomia processual.

Advogados e, principalmente, os juízes deverão estar de olho na questão do equilíbrio entre celeridade e segurança. Ou seja, garantir que atos se realizem salvaguardando a celeridade, mas, ao mesmo tempo, preservando as condições mínimas para que a segurança jurídica das partes envolvidas no processo não se perca.

Por todos exemplificamos com a hipótese de uma audiência virtual de instrução em que seja necessária a ouvida de testemunhas. Como fazer? Estariam preservadas as condições de isolamento para que suas alegações sejam reputadas válidas? Outra questão: se pensarmos em Justiça do Trabalho onde audiências eram marcadas para cada trinta minutos, certamente não é esse o tempo do processo virtual em que condições tecnológicas têm que estar garantidas para que não seja afetada qualquer das partes envolvidas.

Portanto, entra aí já outro fator, o tempo do processo virtual a ser considerado mesmo quando falamos em celeridade processual. É preciso resguardar a segurança para que a virtualidade não produza desequilíbrio processual e não represente a consolidação de uma decisão injusta.

Enfim, um xadrez de novos elementos está presente nas condições dos processos virtuais que envolvem uma atenção redobrada quanto às garantias do processo, destacando-se o necessário equilíbrio entre celeridade e segurança.

## 4. Virtualização da Advocacia

Há algum tempo já passa a advocacia por mudanças significativas com uma velocidade e voracidade sem igual. São mudanças no padrão de prestação do serviço, contratação de profissionais, modo e tempo de execução de atividades típicas do advogado e até no modo de se pensar a relação cliente-advogado. Antes uma relação pessoalizada e essencialmente baseada na confiança; agora, substituída por critérios outros como facilidade de acesso e custo do serviço, tornando muitas vezes dispensável saber quem se está contratando. Serviços como o de consultoria jurídica online, aplicativos jurídicos de contratação de advogados, de correspondentes,

para feitura de contratos e escritórios virtuais já são uma realidade e vão, pouco a pouco, nos obrigando a lidar com as novas realidades no campo da atuação profissional dos advogados.

A Fundação Getúlio Vargas (FGV) em São Paulo desenvolveu uma pesquisa sobre as mudanças tecnológicas e seus impactos no campo jurídico e, com números, já aponta para o que está em curso e qual a dimensão desse novo universo de atuação dos causídicos [2]. Nessa pesquisa, por exemplo, é posta através de dados qualitativos e quantitativos as transformações e reorganizações das funções e atividades desenvolvidas pelos profissionais do direito e o impacto produzido em escritórios de advocacia de grandes cidades brasileiras.

Assim, o que já era uma realidade está fortalecido pelas condições atuais. As condições impostas pelo momento da pandemia e o consequente isolamento social traz essa realidade para o centro das atividades dos profissionais do direito de diferentes gerações. Talvez essa seja a principal diferença, novos e antigos profissionais estão sendo obrigados a se valer dessas tecnologias sob pena de terem suas atividades paralisadas. É um processo coletivo de assimilação de uma nova forma de atuação profissional.

As novas instruções que determinam a retomada imediata de atividades e a realização de atos processuais indispensáveis ao andamento do processo levam a busca pelo uso de mais recursos tecnológicos que viabilizem o andamento sem necessariamente colocar profissionais em escritórios, compartilhando espaços cotidianamente. A grande questão é: quanto dessas condições irá permanecer? O que é efeito da exceção e o que veio para ficar?

2. Para quem desejar conhecer a pesquisa acesse https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28628 (acesso em 18.05.2020).

## 5. Considerações Finais

Grande parte do que agora chamamos de virtualização do social ou virtualização do direito veio, sim, para ficar. Deverá tornar-se cada vez mais parte do nosso cotidiano e, de certa forma, ser naturalizado pelo próprio curso das relações profissionais.

Não se pretende com isso anular aquilo que é essencialmente humano: a existência física, a subjetividade, a capacidade de afeto, a necessidade gregária. Mas certamente ao lado dessas condições existenciais estará a interação mediada pela tecnologia devendo ser facilitadora da nossa vida.

Diante da constatação, a necessidade de algumas reflexões. O que isso representa para o direito? Quais os reflexos a curto e a longo prazo? O que merece nossa atenção? São algumas das questões emergentes e que abrem espaço para pensarmos o direito e seus profissionais.

Em primeiro lugar, é premente que invertamos a equação entre profissionais da tecnologia e profissionais do direito, já que atualmente são os da tecnologia que vêm pautando as transformações e impondo ao mundo jurídico um novo modo de atuação e o tempo de adequação a esse novo modo. Ou seja, é preciso que os profissionais do direito saiam da condição de meros destinatários das inovações e passem a ser pelo menos coautores dessas mudanças. O objetivo é assegurarmos condições de trabalho e manutenção de algumas atividades antes necessariamente humanas que estão sendo substituídas pela inteligência artificial (ex: robôs corrigindo provas; sistemas de inteligência artificial propondo acordos para situações em litígio processual em que figura como uma das partes empresa aérea).

Não obstante seja quase impossível interromper o curso dos fatos e modificar aquilo que é realidade nas mais diferentes searas de atuação de

profissionais, não se pode simplesmente manter-se em condição passiva, sem qualquer atitude que vise a preservação de condições profissionais e a indispensabilidade do profissional do direito. No ritmo atual do curso das mudanças, não tarda a termos uma redução abrupta de atividades onde seja indispensável o bacharel em direito, podendo ele ser substituído por técnicos em tecnologia que combinando algoritmos aparentemente respondam às demandas jurídicas dos sujeitos.

Fica a reflexão sobre em que medida essa é a virtualidade que queremos e qual o grau de confiabilidade que se possa depositar na condução de recursos tecnológicos.

A segunda reflexão se dirige à questão do acesso à justiça. Valendo-se da classificação proposta por Mauro Capelletti e Brian Garth (Cappelletti; Garth, 2002) é possível apontar os vários processos tecnológicos introduzidos ao direito como uma 4° onda de acesso à justiça [3]. Potencializada pelas tecnologias e por novas formas de prestação jurisdicional, uma revolução está em curso na prática do direito, alterando sensivelmente a ordem das coisas e os papeis dos sujeitos atuantes. Antes mesmo da crise social provocada pelo Covid-19 isso já era perceptível e já vinha sendo discutido, pensado, refletido.

A pandemia, contudo, teve o papel de impor essa realidade e vem nos obrigando a adaptação. No Judiciário, por exemplo, todos os servidores estão funcionando em regime de teletrabalho, sendo cobrados não só pelo tempo de atividade, mas também pela produtividade. Escritórios virtuais foram rapidamente estruturados e preparados para atender clientes e responder demandas no regime de isolamento. Programas e aplicativos se tornaram

3. Na obra Acesso à Justiça Cappelletti e Garth apontam três ondas de acesso à justiça: a primeira associada a mecanismos de gratuidade do Judiciário; a segunda, promovida pelo surgimento das demandas coletivas; e a terceira, associada aos meios alternativos de solução de conflitos. (CAPPELLETTI; GARTH. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002)

importantes aliados na viabilidade do trabalho jurídico, possibilitando maior celeridade nos resultados e circulação das informações.

Mais uma vez fica a dúvida quanto ao grau de permanência dessas condições, quanto a efetividades dos mecanismos tecnológicos. Essa revolução tecnológica deve ampliar o acesso ao Judiciário, resta saber se também estará garantido o acesso à justiça, portanto, o deslinde satisfatório e equilibrado das demandas judiciais ou extrajudiciais.

## 6. Referências

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

CASTELLS, Manuel. Sociedade em Rede. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

_____. Redes de Indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

DIDIER Jr., Fredie. Ensaios Sobre os Negócios Jurídicos Processuais. Salvador: Jus Podium, 2018.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – SP. Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação. O futuro das profissões jurídicas: você está preparad@?. Sumário Executivo da pesquisa quantitativa "Tecnologia, profissões e ensino jurídico".

MORIN, Edgar. Saberes Globais e Saberes Locais: o olhar transdisciplinar. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

# 9

# Liberdade de Locomoção em Tempos de Coronavírus: Um Equilíbrio Aristotélico entre Direitos e Deveres Fundamentais

**CLÓVIS REIMÃO**

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. As limitações (des)proporcionais à liberdade de locomoção; 3. A importância dos deveres fundamentais durante a pandemia; 3.1. Dever fundamental de ficar em casa; 3.2. Dever fundamental de solidariedade; 4. Conclusão; 5. Referências.*

## 1. Introdução

Revoluções, guerras e pandemias são episódios de grandes mudanças na história da humanidade. Novas sociedades, novos Estados, novas economias e também um novo direito.

No presente trabalho, refletimos sobre os impactos da pandemia do Coronavírus no direito fundamental à liberdade de locomoção e na tênue relação entre direitos e deveres fundamentais.

Por fim, defendemos a necessidade de um novo Direito Constitucional Pós-Pandêmico baseado no equilíbrio aristotélico entre direitos e deveres fundamentais e na concretização de uma cidadania responsável.

## 2. As limitações (des)proporcionais à liberdade de locomoção

Na Era da Pós-Verdade [1], as pessoas acreditam naquilo que lhes convém. Por isso, é necessário dizer o óbvio. Ninguém tem o direito fundamental de contaminar os outros. Não existe liberdade sem responsabilidade. Durante a pandemia, o direito fundamental de ir e vir pode (e deve) ser restringido em prol da saúde pública.

Haverá restrições decretadas pelos Estados e Municípios, é certo [2]. Mas, o cerne da questão é saber: até que ponto a liberdade de locomoção pode ser limitada? Quais são os limites dessas limitações (*Schranken-Schranken*)? Como restringir sem abolir o núcleo essencial do direito de ir e vir do cidadão?

A reflexão sobre o tema será feita através de alguns casos concretos, afinal, cada Estado e Município brasileiro vive sua própria realidade pandêmica. Esses casos serão analisados à luz da máxima da proporcionalidade de Robert Alexy [3], mesmo ciente dos riscos de solipsismos e discricionariedades desse referencial teórico [4].

Antes, é necessário fixar um pressuposto. A decisão dos prefeitos e governadores deve ser essencialmente técnica. Não há "carta branca" e tampouco espaço para "achismos" e tiranias em tempos pandêmicos. Por isso, só cabe a limitação excepcional e temporária à liberdade de locomoção,

1. Em 2016, a expressão "pós-verdade" foi eleita a palavra do ano pela Universidade de Oxford. Em síntese, significa que os fatos objetivos tem menos importância do que emoções e crenças pessoais. Ou seja, a verdade ficou para trás, as pessoas acreditam naquilo que lhes interessa, mesmo que seja uma "*fake news*". Sobre o tema, vide: KEYES, Ralph. The post-truth era: dishonesty and deception in contemporany life**.** New York: St. Martin's Press, 1st edition, 2004.

2. O STF fortaleceu o federalismo brasileiro ao assegurar que Estados, Distrito Federal e Municípios têm autonomia para adotarem medidas contra a pandemia. BRASIL. STF. APDF 672-DF. Relator Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 08/04/2020.

3. Adotaremos os critérios da teoria analítica de Alexy, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade estrito sensu. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.117.

4. Segundo Lenio Streck, a proporcionalidade não impede a discricionariedade do julgador. Escolhemos a proporcionalidade por motivos pragmáticos, é uma das teorias mais utilizadas pelos tribunais constitucionais relacionada a conflito de direitos fundamentais. *STRECK, Lenio.* **Hermenêutica Jurídica e(m) crise***: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 10.ed., 2011, p. 376.*

se existir evidência científica e recomendação técnica do órgão de saúde competente (art. 3°, VI e §1º, da Lei n° 13.979/2020) e se essa limitação for proporcional.

Vamos aos casos.

Iniciamos pelo toque de recolher decretado pelo prefeito do município de Umuarama no interior do Paraná. O prefeito, sem parecer técnico de um órgão de saúde, autorizou a abertura do comércio durante o dia e determinou o toque de recolher das 22 horas até 5 horas [5]. Essa decisão municipal é tão ilógica quanto desproporcional. Liberar durante o dia e recolher durante a noite? Obviamente, o Coronavírus não tem relógio. A contaminação não é restrita ao período noturno. Logo, esse decreto municipal é desproporcional, pois sequer é adequado/eficiente para impedir a contaminação das pessoas. Não foi à toa que o STF suspendeu esse toque de recolher [6] e o TJ/PR suspendeu a reabertura do comércio [7].

Por sua vez, o Governador do Estado de Goiás decidiu fechar as divisas, proibindo o transporte rodoviário interestadual e o transporte aéreo (interestadual e internacional) provindos de locais que tenham casos confirmados de Coronavírus [8]. O decreto tratou de uma atividade essencial [9], violou recomendações da OMS [10] e não flexibilizou a proibição sequer para as pessoas mais carentes que precisem se deslocar para tratamento de saúde, por exemplo. Até mesmo os goianos que saíram

5. Vide Decreto Municipal n° 082/2020 disponível no site: http://www.umuarama.pr.gov.br/noticias/administracao/decreto-autoriza-reabertura-do-comercio-e-impoe-toque-de-recolher-em-umuarama. Acessado em 08/05/2020

6. BRASIL. STF. Suspensão de Liminar n° 1315- PR. Min. Dias Toffoli, julgado 17/04/2020;

7. PARANÁ. TJ-PR. Agravo de instrumento n° 0020002-72.2020.8.16.0000. Relator: Leonel Cunha, julgado 30/04/2020

8. Vide o art.2°, V e VIII, do Decreto Estadual n° 9.638/2020 disponível no site: http://diariooficial.abc.go.gov.br//ver-flip/4140/#/e:4140?find=Decreto%209.638. Acessado em 12/05/2020.

9. Os transportes interestadual e internacional configuram atividade essencial (art. 3°, V, do Decreto n° 10.282/2020). Obviamente, que Estados e Municípios possuem competência para definir as medidas de combate ao Coronavírus, mas o fechamento total de um Estado, sem qualquer exceção e sem recomendação científica, foi manifestamente excessivo.

10. Segundo a Organização Mundial de Saúde, não se deve restringir o transporte público, mas sim conscientizar a população acerca da necessidade de seu uso para situações essenciais como fazer as compras e utilizar o transporte público, por exemplo, fora do horário de pico. Disponível em: https://www.saude.gov.br/noticias/agenciasaude/46540-saude-anuncia-orientacoes-para-evitar-a-disseminacao-do-coronavirus. Acessado em 10/05/2020

do Estado não poderiam realizar viagens de volta. Isso significa que, no plano da proporcionalidade, embora a medida até seja adequada para evitar contaminação, ela é excessiva violando o requisito da necessidade. O Supremo já se manifestou a respeito, suspendendo a proibição por violar gravemente a liberdade de locomoção. [11]

Já o prefeito de São Bernardo do Campo (São Paulo) determinou o recolhimento domiciliar obrigatório das pessoas com mais de 60 anos, sob pena de multa e outras sanções. Segundo o decreto, apenas em situações excepcionais os idosos poderiam circular na cidade. [12] Essa medida também é desproporcional, pois ineficiente e excessiva. Basta perceber que a maioria dos idosos brasileiros ainda vive com seus parentes [13], logo, esse isolamento vertical não impede a contaminação dos idosos. Ademais, essa medida não foi baseada em orientação científica da ANVISA e violou a política de saúde recomendada pelo Estado de São Paulo [14]. O STF também suspendeu essa proibição [15].

Todavia, nem sempre as medidas mais restritivas são desproporcionais. Vamos ao caso do município de Niterói (Rio de Janeiro).

Com base em recomendações técnicas da Fiocruz [16] e da UFRJ [17], o

11. BRASIL. STF. Rcl 40014 MC-GO. Min. Dias Toffoli, julgado 15/04/2020

12. Segundo o artigo 3° do Decreto, só caberia a locomoção dos idosos para questões de saúde e aquisições de itens essenciais. Vide o Decreto Municipal n° 21.118/2020 disponível no site: https://leismunicipais.com.br/a2/sp/s/sao-bernardo-do-campo/decreto/2020/2112/21118/decreto-n-21118-2020-decreta-restricoes-de-ordem-sanitarias-aos-idosos-que-estejam-no-territorio-do-municipio-e-da-outras-providencias?q=21118. Acessado em 13/05/2020.

13. Segundo a última pesquisa nacional por amostra em domicílios (PNAD) do IBGE, no Brasil apenas 15% dos idosos vivem sozinhos. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98965.pdf. Acessado em 13/05/2020

14. O Estado de São Paulo apenas recomendou um maior cuidado com idosos, sem impor restrições coercitivas a sua liberdade de locomoção. Vide art. 4° do Decreto n° 64.881/2020. Disponível em: <http://dobuscadireta.imprensaoficial.com.br/default.aspx?DataPublicacao=20200323&Caderno=DOE-I&NumeroPagina=1. > Acesso em 11/05/2020

15. BRASIL. STF. Suspensão de liminar 1.309/2020- SP. Min. Dias Toffoli, julgado 01/04/2020

16. Diante da grave situação carioca, o relatório técnico da Fiocruz recomendou o *lockdown* em todo o Estado do Rio de Janeiro. Segundo a Fiocruz, as medidas de distanciamento social adotadas não foram suficientes para conter a grave situação carioca e o *lockdown* carioca é extremamente necessário. Disponível em: https://agencia.fiocruz.br/sites/agencia.fiocruz.br/files/u91/relatorio_distanciamentosocial.pdf. Acessado em 13/05/2020.

17. A recomendação partiu da equipe de cientista da URFJ integrantes do grupo de trabalho Multidisciplinar sobre a COVID-19. Vide: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/05/08/ufrj-recomenda-lockdown-no-estado-em-oficio-enviado-ao-ministerio-publico.ghtml. Acessado em 13/05/2020.

prefeito de Niterói determinou o *lockdown* [18] pelo prazo inicial de cinco dias na cidade fluminense. A medida foi determinada por uma lei (e não por um decreto) e existiu o cuidado de ressalvar a circulação de pessoas para atividades essenciais justificadas. Ademais, a prefeitura já tinha adotado uma série de medidas sociais para amenizar os impactos econômicos das restrições. [19] Por tudo isso, entendemos que o *lockdown* em Niterói foi proporcional, pois a decisão foi adequada (evitando a contaminação e esgotamento dos leitos de hospitais), necessária (recomendação científica da Fiocruz e UFRJ) e proporcional em sentido estrito (a proteção à saúde pública supera a ônus da limitação temporária ao direito de ir e vir).

Por fim, vamos para a mais desproporcional e desumana limitação à liberdade de locomoção: as prisões brasileiras (os verdadeiros infernos de Dante). O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) propôs ao CNPCP [20] o isolamento dos presos contaminados em contêineres. [21] Repetimos, presos em contêineres! Ou seja, os presos contaminados ou em grupo de risco seriam enlatados em um local sem acesso à ventilação e à luz solar adequadas, sem água corrente em tempo integral e sem distanciamento entre os custodiados. Essa prática é tão desproporcional que beira à irracionalidade. Sequer ultrapassa o requisito da adequação, já

18. *Lockdown* significa isolamento total, consiste em uma das medidas mais restritivas à liberdade de locomoção durante a pandemia. No caso de Niterói, a circulação de pessoas foi proibida durante cinco dias, exceto para deslocamento por força de trabalho, serviços de saúde e farmácia, compra de alimentos e itens essenciais, e ida a estabelecimentos essenciais autorizados a funcionar. Vide Lei n° 3.495/2020 disponível em: https://leismunicipais.com.br/a2/rj/n/niteroi/lei-ordinaria/2020/350/3495/lei-ordinaria-n-3495-2020-estabelece-medidas-de-contencao-da-disseminacao-do-virus-da-covid-19?q=3495. Acessado em 13/05/2020.

19. Segundo recomendação da Fiocruz, o *lockdown* deve ser adotado em conjunto com medidas sociais e econômicas às populações vulneráveis. Em Niterói, além da distribuição cestas básicas, a prefeitura criou o programa "Empresa Cidadã" em que se compromete a pagar um salário mínimo por empregado para evitar a demissão em massa. Ademais, no relatório técnico, a Fiocruz elogiou o município de Niterói, por ter adotado progressivamente medidas restritivas desde do mês de março, resultando no menor número de mortes da Baixada Fluminense. Disponível em: https://agencia.fiocruz.br/sites/agencia.fiocruz.br/files/u91/relatorio_distanciamentosocial.pdf. Acessado em 13/05/2020.

20. Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária (CNPCP) é o órgão de execução penal competente para estabelecer regras sobre a arquitetura e construção de estabelecimentos penais e casas de albergados, segundo artigo 64, inciso VI, da Lei de Execuções Penais (Lei n° 7.210/1984).

21. A proposta é de um contêiner para 10 presos, com as seguintes especificações: 12 metros de largura, 5 beliches, 1 banheiro, pequeno espaço superior de entrada de ar e um ar-condicionado. No projeto, é notório que os presos dormirão em beliches e sem respeitar o distanciamento mínimo recomendado pela OMS. Ademais, o próprio DEPEN reconhece que, até então, o uso de contêineres no Brasil foi desastroso. Todavia, o diretor do órgão tem a ilusão (ou seria perversidade) de supor que agora, em plena pandemia, os Estados vão criar "contêineres de luxo" para os presos. Até o momento, a proposta está para ser votada na CNPCP. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/copy_of_Alternativas_para_vagas_temporarias___COVID_19_ver01.pdf. Acessado em 14/05/2020.

que não evita a contaminação, pelo contrário, amplia as chances do preso morrer sem ar, de calor ou por Covid-19. De nada adianta tirar o preso da masmorra e colocá-lo em um caixote de metal.

Vale ressaltar que, a prisão em contêineres já aconteceu no Espírito Santo em 2010 e foi rechaçada pela ONU, OEA, CIDH, STF, STJ, CNJ e CNMP, pois viola ordenamento jurídico nacional e internacional de direitos humanos, coisificando o preso e abolindo sua dignidade. [22] Nesse contexto, o DEPEN, ao invés de implementar as medidas protetivas da recomendação n° 62/2020 do CNJ [23] , preferiu aprofundar os presos doentes em um inferno dantesco de mais de 50°C (temperaturas atingidas nos contêineres do Espírito Santo). Nessa pandemia, nem mesmo Dante Alighieri teria a imaginação de criar o décimo círculo do inferno ("o Contêiner"), em que o pecado justificador seria o preso ter sido contaminado pelo Coronavírus ou integrar grupo de risco. [24]

Diante desses hard cases analisados, concluímos que a técnica científica e a proporcionalidade podem reduzir o arbítrio do gestor público nas restrições da liberdade de locomoção. Entendemos que a discricionariedade do gestor pode ser extremamente reduzida [25] e ele pode chegar na "única resposta correta Dworkiana" [26] para o caso. Assim, nada de achismos ou

22. Para ter uma visão global sobre o tema, recomendamos a leitura da manifestação oficial promovida pela DPU, Defensoria de diversos Estados, IBCCRIM, IDDD, OAB/SP e instituições de direitos humanos. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/325982/conselho-de-politica-criminal-retoma-votacao-sobre-uso-de-conteineres-para-presos-com-covid-19. Acessado em 14/05/2020.

23. O CNJ recomendou expressamente a saída temporária dos presos integrantes do grupo de risco (com base na Súmula Vinculante 56) e, caso não exista isolamento adequado no presídio, a prisão domiciliar dos presos contaminados ou com suspeita de Covid-19. Vide: BRASIL. CNJ. Resolução n° 62/2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acessado em 15/05/2020.

24. Dante divide o inferno em nove círculos, um para cada pecado. O nono e pior círculo do Inferno (Lago Cocite) é destinado aos traidores. ALIGHIERI, Dante. **A Divina Comédia**. Trad. Ítalo Eugenio Mauro. São Paulo: Ed. 34, 4ª ed., 2018, p.239-253

25. Segundo Binenbojm, é necessário superar a clássica dicotomia entre ato vinculado e discricionário para entendermos que todo ato administrativo possui diferentes graus de vinculação à juridicidade (por regras, conceitos jurídicos indeterminados ou por princípios). Já García de Enterría defende que a discricionariedade deve significar eficiência, pois o mérito administrativo não representa um escudo protetor da autoridade ou uma das "*inmunidades del poder*". O gestor está vinculado ao ordenamento jurídico e tem o dever de racionalmente indicar qual a melhor solução direcionada ao interesse público qualitativo. Vide: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder, Revista do Occidente: Madrid, 1974, *passim;* BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 3ª ed., 2014, p.240-256

26. Utilizamos a metáfora de Dworkin da "única resposta correta". É dizer, o gestor deve ter a postura de buscar as limitações aos direitos fundamentais que sejam racionais, íntegras e coerentes; que considerem a Constituição Federal como o "primeiro capítulo" desse "romance em cadeia" que é o Direito. Vide: DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

imposições desmedidas. Técnica e ciência, em primeiro lugar.

De modo didático, baseado na doutrina alemã dos direitos fundamentais [27] , sugerimos um passo a passo para o gestor público decretar limitações proporcionais ao direito de ir e vir:

a) A restrição protege a saúde pública e está baseada em evidências científicas e orientações técnicas de um órgão de saúde competente?

b) O ordenamento jurídico permite esse tipo de restrição?

b¹) Análise com ênfase na Constituição Federal e nas normas específicas relacionadas ao Coronavírus;

b²) A restrição é proporcional? Verificar se ela é eficiente para evitar a contaminação pelo Coronavírus (adequação); se não existe outra medida menos onerosa (necessidade) e se a restrição é compensada pela proteção da saúde pública (proporcionalidade em sentido estrito);

b³) O decreto ou lei deve conter restrições claras e bem determinadas, para que todos os cidadãos entendam o que é proibido ou não.

Por vezes, isso será uma tarefa hercúlea ao gestor. Contudo, ele deve sempre buscar as restrições que sejam mais coerentes, íntegras e racionais para salvar a vida dos cidadãos.

À propósito, se é certo que o Estado pode limitar, proporcional e tecnicamente, nosso direito fundamental à liberdade de locomoção. Faz-se mister, analisarmos agora o outro lado da moeda, isto é, a sociedade brasileira teria o dever fundamental de ficar em casa?

## 3. A importância dos deveres fundamentais durante a pandemia

27. PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p.124.

Os deveres fundamentais [28] são o "patinho feio" do direito constitucional contemporâneo. Basta perceber que se trata de um tema pouquíssimo estudado e debatido pela doutrina, sobretudo em comparação com os festejados direitos fundamentais.

Segundo o professor lusitano José Casalta Nabais, existem dois motivos principais para isso. Primeiro, seria uma reação aos períodos absolutistas e totalitários em que havia muitos deveres e poucos direitos. Segundo, seria o regresso a uma visão liberal estrita dos direitos fundamentais, ou seja, o indivíduo conhece apenas os seus direitos e perde sua responsabilidade comunitária. [29]

Entre a fuga do arbítrio estatal e a construção de uma liberdade sem responsabilidade, o fato é que os deveres fundamentais foram ocultados ou quase esquecidos.

Acontece que não somos uma ilha. Somos animais políticos (*zoom politikon*) [30] e viver em sociedade denota uma série de deveres aos cidadãos. Além do "eu", existe o "outro". Isso significa entender que o meu direito termina quando começa o do outro e que não existe liberdade irresponsável e sem deveres fundamentais.

A conquista histórica dos direitos, portanto, não pode implicar na desconsideração ética e jurídica dos deveres [31] . Os deveres são um

28. Seguimos aqui, o conceito da Faculdade de Direito de Vitória, a saber: "o dever fundamental é um dever jurídico, fundado na solidariedade, que impõe condutas proporcionais, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção dos direitos fundamentais". Ou seja, o dever é um instrumento de concretização dos direitos fundamentais. Conceito construído coletivamente pelo Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, no primeiro semestre do ano de 2013, coordenado pelos professores Adriano Sant´Ana Pedra e Daury Cesar Fabriz, do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado - em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

29. NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**. Revista de Direito Mackenzie. Ano 3, número 2, p.14-15. Disponível em: http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246/4913 Acessado em 07/05/2020.

30. Segundo Aristóteles, o ser humano é destinado a viver em sociedade. O homem que julga poder viver sozinho, que basta a si mesmo, deve ser uma besta ou um deus. ARISTÓTELES. **Política.** Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2017, p.30-32

31. MIRANDA, Jorge. **Direitos e deveres fundamentais do Homem.** p.14, Disponível em: http://www.anima-opet.com.br/

instrumento para concretização dos direitos fundamentais [32] e isso fica muito evidente nesse momento de pandemia do COVID-19.

Afinal, como concretizar o direito fundamental à saúde pública, se todos não cumprirem o dever fundamental de ficar em casa? Como conviver em sociedade sem respeitar os direitos dos outros? Vejamos aqui, dois deveres imprescindíveis para enfrentarmos com eficiência essa tenebrosa pandemia.

## 3.1. O dever fundamental de ficar em casa

De modo inédito, o professor Carlos Rátis sustenta que, nessa pandemia, o dever de proteger a saúde pública (art.196 da CF/88) envolve o dever anexo coletivo de "recolhimento domiciliar". É dizer, o dever fundamental de ficar em casa. Esse dever fundamental de segunda dimensão (que limita o direito de ir e vir) deve ser imposto de maneira proporcional, baseado em argumentos técnicos e visando concretizar o direito fundamental da saúde pública e da vida dos cidadãos. [33]

Nesse sentido, a saúde pública não é somente um direito do cidadão e um dever do Estado, mas é um dever de todos.

O dever fundamental de ficar em casa é um dever constitucional vinculado à proteção da saúde pública (arts. 196 a 200 da CF/88) e imposto pela legislação pandêmica (art.3°, *caput* e §4° da Lei n°13.979/2020 [34] ). Na classificação lusitana do professor Jorge Miranda, seria um direito-

pdf/anima2/Jorge_Miranda.pdf. Acessado em 10/05/2020

32. NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**. Revista de Direito Mackenzie. Ano 3, número 2, p.9-10. Disponível em: http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246/4913 Acessado em 07/05/2020

33. MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis**. Dever Geral de Recolhimento Domiciliar em Tempos de Coronavírus**. In: Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus. Saulo José Casali Bahia (Org.) São Paulo: Editora IASP, 2020, p.54-55

34. A lei do Coronavírus (13.979/2020) no *caput* do artigo 3° traz um rol exemplificativo de medidas (veja a expressão "dentre outras") que podem ser tomadas para enfrentamento do coronavírus. Já o §4° afirma que "as pessoas deverão sujeitar-se ao cumprimento das medidas previstas". Ou seja, se o Estado determinar, de forma proporcional e com base científica, que todos fiquem em casa, as pessoas deverão sujeitar-se.

dever, isto é, possui aplicação imediata e decorre diretamente do texto constitucional. [35]

Ainda que não fosse um dever jurídico de aplicação imediata e força normativa, ficar em casa é um imperativo categórico kantiano [36] , é um dever pelo dever, racionalmente dispensa sanções jurídicas ou prêmios posteriores. É, em última análise, um dever mínimo de civilidade.

Obviamente, não são todas as pessoas que podem ficar em casa. Por isso, esse dever atinge cada cidadão em graus diferentes (deverosidade diferenciada) [37] para que seja proporcional. Assim, por exemplo, enquanto uma pessoa contaminada deve permanecer em isolamento obrigatório (art.2°, I, c/c art.3°, I, da Lei n°13.979/2020), um médico (não contaminado) tem o dever de continuar prestando sua atividade essencial e salvando vidas (art.9°, §1º, da CF/88 c/c art.3°, §1°, I do Decreto n° 10.282/2020).

Todavia, existe um "mínimo de deverosidade" [38] que deve ser respeitado, é dizer, todos, em certa medida e grau, devem ficar em casa. Até mesmo o médico, após seu hercúleo trabalho, não tem o direito de passear livremente nas ruas e gerar aglomerações (seria até um contrassenso de sua parte).

A base do dever fundamental de ficar em casa (e de todos os deveres fundamentais) é a solidariedade. Vamos compreender sua importância.

## 3.2. O dever fundamental de solidariedade

O dever fundamental de solidariedade recíproca ou fraternidade responsável é um marco da vida em sociedade. Para que todos vivam

35. JORGE MIRANDA, **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 4ª Edição, 2008, p. 290.

36. É um dever moral imposto a todos baseado em princípios universais. Ou seja, é o racionalmente correto a ser feito. Sobre o imperativo categórico, vide: KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática.** Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 1ª ed., 2016.

37. MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis**. Dever Geral de Recolhimento Domiciliar em Tempos de Coronavírus**. In: Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus. Saulo José Casali Bahia (Org.) São Paulo: Editora IASP, 2020, p.54-55

38. Expressão cunhada por Carlos Rátis, referindo-se a um "mínimo existencial" dos deveres fundamentais. MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis**. Introdução ao estudo dos deveres fundamentais.** Salvador : JusPodivm, 2009, p. 97/98.

bem, é imprescindível uma consciência humanitária coletiva, em que o indivíduo possa ceder seu direito pessoal quando ele conflitar com um interesse coletivo melhor. [39]

Esse dever de fraternidade não significa defender moralismos baratos ou entes metafísicos, mas sim concretizar a força normativa da nossa Constituição (art.1°, §único, III c/c art.3º, I, da CF/88). Trata-se de um dever fundamental de terceira dimensão associado, sobretudo, à proteção jurídica dos mais vulneráveis e do interesse público primário. [40]

Na pandemia, a atuação estatal não será suficiente para concretizar a saúde pública, se não existir solidariedade por parte de todos os cidadãos. Desse modo, a solidariedade é um dever com fundamentalidade formal (previsão constitucional) e material (relevante para o objetivo social da saúde pública) [41] .

Nesse sentido, a saúde pública vem em primeiro lugar e não pode ceder espaço para individualismos irresponsáveis que desprezam a vida alheia. Sequer a pós-verdade pode legitimar discursos egoístas do tipo: "não sou obrigado a nada, pois sou totalmente livre", "tenho meus direitos, vou para a rua, não acredito na ciência e tampouco nas universidades".

Viver em democracia não significa ser irresponsável. Segundo Boaventura de Sousa Santos, a solidariedade e a cooperação fortalecem o sistema democrático. [42]

39. LAZARI, Rafael de. **Os cinco deveres fundamentais do ser humano**. Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 6, 2020, n° 2, pgs.1113-1123. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/2/2020_02_1103_1124.pdf. Acesso em 10/05/2020.

40. HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. **O dever fundamental de fraternidade e pandemia. In: Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus**. Saulo José Casali Bahia (Org.) São Paulo: Editora IASP, 2020, p.97-98

41. Essa classificação de fundamentalidade formal e material pode ser encontrada no seguinte trabalho: PEDRA, Adriano Sant'Ana Pedra. Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies: Proceedings of the XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy of the Internationale Vereinigunf für Rechts- und Sozialphilosophie. Belo Horizonte: Initia Via, 2015, P.1135-1136. Disponível em: https://www.academia.edu/36423035/PEDRA_AS._Solidariedade_e_deveres_fundamentais_da_pessoa_humana. Acesso em 11/05/2020

42. SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. **A cruel pedadogia do vírus.** São Paulo: Boitempo editorial, 2020, ebook, p.48.

Reconhecer a existência e importância do outro é uma exigência básica civilizacional. Liberdade e solidariedade são complementares, e não excludentes. Não é admissível que o egoísmo de alguns obrigue os médicos a tomarem as trágicas escolhas de decidir entre quem vai morrer ou quem vai viver, por falta de leitos ou respiradores.

É preferível matar o idoso ou o jovem? Não podemos deixar o direito chegar a esse utilitarismo sem freio. Por isso, temos que "levar os deveres fundamentais à sério". Como bem afirma Ronald Dworkin, o direito é uma questão de princípios [43], uma vida é igual a uma vida, e disso não podemos abrir mão.

O egoísmo nos leva para uma vida vazia e, muitas vezes, nos conduz para uma "morte em vida". O livro "A morte de Ivan Ilitch", uma obra de arte de Lev Tolstói, conta a triste história de Ivan, um juiz que viveu uma vida egoísta, baseada no poder e nos bens materiais. No seu auge profissional, Ivan foi acometido por uma doença grave que o fez agonizar até a morte. Antes de morrer, ele percebe que "não viveu como se **devia**" [44] (grifo nosso).

Por vezes, pior que morrer de fato é "morrer em vida". Viver uma vida sem sentido, só baseada no "EU" e no "TER", sem pensar no "OUTRO" e no "SER". Nessa pandemia, não sejamos um "Ivan". Sejamos pessoas solidárias, e não solitárias. Sejamos cidadãos responsáveis, com direitos e deveres bem equilibrados.

Os deveres jurídicos de ficar em casa e de solidariedade, portanto, são imprescindíveis para enfrentarmos essa pandemia.

43. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
44. TOLSTÓI, Lev. **A morte de Ivan Ilitch**. Tradução Boris Schnaiderman. São Paulo: editora 34, 2009, p.68

## 4. Conclusão

As limitações e os deveres relacionados à liberdade de locomoção demonstram que direitos e deveres fundamentais devem conviver harmoniosamente em um Estado Democrático de Direito.

Com esse intuito harmônico, o Direito Constitucional deve se renovar para enfrentar a realidade pós-pandêmica que está porvir. Entendemos que a palavra chave seja o equilíbrio, isto é, o meio-termo entre o excesso e a falta, como já advertia Aristóteles. [45]

Um direito constitucional pós-pandêmico deve buscar, sobretudo, esse equilíbrio aristotélico entre direitos e deveres fundamentais. É imprescindível a construção de um constitucionalismo que não defenda cegamente a "Era dos Direitos" e tampouco a "Era dos Deveres", mas que almeje concretizar uma cidadania responsável (um equilíbrio entre os dois extremos).

Um cidadão responsável é aquele que compreende e respeita seus direitos e deveres fundamentais e que entende a importância do "eu" e do "outro" para a sua existência social. Esperamos que esse Direito Constitucional Pós-Pandêmico seja capaz de, pelo menos, colaborar com esse novo modelo de cidadão e de contrato social.

Oxalá que essa terrível pandemia passe logo e que fique o aprendizado para uma humanidade mais solidária e um legado para esse novo Direito constitucional.

45. O meio termo é a virtude de alcançar o equilíbrio entre o excesso e a falta. A generosidade, por exemplo, é o equilíbrio entre a avareza e a extravagância. ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Tradução Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: ed. Martin Claret, 2015, p.123-128

## 5. Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALIGHIERI, Dante. **A Divina Comédia**. Trad. Ítalo Eugenio Mauro. São Paulo: Ed. 34, 4ª ed. 2018.

ARISTÓTELES. Ética a **Nicômaco**. Tradução Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: ed. Martin Claret, 2015.

_____. **Política**. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2017.

BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar: 3ª ed, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 maio 2020.

_____. Decreto n° 10.282 de 20 de março de 2020. **Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm> Acesso em: 10 abril 2020.

_____. Lei n° 13.979 de 6 de fevereiro de 2020. **Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus responsável pelo surto de 2019.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm> Acesso em: 10 março 2020.

_____ . STF. APDF 672-DF. Relator Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 08/04/2020.

_____. STF. Rcl 40014 MC-GO. Min. Dias Toffoli, julgado 15/04/2020

_____. STF. Suspensão de liminar 1.309/2020- SP. Min. Dias Toffoli, julgado 01/04/2020

_____. STF. Suspensão de Liminar n° 1315- PR. Min. Dias Toffoli, julgado 17/04/2020

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n° 62 de 17 de março de 2020.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf.> Acessado em 15 de maio de 2020.

DEPEN. **Estruturas e Instalações Temporárias para o Sistema Prisional**. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/copy_of_Alternativas_para_vagas_temporarias___COVID_19_ver01.pdf.> Acessado em 14 de maio de 2020.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FIOCRUZ. **Posicionamento da FIOCRUZ sobre a evolução do Covid-19 no Rio de Janeiro**. Disponível em: <https://agencia.fiocruz.br/sites/agencia.fiocruz.br/files/u91/relatorio_distanciamentosocial.pdf.> Acessado em 13/05/2020.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La lucha contra las inmunidades del poder, Revista do Occidente: Madrid, 1974.

GLOBO. **URFJ recomenda** lockdown **no Rio de Janeiro em ofício enviado ao Ministério Público.** Vide: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/05/08/ufrj-recomenda-lockdown-no-estado-em-oficio-enviado-ao-ministerio-publico.ghtml.> Acessado em 13/05/2020.

GOIÁS (Estado). Decreto Estadual n° 9.638 de 20 de março de 2020.**Altera o Decreto n° 9.633, de 13 de março de 2020 e dá outras providências.** Disponível no site: <http://diariooficial.abc.go.gov.br//ver-flip/4140/#/e:4140?find=Decreto%20 9.638.> Acessado em 12/05/2020.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. **O dever fundamental de fraternidade e pandemia. In: Direitos e deveres fundamentais em tempos de Coronavírus**. Saulo José Casali Bahia (Org.) São Paulo: Editora IASP, 2020.

IBGE. **Pesquisa Nacional Por Amostra Em Domicílios (PNAD)**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98965.pdf.> Acessado em 13/05/2020

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática.** Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 1ª ed., 2016.

KEYES, Ralph. The post-truth era: dishonesty and deception in contemporany life. New York: St. Martin's Press, 1st edition, 2004.

LAZARI, Rafael de. **Os cinco deveres fundamentais do ser humano**. Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 6, 2020, n° 2, pgs.1113-1123. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/2/2020_02_1103_1124.pdf.> Acesso em 10/05/2020.

MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis**. Dever Geral de Recolhimento Domiciliar em Tempos de Coronavírus**. In: Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus. Saulo José Casali Bahia (Org.) São Paulo: Editora IASP, 2020, p.54-55

_____. Carlos Eduardo Behrmann Rátis**. Introdução ao estudo dos deveres fundamentais.** Salvador : JusPodivm, 2009, p. 97/98.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Recomendações da OMS para evitar disseminação do coronavírus.** Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agenciasaude/46540-saude-anuncia-orientacoes-para-evitar-a-disseminacao-do-coronavirus.> Acessado em 10/05/2020

MIGALHAS. **Manifestação oficial promovida pela DPU, Defensorias Estaduais, IBCCRIM, IDDD, OAB/SP e instituições de direitos humanos**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/325982/conselho-de-politica-criminal-retoma-votacao-sobre-uso-de-conteineres-para-presos-com-covid-19.> Acessado em 14/05/2020.

MIRANDA, Jorge. **Direitos e deveres fundamentais do Homem.** Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima2/Jorge_Miranda.pdf.> Acessado em 10/05/2020

_____. Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, Direitos Fundamentais,, 4ª Edição, 2008, p. 290.

NITERÓI (Município). Lei Municipal n° 3.495 de 07 de maio de 2020. **Estabelece medidas de contenção da disseminação do vírus da Covid-19.** Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a2/rj/n/niteroi/lei-ordinaria/2020/350/3495/lei-ordinaria-n-3495-2020-estabelece-medidas-de-contencao-da-disseminacao-do-virus-da-covid-19?q=3495.> Acessado em 13/05/2020.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**. Revista de Direito Mackenzie. Vol.3, n.2, 2002, p.9-10. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246/4913.> Acessado em 07/05/2020

PARANÁ (Estado). TJ-PR. Agravo de instrumento n° 0020002-72.2020.8.16.0000. Relator: Leonel Cunha, julgado 30/04/2020

SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. **A cruel pedadogia do vírus.** São Paulo: Boitempo editorial, E-book, 2020.

SÃO BERNARDO DO CAMPO (Município). Decreto Municipal n° 21.118 de 24 de março de 2020. **Decreta restrições de ordem sanitárias aos idosos que estejam no território do Município, e dá outras providências.** Disponível no site: <https://leismunicipais.com.br/a2/sp/s/sao-bernardo-do-campo/decreto/2020/2112/21118/decreto-n-21118-2020-decreta-restricoes-de-ordem-sanitarias-aos-idosos-que-estejam-no-territorio-do-municipio-e-da-outrasprovidencias?q=21118.> Acessado em 13/05/2020.

SÃO PAULO (Estado). Decreto n° 64.881 de 22 de março 2020. **Decreta quarentena no Estado de São Paulo, no contexto da pandemia do Covid-19.** Disponível em: <http://dobuscadireta.imprensaoficial.com.br/default.aspx?DataPublicacao=20200323&Caderno=DOE-I&NumeroPagina=1.> Acesso em 11/05/2020

PEDRA, Adriano Sant'Ana Pedra. Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies: Proceedings of the XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy of the Internationale Vereinigunf für Rechts- und Sozialphilosophie**.** Belo Horizonte: Initia Via, 2015, P.1135-1136. Disponível em: <https://www.academia.edu/36423035/PEDRA_AS._Solidariedade_e_deveres_fundamentais_da_pessoa_humana.> Acesso em 11/05/2020

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais.** Tradução de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012

*STRECK, Lenio.* **Hermenêutica Jurídica e(m) crise***: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 10.ed., 2011*

TOLSTÓI, Lev. **A morte de Ivan Ilitch**. Tradução Boris Schnaiderman. São Paulo: editora 34, 2009.

UMUARAMA (Município). Decreto Municipal n° 082/2020. Disponível no site: <http://www.umuarama.pr.gov.br/noticias/administracao/decreto-autoriza-reabertura-do-comercio-e-impoe-toque-de-recolher-em-umuarama.> Acessado em 08/05/2020.

# 10

# Dignidade Humana, Covid-19 e a Superação do "Brasileiro Mediano": Memórias de uma Vítima Indireta

**FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH**

*SUMÁRIO: 1. Explicações iniciais das peculiaridades do ensaio; 2. Vítimas indiretas; 3. Para quê dignidade da pessoa humana sem empatia com a dor alheia? 4. A matéria prima é a culpada: o curioso caso do "brasileiro mediano"; 5. Hora de concluir; 6. Referências.*

## 1. Explicações iniciais das peculiaridades do ensaio

Peço que, excepcionalmente, quem estiver lendo este ensaio admita uma dupla apresentação de como ele será peculiar: primeiro porque escrito em primeira pessoa, o que não é comum nos meandros acadêmicos; segundo porque ele foi redigido com lágrimas nos olhos, de uma assentada única, com um misto de irresignação, tristeza e vontade de justiça.

A pandemia do Corona Vírus, na sua versão COVID-19, vitimou milhares em escala mundial e, no Brasil, infelizmente, o quadro caminha para uma tragédia das mais destacadas na história do país. As projeções dos especialistas em matéria sanitária e de saúde pública apontam para o país se tornar o principal epicentro da doença em todo o mundo.

O nome selecionado deriva da realidade que será apresentada:

um estudo de caso concreto, real: a dor de minha família por conta do falecimento da matriarca, de forma repentina.

Não, ela não faleceu por decorrência da COVID-19.

Padeceu de senilidade, do alto dos seus 95 anos completados uma semana antes, em 16 de junho de 1925. Deixou este plano serena, em casa.

Mas com isso se abriu uma chaga enorme em nossos corações.

## 2. Vítimas Indiretas

A expressão "vítima indireta" deriva precisamente deste cenário antes narrado: reforço que a *causa mortis* nada teve a ver com a pandemia.

Mas os cuidados que foram tomados por mim, por minha mãe e por meu tio não foram suficientes para que as mazelas do egoísmo, do desprezo pelos deveres fundamentais e do abuso de (supostos) direitos fundamentais de terceiros, desconhecidos – mas responsáveis diretos pela infâmia pela qual a minha e tantas outras famílias potencializaram seus sofrimentos.

Às 18:45 horas do dia 25 de junho de 2020 minha avó materna, Zamy Maria da Piedade Almeida, respirou pela última vez. Minha mãe tentou de tudo, aos prantos e com as mãos trêmulas, a fim de reanimá-la: massagem cardíaca, orações, álcool nas extremidades, carinho. Infelizmente, nada mais era possível fazer. O atendimento da equipe médica de urgência em domicílio (Vitalmed) apenas constatou a triste condição de que nossa "menina" tinha descansado em definitivo.

Ela cumpriu seu papel de matriarca, de modelo moral, de firmeza inquebrantável ante as inúmeras dificuldades da própria vida desde criança

de pouca idade, passando pelo casamento que durou décadas, gerando três filhos, três netos e duas bisnetas.

E no momento da despedida de seu corpo físico, no qual a dor da perda corrói os corações mesmo daqueles mais "preparados" espiritualmente para a hora fatal, as circunstâncias do mundo e do Brasil terminaram por piorar, e muito, o desenlace.

Meu tio fez malabarismos junto a malha aérea para conseguir estar presente no dia seguinte para o sepultamento. Saiu de Juiz de Fora em um dia para chegar em Salvador após as 14:00 horas do dia seguinte.

Ela faleceu em casa. Precisou ser mantida dentro do apartamento porque, ante a pandemia e os normativos do Município de Salvador, os cemitérios não podem aceitar que ocorra a remoção dos corpos com antecedência.

Para evitar uma violência psicológica a minha mãe ainda maior (que em outubro do ano passado viu meu avô falecer da mesma forma) a solução viável foi contar com o serviço da funerária escolhida (A Decorativa) para trasladar o corpo morto de minha avó para a loja que eles mantém no Campo Santo, a fim de aguardar a hora autorizada para o caixão adentrar no Jardim da Saudade, o cemitério no qual seria realizado o sepultamento no dia 26 de junho.

Os gritos de dor lancinantes de minha mãe já cortaram meu coração e ampliaram as lágrimas que jorravam pelo meu rosto. Cada gota levava um misto de tristeza, desilusão e até mesmo revolta. Foi um dos mais deprimentes eventos por que já passei, considerando que já perdi meu pai, tios e meu avô. Mas a dor de agora foi potencializada pelas circunstâncias.

Não houve velório.

Caso se quisesse fazer uma cerimônia, ela seria limitada à presença de dez pessoas no máximo, com duração total máxima de duas horas antes do momento fixado para o sepultamento do corpo, com o caixão lacrado.

Não entendemos (eu, minha mulher, minha mãe e meu tio) que seria profícuo realizar o velório nessas condições. Primeiro porque cada qual das pessoas que eram informadas do óbito já sabia que não poderiam estar próximas, abraçando fisicamente para minorar o sofrimento de minha família. Segundo porque minha mãe e meu tio são idosos e estão no "grupo de risco da COVID-19", não convindo os expor ao perigo de se contaminarem.

A cena que vou tentar transcrever não sairá de minha mente: o caixão, fechado, foi levado diretamente ao cemitério. Seguiu direto ao local do sepultamento, no mesmo local onde está meu avô. Começou a chover fortemente. Toda a assistência da cerimônia se limitou a nós quatro: minha corajosa e especial mulher, minha sofrida e abalada mãe, meu tristíssimo e nervoso tio e um esfacelado eu, tentando arranjar forças para não chorar a fim de, ao menos, poupar um pouco meus parentes.

Um preposto do cemitério alertou meu tio que ele não poderia sequer ficar ao lado do caixão: precisamos todos nós ficar a mais de dois metros do sepulcro. Tudo era silêncio, frio e depressão. A sensação era que uma indigente estava sendo enterrada, que uma criminosa hedionda estava sendo sepultada, dada a impossibilidade até de sofrermos com dignidade...

É inominável a dor de não poder despedir condignamente de uma pessoa tão especial em minha vida, de não poder receber um abraço de pessoas queridas (geradores de um pouco de calor, de acalanto).

O pior viria logo após: saindo do cemitério destroçados, passamos por grupos bebendo em lugares abertos, ajuntados, sem máscaras de proteção,

confraternizando como se o tempo presente fosse de férias gerais, de um verão eterno.

Foi isso que vi quando levava os meus para o enterro: pessoas sentadas em praças, jogando dominó, passeando, sem proteções, sem cuidados com os próprios, sem nenhuma preocupação com os outros.

A sensação foi que todos falhamos, todos perdemos. Os profissionais da linha de frente (que saem de casa e deixam suas famílias para proteger as vítimas diretas da pandemia), os agentes públicos preocupados efetivamente com as vítimas diretas, todos aqueles que respeitaram e cumprem o isolamento social em prol da diminuição do contágio da COVID-19.

Meu tio não veio passar o aniversário de minha avó no dia 16 de junho por medo de trazer o vírus para ela. Minha mãe, que adora passear no centro da cidade e ir às suas missas diárias, estava enclausurada em casa desde meados de fevereiro de 2020. Eu só saio de casa para realizar compras para ambas, justo para que não saíssem de casa e o risco de contaminação fosse o mínimo possível.

Ainda assim os efeitos deletérios do Coronavírus foram devastadores para minha família. Por isso a expressão vítima indireta nestas minhas dolorosas memórias: minha avó não padeceu da doença de momento, mas fomos (ela, eu e os meus) todos vítimas do egocentrismo de tantos, da falta de empatia e humanidade difusa vista em todo o país e, com particular constância, em determinados bairros de Salvador.

Perdemos a dignidade de enterrar uma pessoa tão querida como deveria. Retiraram meu direito de sofrer um pouco menos caso as exéquias fossem feitas como de costume. Impediram que um alento mínimo fosse realizado. Afastaram minha mãe e meu tio do caixão da mãe deles. Elevaram

à décima potência a penúria de um acontecimento inevitável, mas que se tornou ainda pior pela impotência de fazer o básico: enfrentar o luto com cada passo a ser dado. Limaram a dignidade humana de minha família.

Quem fez isso? Talvez você que me lê. Ou alguém próximo a você.

Não precisa ter maldade, dolo, intenção: basta a culpa, a incúria, o desprezo consciente ou imaturo pelo sofrimento alheio. Os denominados assintomáticos podem ser veículos de contágio e nem mesmo terem a noção que carregam ou carregaram o vírus.

O presente ensaio é um desabafo de alguém que está sofrendo muito mais não só pela perda de seu referencial de mulher, mãe, amiga, conselheira – mas porque sentiu na pele o que é "virar estatística" e padecer, silenciosamente, por conta da maldade de terceiros desconhecidos.

Quem pode ficar em casa tem o dever de permanecer, usufruindo dos meios e condições para tanto; quem não pode e é obrigado a se arriscar por conta de trabalho ou necessidades inadiáveis, está exposto sem vontade, mas por conta das demandas da subsistência.

Porém, não há inocentes no grupo dos inomináveis: prefiro adjetivar pouco aqueles que podem ficar em casa mas escolheram "se cuidar" e, por isso, permanecem levando uma vida "normal" mesmo em um mundo de exceção; aqueles que acreditam estarem imunes porque são "atletas" e não podem malhar em casa, tendo que correr na rua, por vezes aglomerados; aqueles que não podem perder um "happy hour", nem que seja improvisado – já que lojas de conveniência, restaurantes e bares estão, quase todos, fechados ou atendendo remotamente – porque não aguenta mais ficar em casa e "tomar umazinha" é indispensável "com os parças"; aqueles que estão relativizando as mortes diárias em números de mais de mil pessoas,

tornando normal o flagelo de tantas famílias porque o anjo da morte não chegou ao seio das deles, concretizando a mais não poder o sentido de "não é problema meu".

Senhoras e senhoras, uma afirmação incômoda: todos vocês, com maior ou menor extensão, são co responsáveis pelas tragédias diretas e indiretas experimentadas por mais de um milhão de pessoas. Em números mais próximos, dada a alarmante e notória subnotificação, associada à postura antirrepublicana do governo federal de negligenciar os dados oficiais, tornando-os não confiáveis:

1. até 29 de junho de 2020, data do fechamento deste artigo, o Brasil contabiliza 58.385 (cinquenta e oito mil, trezentos e oitenta e cinco) mortes por conta do COVID-19;
2. no total acumulado são registrados 1.370.488 (um milhão, trezentos e setenta mil, quatrocentos e oitenta e oito) casos confirmados da doença;
3. de domingo, 28 de junho, para hoje, 29 de junho, foram mais 25.234 (vinte e cinco mil, duzentos e trinta e quatro) infectados;
4. de acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), um em cada quatro casos de COVID-19 que acontecem e que levam a óbito ocorrem no Brasil;
5. de acordo com monitoramento da universidade norte-americana Johns Hopkins, referência internacional em saúde, o mundo já tem apresenta registro de 10 milhões de infectados e 500 mil mortos, sendo que apenas o Brasil responde por 11% (onze por cento) das mortes totais no planeta;
6. a Bahia acumula 1.800 (mil e oitocentos) óbitos derivados de Coronavírus, sendo que nas últimas 24 horas foram 52 novas perdas de vidas humanas;
7. a fonte dos dados acima expostos não é o Ministério da Saúde do Brasil, e sim "uma parceria inédita entre G1, O Globo, Extra, O Estado de S.Paulo, Folha de S.Paulo e UOL, que passaram a

> trabalhar, desde o dia 8 de junho, de forma colaborativa para reunir as informações necessárias nos 26 estados e no Distrito Federal", a qual "foi feita em resposta à decisão do governo Jair Bolsonaro de restringir o acesso a dados sobre a pandemia da Covid-19", pois, pasmem quem não sabia a origem, "Mudanças feitas pelo Ministério da Saúde na publicação de seu balanço da pandemia reduziram por alguns dias a quantidade e a qualidade dos dados. Primeiro, o horário de divulgação, que era às 17h na gestão do ministro Luiz Henrique Mandetta (até 17 de abril), passou para as 19h e depois para as 22h. Isso dificultou ou inviabilizou a publicação dos dados em telejornais e veículos impressos. (...) A segunda alteração foi de caráter qualitativo. O portal no qual o ministério divulga o número de mortos e contaminados foi retirado do ar na noite de 4 de junho. Quando retornou, depois de mais de 19 horas, passou a apresentar apenas informações sobre os casos "novos", ou seja, registrados no próprio dia. Desapareceram os números consolidados e o histórico da doença desde seu começo. Também foram eliminados do site os links para downloads de dados em formato de tabela, essenciais para análises de pesquisadores e jornalistas, e que alimentavam outras iniciativas de divulgação". [1]

Somos eu e minha família vítimas indiretas do primeiro vírus, o da COVID-19.

Como esclarece Lúcio Ronaldo Pereira Ribeiro, a "Vitimologia (vítima + logia) é o estudo da vítima em seus diversos planos. Estudase a vítima sob o aspecto global, integral: psicológico, social, econômico, jurídico", sendo relevante o seu objeto de análise porque "O estudo da vítima é também uma nova etapa do humanismo no Direito, em especial no direito penal, pois que, focado na vítima, objetiva estudála em suas múltiplas dimensões, social, psicológica, moral, filosófica, empregando, para

1. "Brasil tem 727 mortes por coronavírus em 24 horas, mostra consórcio de veículos de imprensa; são 58.385 no total". **Portal G1**. Disponível em: https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/06/29/casos-e-mortes-por-coronavirus-no-brasil-29-de-junho-segundo-consorcio-de-veiculos-de-imprensa.ghtml. Acesso em: 29 jun. 2020.

tanto, igualmente diversos e ecléticos métodos (FILIZZOLA et al., 1995; e tb. PELAÉZ, 1975)". [2]

Continua explicando que a expressão vítima vem do latim *victimia* e *victus*, significando vencido, cominado, aquilo que se refere a um "animal oferecido em sacrifício aos deuses no paganismo, ou sacrificado, morto, abatido, ferido, por outro". Posteriormente, o conceito de vítima foi sendo ampliado, para caracterizar "todo ser humano que é prejudicado de alguma forma". [3]

Luanna Tomaz de Souza sustenta, com muita correção, que a vítima de hoje não é a mesma de outrora pois foram agregados os atributos que integram a dignidade da pessoa humana e mais o contexto social que o do Estado Democrático de Direito, eis que um conceito jurídico amplo de vítima abrange aqueles que sofrem algum tipo de ofensa a direitos fundamentais, do qual emergiria um dano ou lesão. Citando o documento da Organização das Nações Unidas (ONU) denominada Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para a Vítima de Delitos e Abuso de Poder, transcreveu conceito do qual extraímos o essencial para este escrito:

> 1 – Entendem-se por "vítimas" as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder.
>
> 2 – Uma pessoa pode ser considerada como "vítima", no quadro da presente Declaração, quer o autor seja ou não identificado, preso, processado ou declarado culpado, e quaisquer que sejam os laços

2. RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. Vitimologia. **RDP** nº 7 Abr.Maio/2001, p. 30. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_07_30.pdf. Acesso em: 29 jun. 2020.

3. RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. Vitimologia. **RDP** nº 7 Abr.Maio/2001, p. 31. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_07_30.pdf. Acesso em: 29 jun. 2020.

> de parentesco deste com a vítima. O termo "vítima" inclui também, conforme o caso, a família próxima ou as pessoas a cargo da vítima direta e as pessoas que tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização. [4]

Estou eu e os meus neste conceito: aqueles que são prejudicados de alguma forma, aqueles que compõem a família próxima da vítima direta. Padecemos com um sofrimento de ordem moral, uma perda material e um grave atentado aos nossos direitos fundamentais.

Fomos lesados pelo descaso difuso com o sofrimento alheio; fomos ofendidos com a intolerância dos mais abastados e menos empáticos, fantasiados de "formadores de opinião" nas redes sociais mas vendendo a desobediência aos protocolos sanitários de proteção social; fomos vilipendiados pelos menos abastados que, por ignorância, acham que estão imunes ao vírus até que o vizinho, o parceiro de farras, a amiga de infância falece da doença e a ameaça intangível vira uma realidade macabra.

Somos vítimas da abusividade, da empatia em nível zero, do "umbilicalismo" generalizado – o mundo se resume ao meu umbigo, apenas ao que eu acredito, ainda que seja tudo errado ou que coloque os outros em risco. Perdemos para a imbecilidade de tantos que, conscientemente, criaram um cenário de propagação da COVID-19 sem precedentes – e sem necessidade.

Os festejos de São João e São Pedro geraram uma diáspora para as cidades do interior e para o litoral. Em menor quantidade, por óbvio, mas ainda assim em maior número do que a aceitável. Resultados concretos: em futuro próximo a constatação infeliz é que os casos vão crescer em cidades

4. SOUZA, Luanna Tomaz de. Vitimologia e gênero no processo penal brasileiro. **Cadernos de gênero e tecnologia.** Nº 27 e 28. Ano 10, Jul.-Dez./2013, p. 42 e 44. Disponível em: https://periodicos.utfpr.edu.br/cgt/article/download/6102/3753. Acesso em: 29 jun. 2020.

sem a menor estrutura, proliferando-se com rapidez e com mais vidas sendo ceifadas.

De acordo com dados oficiais expostos no sítio eletrônico de Blumenau, Santa Catarina, em 29 de junho de 2020 a municipalidade apresenta o seguinte quadro: 2277 casos confirmados da COVID-19, sendo 1100 em tratamento (1081 em isolamento domiciliar, 08 em enfermaria e 11 em unidade de terapia intensiva), 1168 recuperados, 11868 testes realizados e 09 (nove) óbitos. [5]

Veículos de comunicação noticiaram em 22 de junho agora que "O número de casos de coronavírus disparou em Blumenau na última semana. O índice, que era de 1.110 pacientes infectados no dia 14 deste mês, segundo a prefeitura, passou para 1.478 neste domingo (21), aumento de 33% em sete dias. Desde 1º de junho, quando eram 799 casos, o crescimento chega a 85%". Prosseguiram afirmando que "Nesse meio tempo, o município mais do que triplicou a testagem, o que explica, em parte, o aumento. Mas há vários dados que trazem preocupação, além da diminuição da subnotificação. É esse contexto que, aliado ao comportamento da população, faz o infectologista Amaury Mielle resumir a situação como "de extrema gravidade".". [6]

Qual o motivo deste aumento desenfreado? "Flexibilizamos em plena ascensão dos casos, contrariando todos os exemplos de países que já tinham passado pela mesma experiência. Entendo ser de extrema gravidade a situação em que nos encontramos. Existe uma fadiga diante das necessidades de contínua vigilância, o que faz com que parte da população, que já não estava tão fiel ao isolamento social, aja como se tudo

5. SANTA CATARINA. Município de Blumenau. Aba "Informações oficiais". Disponível em: https://blumenau.sc.gov.br/coronavirus/. Acesso em: 29 jun. 2020.

6. ITTNER, Augusto. "Coronavírus avança em Blumenau e infectologista alerta para "situação de extrema gravidade". **Portal NSCTotal**. Disponível em: https://www.nsctotal.com.br/noticias/coronavirus-avanca-em-blumenau-e-infectologista-alerta-para-situacao-de-extrema-gravidade. Acesso em: 29 jun. 2020.

estivesse sob controle — aponta o infectologista Amaury Mielle.

Já havia ocorrido essa situação antes: "O número de casos de Covid-19 em Blumenau, mais do que dobrou desde a reabertura do comércio na cidade, em 13 de abril. Naquela data, eram 68 pacientes infectados, contra 177 na terça-feira (28), segundo o governo de Santa Catarina - um crescimento de 160%. Depois, o número cresceu ainda mais, chegando a 212 no fim de abril". Registrou-se ainda que "De acordo com o prefeito, o movimento intenso no shopping na abertura, em 22 de abril, foi reflexo da falta de cuidado dos moradores em sair às ruas, mesmo com a recomendação de ficar em casa e evitar aglomerações, incluindo idosos". [7]

No Rio de Janeiro, o campeonato de futebol do estado não apenas foi retomado (até aí, com todos os protocolos médicos, é admissível), como houve a edição de decreto liberalizando a presença de público nos estádios:

A Prefeitura do Rio de Janeiro confirmou a autorização da volta do público aos estádios de futebol a partir do dia 10 de julho. A medida foi publicada na noite de sexta-feira, em edição extra no Diário Oficial, às 23h17. Em um primeiro momento, os estádios vão poder receber 1/3 de sua capacidade, com distanciamento de e 4m² por pessoa e vendas *online*.

Houve uma alteração no planejamento inicial. No lançamento das fases de reabertura durante a pandemia de Covid-19, a liberação de parte da capacidade dos estádios para competições esportivas aconteceria no dia 2 de julho (quinta-feira). No entanto, a fase 3 foi desmembrada em A, que se inicia a partir do dia 2, e a B, que está prevista para o dia 10.

(...) O Diário Oficial não trata nem do controle sobre esse distanciamento de 4m² por pessoa, nem explica como será realizada a troca de ingressos,

7. "'Atitude impensada', diz prefeito de Blumenau sobre aglomeração em shopping durante pandemia". **Portais G1 e CNSCTV**. Disponível em: https://g1.globo.com/sc/ santa-catarina/ noticia/ 2020/ 05/ 01/atitude-impensada-diz-prefeito-de-blumenau-sobre-aglomeracao-em-shopping-durante-pandemia.ghtml. Acesso em: 29 jun. 2020.

após vendas online. No texto publicado no Diário Oficial, há observação de que este planejamento está sujeito a alterações. No Maracanã, 1/3 da capacidade do estádio corresponde a 22 mil pessoas. Em São Januário, 7 mil torcedores. E no Nilton Santos, 14 mil. Ainda não há um protocolo definido, mas será obrigatório o uso de máscara de distanciamento social de quatro metros quadrados. Não haverá recomendação para medição de temperatura. [8]

Em Salvador no dia 15 de junho deste ano, houve o registro de grande aglomeração porque uma parte da orla marítima fora "liberada para uso". O que se viu? "O prefeito ACM Neto anunciou que a orla da Barra será fechada por sete dias, a partir desta terça-feira (16). O trecho interditado vai do Porto da Barra até a área de Ondina. A decisão foi tomada depois que uma multidão se aglomerou no bairro no último fim de semana". Destaca-se:

Até este domingo (14), Salvador tinha 19.860 casos confirmados de covid-19, com 742 mortes. A taxa de contaminação caiu para 3,7%, mas, mesmo com esse percentual, a estimativa é de que até o dia 30 de junho serão 44 mil infectados com o novo coronavírus na capital baiana. Neto cobrou mais responsabilidade dos soteropolitanos. (...) O fim de semana foi mesmo movimentado. De acordo com os dados da prefeitura, 73% dos motoristas que costumam sair de casa aos domingos estavam nas ruas ontem. Esse percentual é um dos maiores desde o início da pandemia. No transporte público, 33%, dos passageiros usaram o serviço, a mesma taxa das últimas semanas.

(...)Moradora da Barra há 15 anos, a autônoma Camila Santana, 34, criticou o comportamento dos frequentadores do bairro. "Eu vejo da janela de casa a quantidade absurda de pessoas que andam para lá e para lá em

8. "Prefeitura muda planejamento inicial e libera jogos com público no Rio a partir de 10 de julho". **Portal GloboEsporte.com**. Disponível em: https://globoesporte.globo.com/rj/futebol/campeonato-carioca/noticia/governo-libera-jogos-com-publico-no-rio-de-janeiro-a-partir-de-10-de-julho.ghtml. Acesso em: 30 jun. 2020.

vários momentos do dia. Aqui fica lotado de manhã, no fim da tarde e à noite, muitas vezes com pessoas sem máscaras, correndo em grupo, indo até para a praia. Ontem mesmo tinha um grupinho no Porto. Parece que nada está acontecendo", criticou. [9]

Como aproximar os três casos acima citados?

Em Blumenau a reabertura açodada do comércio gerou uma corrida tresloucada e até mesmo irracional de hordas de pessoas que foram comprar aquilo que não era essencial (tais itens são entregues em casa em todos os rincões do país) ou apenas passear em meio a uma pandemia em centros comerciais com confinamento de ventilação e pessoas expostas voluntariamente, conscientemente.

Os dois primeiros casos se aproximam do que ocorreu em Milão, Itália. Na Lombardia, "O prefeito de Milão, Giuseppe Sala, admitiu ter errado ao apoiar a campanha 'Milão não para', que pedia que a cidade não paralisasse suas atividades no início da pandemia de coronavírus na Itália. O *mea culpa* de Sala, do Partido Democrático, foi feito durante o programa 'Che tempo che fa', que foi ao ar na televisão italiana no último domingo (22). De acordo com o prefeito da cidade de 3,1 milhões de habitantes, foi um erro defender a não interrupção da vida normal". [10]

As pressões derivadas de empresários e de "fatores reais de poder", na acepção de Ferdinand Lassale, são decisivas para compreender esta forma descuidada de agir dos gestores locais.

O pensamento de Lassale foi exposto em conferência pronunciada em

9. SANTOS, Gil. "Custou caro: após domingo de aglomeração, Orla da Barra será fechada por uma semana". **Correio da Bahia**. Disponível em: https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/custou-caro-apos-domingo-de-aglomeracao-orla-da-barra-sera-fechada-por-uma-semana/. Acesso em: 30 jun. 2020.

10. "Prefeito de Milão admite erro por ter apoiado campanha para cidade não parar no início da pandemia de coronavírus na Itália". **Portal G1**. Disponível em: https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/27/prefeito-de-milao-admite-erro-por-ter-apoiado-campanha-para-cidade-nao-parar-no-inicio-da-pandemia-de-coronavirus-na-italia.ghtml. Acesso em: 30 jun. 2020.

1863 na antiga Prússia, e foi divulgado no Brasil por meio da tradução do seu "A essência da Constituição", sendo as suas ideias bem sintetizadas por Aurélio Wander Bastos ao afirmar, criticamente, que o paradoxo do autor reside justamente no fato de ser o seu trabalho "um clássico do constitucionalismo que desconhece a importância do Direito como instrumento de organização social e, ao mesmo tempo, escrevendo sobre o que é uma Constituição, ensina exatamente o que não deve ser a essência de uma Constituição". [11]

O cerne do pensamento de Lassale tornou-se mundialmente conhecido pela alusão à total inércia da Constituição em concretizar direitos e prerrogativas por si mesma. Referiu-se ao Texto Maior como uma folha de papel, buscando dar o sentido de algo que, isoladamente, não pode transformar a realidade social e, em especial, se o que nela se contém está em discordância com os chamados fatores reais de poder, entendidos como "essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são". [12]

Especifica que o rei, a nobreza, os industriais, os banqueiros são fatores reais de poder indiscutíveis, bem como que "dentro de certos limites, também a consciência coletiva e a cultura geral da nação são partículas, e não pequenas, da Constituição", finalizando por afirmar que, "nos casos extremos e desesperados, também o povo, nós todos, somos uma parte integrante da Constituição". Após afirmar que a essência da Constituição está no somatório dos fatores reais de poder que regem uma nação, arremata que a Constituição Jurídica é a junção destes fatores em uma folha de papel, conferindo-lhes expressão escrita. Por fim, Lassale

11. BASTOS, Aurélio Wander. A essência da Constituição. **Prefácio a 6. ed**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001, p. XIX.
12. LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001.

registra o ponto chave de seu pensamento: "Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder". [13]

Nos dois casos os fatores reais de poder devem ser reconhecidos como grandes corporações – centros de compras, lojas de abastecimento, determinados templos religiosos, clube de futebol. As atitudes institucionais dos poderes públicos locais expõem milhares a riscos evitáveis, previsíveis, desnecessários.

Para que aglomerar pessoas em estádios ainda neste ano de 2020? Lembrando que a aglomeração começa nos meios de transporte, passa pelo entorno dos estádios, dura antes e depois das partidas e potencializa tanto a junção de pessoas quanto a proliferação de doenças e mais vírus.

O futebol pode ocorrer sem público nos estádios, mas a sanha de poder e dinheiro encaminham para que o Rio de Janeiro seja mais uma vez um mal exemplo de gestão da pior crise sanitária da história brasileira e uma das piores da história humana em nível mundial.

Se mesmo em Salvador, onde as gestões municipal e estadual estão ideologicamente afastadas, porém comprometidas com a adoção de providências que minorem as consequências nefastas da COVID-19, um ato despretensioso de "afrouxamento temporário" teve de ser revertido com rapidez por conta da aglomeração que dele derivou, como acreditar que não há um fator determinante no triunfo do vírus: a ignorância generalizada?

## 3. Para quê dignidade da pessoa humana sem empatia com a dor alheia?

O momento é de exercitar da forma mais ampla possível a razoabilidade. Compatibilizar justas expectativas permite que os danos

13. LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001, p. 40.

sejam minorados em um momento tão difícil de lidar em períodos de normalidade, que se dirá em tempos de dizimação de tantas pessoas por conta do COVID-19 e suas comorbidades associadas.

A falta de estrutura sanitária adequada, a superlotação dos hospitais e o esgotamento físico e mental dos recursos humanos especializados nos cuidados com a saúde, associados a ausência de remédios ou vacinas, tornam o quadro verdadeiramente dantesco.

Como já dissemos em anterior artigo [14], a dignidade humana, se apresenta como "um fim em si mesmo, (...) hoje um axioma da civilização ocidental" [15], tendo surgido no âmbito do direito constitucional a partir do segundo pós-guerra, quando numerosas Constituições incluíram a proteção da dignidade humana em seus textos, sendo a primeira a Lei Fundamental de Bonn, em 1949, "a qual previu, em seu art. 1º, a inviolabilidade da dignidade humana, dando lugar a uma ampla jurisprudência, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal, que a alçou ao status de valor fundamental e centro axiológico de todo o sistema constitucional". [16]

A dignidade da pessoa humana na contemporaneidade há de ser expandida: para além dos seres humanos viventes, deve abarcar também os nascituros viáveis e queridos, os animais [17], os párias sociais e os vulneráveis internacionais (refugiados e asilados políticos), sendo viável sustentar que a dignidade não é mais humana, mas sim dos seres vivos em geral.

---

14. HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. Respeito ao Corpo Morto e a Pandemia do COVID-19 no Brasil: Uma Análise à Luz dos Fundamentos do Candomblé e da Umbanda. *In.:* BAHIA, Saulo José Casali; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis (Org.). **Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus**: Segundo Volume. São Paulo : Editora IASP, 2020, p. 221 e seguintes.

15. BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro : Forense, 2018, p. 155.

16. BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 21.

17. "O Superior Tribunal de Justiça, em decisão pioneira e inédita sobre o tema, no julgamento do REsp 1.797.175/SP, da relatoria do ministro Og Fernandes, reconheceu a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e, ademais disso, atribuiu dignidade e direitos aos animais não-humanos e à Natureza, inclusive avançando rumo a um novo paradigma jurídico biocêntrico" – SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *STJ, a dimensão ecológica da dignidade e direitos do animal não humano*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/direitos-fundamentais-stj-dimensao-ecologica-dignidade-direitos-animal-nao-humano. Acesso em: 04 mai. 2020.

A generalidade do princípio da dignidade humana, por vezes, resulta em críticas à sua utilização desmedida e sem critérios cientificamente seguros. Cícero Dantas Bisneto, com base nas ideias de Daniel Sarmento, afirma que a falta da necessária depuração metodológica termina por propiciar a "banalização do uso do postulado (...) em verdadeira carnavalização de seu conceito, resvalando a sua utilização para o terreno da insegurança jurídica". [18]

A faceta mais forte da dignidade, contudo, ainda é o de instrumental potencializador de posições jurídicas de proteção das liberdades individuais e dos direitos sociais e fraternais. E dentre as inúmeras possibilidades de análise, um tópico releva para a presente análise: a liberdade de religião.

O ordenamento internacional consagra como direito humano dos mais conhecidos a liberdade de ter e professar uma religião. O artigo XVIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos consagra que toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião e que tal previsão "inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular". [19]

A religião se entrelaça com a dignidade no Brasil particularmente quando se reconhece que há um direito de adotar ou não qualquer crença religiosa ou abandoná-la livremente, bem como praticar seus ritos, cultos e manifestar sua fé, sem interferências abusivas. [20]

Ainda é relevante anotar que as diversas religiões devem ser tratadas com tanto respeito quanto os agnósticos e os ateus, ou seja, os desprovidos

18. DANTAS BISNETO, Cícero. **Formas não monetárias de reparação do dano moral**. Florianópolis : Tirant Lo Blanch, 2019, p. 88.

19. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração universal dos direitos humanos**. Resolução 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, Paris : 1948.

20. RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2020, p. 718.

de religiosidades. Os cultos e crenças, de igual modo, devem ser protegidos com amplo rigor dentro da normalidade constitucional.

Como sustenta José Afonso da Silva, a vida humana "integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais)" [21] e, no específico da liberdade de culto, professa que "a religião não é apenas sentimento sagrado puro. Não se realiza na simples contemplação do ente sagrado, não é simples adoração a Deus", e sim "sua característica básica se exterioriza na prática dos ritos, no *culto*, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidade aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida". [22]

Partindo da premissa que "não se pode cogitar de *vida* sem *dignidade*", a pergunta formulada por Manoel Jorge e Silva Neto é decisiva para entender o contexto deste trabalho: "preserva-se a dignidade da pessoa quando o estado a proíbe de exercer a sua fé religiosa?". A resposta é acertada: "Sem dúvida, a opção religiosa está tão incorporada ao substrato de ser humano que o seu desrespeito provoca idêntico desacato à dignidade da pessoa". [23]

Quando escrevi as linhas acima, ainda estava no campo da tese, do "laboratório", analisando os fatos diante de ideias, de direitos fundamentais dos mais caros no Brasil e em boa parcela do mundo contemporâneo.

Por ocasião do falecimento de minha avó e das barbáries psicológicas derivadas das normas de proteção contra a COVID-19, a facticidade de que fala Jurgen Habermas veio com toda força ao meu pensamento: há camadas de sofrimento que vão se sobrepondo. Se não poder enterrar condignamente um parente seu já é motivo de sofrimento relevante, com memórias negativas perenes, que se dirá de ainda ser forçado a renunciar

21. SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo : Malheiros Editores, 2005, p. 66.
22. SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo : Malheiros Editores, 2005, p. 93, grifos do original.
23. SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo : Lumen Juris, 2018, p. 846 e 858, grifos do original.

também às suas crenças religiosas ou filosóficas? Além da queda, um brutal coice acompanhando.

O discurso da dignidade da pessoa humana se universalizou mesmo perante pessoas alheias ao cenário jurídico por conta do desenvolvimento dos estudos do direito constitucional pós vigência da Constituição de 1988.

A sua prática, porém, ainda necessita de uma pavimentação que vai demorar anos, décadas – pois parte de uma premissa óbvia, mas negligenciada totalmente no Brasil: somente seremos dignos com cobrança social das promessas políticas, com efetividade dos direitos e deveres constitucionais, tudo isso derivando da educação dos jovens para que o futuro seja, de fato, diferente do que vemos hoje.

O que falta? De quem é a culpa?

## 4. A matéria prima é a culpada: o curioso caso do "brasileiro mediano"

A culpa do que vemos, a razão subjacente para que tantos sofram de forma majorada tal qual minha família quando do óbito de minha avó, mesmo não sendo pela COVID-19, é da matéria prima da cidadania: o "brasileiro mediano".

Eu uso a expressão brasileiro mediano para indicar que não estou tomando por base nem os luminares da inteligência acadêmica, muito menos os mais preparados fisicamente, ou mesmo os mais protegidos socialmente em razão de gordas contas bancárias e impérios financeiros ou comerciais.

Quem gera a maior quantidade de motivos para o atraso institucional, moral e jurídico do nosso país é o "homem médio" nacional, aqueles

que são estudiosos de nada, mas peritos em tudo que seja derivado do "achismo"; aqueles que possuem opinião acerca de todos os temas, sem ler um livro, procurar um estudo científico minimamente sério ou, ao menos, ouvir um especialista de fato discorrer sobre o tema sem o retrucar com alguma bobagem ideológica – que ele mesmo nem sabe o que significa.

Continuando: o brasileiro mediano é o propagador de notícias falsas por mera preguiça ou dolosa omissão de fazer uma busca simplória na rede mundial de computadores e evitar o repasse de algo que pode ser usado por terceiros como uma "verdade absoluta", a depender de quem afiançou a "informação" com a remessa pelos meios eletrônicos de ocasião.

Ainda: o brasileiro mediano não tem medo de nada pois tem o "corpo fechado", nele nada aconteceu, nada o abate pois ele carrega consigo todo o sincretismo religioso e não tem gripe, febre ou pigarro que o derrube. Mas com isso ele pode até se safar, porém é fortíssimo candidato a ser veículo de transmissão generalizada do vírus para outrem.

A falta de empatia é uma marca do brasileiro mediano: se o problema não atingiu a ele, ou aos que lhe são próximos, então – olhem que formidável sofisma! – o tal problema não existe. O que incomoda, maltrata e atinge quem ele não conhece é motivo de desprezo completo pelo simples fato que não é com ele que as consequências ocorrerão.

O desrespeito pela dor de milhões de pessoas, milhares de famílias, de milhares de profissionais da saúde que veem a cada dia mais e mais vidas serem perdidas ou ficarem no liminar é outra marca garantida do brasileiro mediano. Se ele pode fazer uma festa enquanto tantos padecem, qual o problema?

A terceira marca indelével do brasileiro mediano é a "síndrome do Divino", rememorando o personagem Divino eternizado por Chico Anysio

na televisão brasileira e que usava como bordão "Divino sabe, Divino diz, Divino tudo vê, Divino tudo sente e tudo ouve". [24] A referência humorística esconde duas características bem notórias: no mais das vezes, quem nunca estudou nada se arvora a comentarista, especialista e negacionista até de questões assentadas. Na mesma linha, como eles "tudo sabem", tentam desviar as críticas a eles direcionadas quer com falta de educação, quer com argumentos emocionais, quer com a "carteirada argumentativa", expressada da pior forma possível: "-Mas isso é sua opinião"...

O brasileiro mediano esbanja dos argumentos infundados, reproduz preconceitos, odeia a refutação embasada, detesta ouvir o que não lhe convém, rejeita com virulência por vezes física, por vezes verbal, quando não ambas, quem lhe diz que estão errados e acha um absurdo ter de respeitar normas gerais, pois o Estado não presta e são todos ladrões, preguiçosos, aproveitadores.

Ele só esquece que o motivo das "corjas" estarem nos altos postos, sequenciadamente, independente da coloração das bandeiras ou das siglas político-partidárias de momento, é o voto que ele não sabe dar, ou que trocou pelo favor, ou que deu por pedido da mulher ou pela promessa de recompensa que, de forma absolutamente pueril, acreditou que iria se concretizar.

O brasileiro mediano é o que "fura" o isolamento social na rua e, não satisfeito, ainda registra sua façanha nas redes sociais – normalmente com um texto muito bonito conclamando as demais pessoas a que façam o que ele não fez.

Ele, o mediano, é o seu colega de trabalho, o seu parceiro de corrida, o seu amigo de farras, o seu irmão do futebol, o seu parente descuidado mas que é engraçado na hora de ser confrontado, o seu vizinho que faz

24. "Chico Anysio fala do personagem Divino da Luz; é daqueles que vivem tentando decifrar mistérios". **YouTube**. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=AgH44QPfF6E. Acesso em: 30 jun. 2020.

a festinha escondida e depois se arvora a arauto da moralidade e critica todos os que agem da mesma forma que ele.

Atenção: o brasileiro mediano pode ser você, leitor! E a chance é bem alta.

Não é uma atitude dolosa no sentido jurídico. A imensa maioria não acordou e disse a si mesmo: "-Vou aprontar hoje e prejudicar os outros só por maldade". Esses são psicopatas, avessos ao convívio social, merecedores de tratamento corretivo adequado e de muita oração pelo que vão pagar no além vida terrena, para quem nisso acredita.

O maior problema é que a minoria que atua sem os mínimos cuidados com eles próprios e, por conseguinte, sem nenhuma preocupação com os efeitos para terceiros são inúmeros, muitos mesmos – e causam um prejuízo social substantivo e avassalador.

Sempre que uma pessoa pendura a máscara no queixo, não usa proteções em ambientes coletivos, tenta permanecer em locais como supermercados com febre e sintomas quer da COVID-19 quer de outras doenças derivadas de arbovírus [25], ele é um "malfeitor social", um pária que não pode usar sua pretensa ignorância para ser um foco de problemas para a coletividade.

A amplitude de brasileiros medianos é produto, seguramente, da baixa compreensão do que é democracia. Roberto Mangabeira Unger assim se manifesta em relação a esta realidade e o estado de direito:

Que é, precisamente, o sistema de direitos, ou a sua outra face, o estado

25. "Arboviroses são as doenças causadas pelos chamados arbovírus, que incluem o vírus da dengue, Zika vírus, febre chikungunya e febre amarela. A classificação "arbovírus" engloba todos aqueles transmitidos por artrópodes, ou seja, insetos e aracnídeos (como aranhas e carrapatos). Existem 545 espécies de arbovírus, sendo que 150 delas causam doenças em seres humanos. Apesar de a classificação arbovirose ser utilizada para classificar diversos tipos de vírus, como o mayaro, meningite e as encefalites virais, hoje a expressão tem sido mais usada para designar as doenças transmitidas pelo Aedes aegypti, como o Zika vírus, febre Chikungunya, dengue e febre amarela". FIGUEIREDO, Rafael; PAIVA, Christovão; MORATO, Marcela. **Arboviroses**. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/24607. Acesso em: 30 jun. 2020.

de direito? O estado de direito existe quando os detentores do poder estão vinculados por regras gerais, mesmo que essas regras sejam estabelecidas pelos próprios detentores do poder. Para eles, estar vinculados significa, em parte, que essas regras devem ser interpretadas, aplicadas e executadas de maneiras que possam ser entendidas publicamente. Os fundamentos para decisão não devem dar vazão a julgamentos caso a caso de interesses estratégicos sem nenhuma relação geral ou razoável entre as regras. [26]

Não se pretende, por exemplo, adotar posturas de obrigatoriedade do ensino de noções do Direito Constitucional nas escolas, a fim de, desde cedo, capacitar gradativamente nossas crianças e nossos jovens para conhecer o *manual de instruções do nosso país*, que é a Constituição Federal. Isto não custa caro, mas prospecta uma considerável forma de plantarmos a vontade de constituição sobre a qual Konrad Hesse se reporta como sementes nas férteis mentes de nossos futuros governantes e operadores do direito.

O que se percebe, e não é de agora, é que para uma imensidão de brasileiros medianos, democracia é o direito que ele tem de estar certo em tudo que diz e o dever correlato que o universo tem de aceitar tudo que é dito, mesmo que sem base alguma.

Bem ao contrário, a noção elementar e essencial da democracia nem é o triunfo obrigatório da vontade da maioria sobre as minorias (pois, por vezes, isso torna autoritárias as decisões), mas sim a compreensão que o agir democrático é a criação de um ambiente de comunicação no qual eu tenho o dever fundamental de ouvir o outro e tentar compreender suas razões, ainda que delas discorde. Nesse sentido, Pinto Ferreira:

A verdadeira idéia da democracia corresponde, em geral, a uma síntese dialética dos princípios da liberdade, igualdade e dominação da maioria, com a correlativa proteção às minorias políticas, sem o que não se compreende

26. UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp, com consultoria do autor. São Paulo : Boitempo, 2004, p. 86.

a verdadeira democracia constitucional. A dominação majoritária em si, como o centro de gravidade da democracia, exige esse respeito às minorias políticas vencidas nas eleições. O princípio majoritário é o pólo positivo da democracia, e encontra a sua antítese no princípio minoritário, que constitui o seu pólo negativo, ambos estritamente indispensáveis na elucidação do conceito da autêntica democracia. O princípio democrático não é, pois, a tirania do número, nem a ditadura da opinião pública, nem tampouco a opressão das minorias, o que seria o mais rude dos despotismos. A maioria do povo pode decidir o seu próprio destino, mas com o devido respeito aos direitos das minorias políticas, acatando nas suas decisões os princípios invioláveis da liberdade e da igualdade, sob pena de se aniquilar a própria democracia. A livre deliberação da maioria não é suficiente para determinar a natureza da democracia. [27]

Lembro de Calmon de Passos, um guerreiro vigoroso contra a ignorância geral, quando sustentava que "Ou seremos incapazes de minimizar os efeitos destrutivos do sistema capitalista, o que determinará desagregação e ruptura, ou lograremos recuperar poder político para a sociedade (o espaço do homem comum) com o que se fará possível fixar limites e impor diretivas ao processo econômico e às atividades de governo, colocando-as a serviço dos homens e não obsessivamente voltadas para o lucro, a produtividade e a eficiência. Este resultado somente se logrará

27. FERREIRA, Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**, Tomo I, 5. Ed., São Paulo, RT, 1971, p. 195-196. O Supremo Tribunal Federal endossa a tese: "Cabe enfatizar, presentes tais razões, que o Supremo Tribunal Federal, no desempenho da jurisdição constitucional, tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração de que os julgamentos desta Corte Suprema, quando assim proferidos, objetivam preservar, em gesto de fiel execução dos mandamentos constitucionais, a intangibilidade de direitos, interesses e valores que identificam os grupos minoritários expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto de intolerância, de perseguição, de discriminação e de injusta exclusão. Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional. Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional (MS 24.831/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 24.849/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 26.441/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)" – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ**. Relator o Ministro Ayres Britto, trecho do voto do Ministro Celso de Mello.

se, majoritariamente, os atores sociais adquirirem a capacidade de se posicionarem criticamente diante dos acontecimentos, atitude viável apenas quando se tem competência para decodificar o discurso do poder instituído". [28]

## 5. Hora de concluir

Espero que o presente artigo-denúncia sirva ao menos para uma finalidade: alertar aqueles que ainda acham que são vestais e isentos de qualquer culpa pela mais grave crise sanitária, política e social da história do Brasil que o cenário somente pode melhorar se cada qual se comprometer com o respeito aos deveres fundamentais, dentre eles o de cumprir as normas sanitárias e se abster de praticar o mal para terceiros.

Hipócrates, ao redor do ano 430 aC, propôs aos médicos, no parágrafo 12 do primeiro livro da sua obra Epidemia: "Pratique duas coisas ao lidar com as doenças; auxilie ou não prejudique o paciente". Eis o brocardo *Primum non nocere*, traduzido no Brasil como a base de onde deriva o Princípio da Não-Maleficência, que propõe a obrigação de não inflingir dano intencional.

Ocorre que vivenciamos no Brasil há tempos uma situação de *Slippery Slope*, que implica em termos práticos em que uma ação, aparentemente de menor ou nenhuma repercussão, agrava-se progressivamente, com tendência a ocorrer cada vez mais, gerando malefícios não previstos inicialmente. Explica José Roberto Goldim:

O termo *Slippery Slope* foi proposto por Schauer em 1985. Slippery Slope ocorre quando um ato particular, aparentemente inocente, quando tomado de forma isolada, pode levar a um conjunto futuro de eventos de

28. CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Introdução. Rio de Janeiro : Forense, 2003, p. 01.

crescente malefício.

O conceito de "Slippery Slope", que pode ser traduzido para o português como um plano inclinado escorregadio, é fundamental na Bioética. Ele é que justifica não fazer pequenas concessões, aparentemente sem maiores conseqüências, em temas controversos.

A metáfora do "Slippery Slope" é mais adequada que a da "Bola de Neve". Esta última é aparentemente um acidente, sem que se possa estabelecer responsabilidades, ao contrário do "Slippery Slope" que permite identificar onde o problema teve seu início. A metáfora da Bola de Neve também tem outra característica que a distingue, o fato de um evento inicial aparentemente pequeno ter um efeito de maior magnitude, isto é que o mesmo fenômeno vai se ampliando em escala. O "Slippery Slope" não aumenta a escala ele atua por contigüidade, ou seja, uma ação distinta é justificada por outra precedente, porém não exatamente igual. [29]

O contexto da pandemia da COVID-19 no mundo e no Brasil em particular potencializou problemas atávicos no "brasileiro mediano": ele passou a ter orgulho de ser bruto, tosco, desobediente das autoridades estatais e a negar até mesmo evidências científicas assentadas há anos. O "brasileiro mediano" oscila entre ser um subversivo ou um conservador míope, a depender de qual o contexto em que ele estiver. As opiniões de ocasião tornaram-se comuns e aí está o alto risco social.

Eu sofri e ainda sofro com a perda de minha avó. Fui maltratado ainda mais ao ver tanta dor de minha mãe, meu tio e minha mulher aumentada apenas porque não tivemos condições de realizar um isolamento social efetivo, a fim de evitar *lockdowns* posteriores ou mesmo para permitir que medidas menos drásticas possam ser adotadas na gestão do mundo pós pandemia.

A imagem de um enterro a distância, como se ali estivesse não uma

29. GOLDIM, José Roberto. ***Slippery slope***. 2004. Disponível em: https://www.ufrgs.br/bioetica/slippery.htm. Acesso em: 30 jun. 2020.

parte de mim, mas uma indigente, me assombra e continuará afetando ainda por um bom tempo. Mas a perda e a dor são meios de canalizar o que pode ser extraído de bom: você que está lendo ainda tem tempo de mudar sua conduta e de ser um multiplicador das boas práticas para que tenhamos cada dia menos "brasileiros medianos" e sim melhores cidadãos.

A empatia deve ser estimulada. Mas é sempre bom lembrar que quando Dante Alighieri escreveu A Divina Comédia, ele descreveu o inferno com nove andares porém, logo no pórtico de entrada, sem portas nem cadeados, havia uma advertência: "Deixai toda a esperança, ó vós que entrais". Não é sem motivo que no nono andar, "No fundo do inferno, ficam os que cometeram o pior dos crimes: a traição. Eles mergulham num lago congelado, chamado Cócito, ficando só com a cabeça e o tronco de fora. Os queixos batem de frio e suas lágrimas congelam, levando-os ao desespero". [30]

Evoluam. Transcendam. Pensem menos em si e mais naqueles que, mesmo sem conviver com vocês, merecem tanta proteção quanto.

Pratiquem a empatia, traço visível da dignidade da pessoa humana. Sejam mais caridosos. Sejam humanos melhores, pois fora do humanismo não há, verdadeiramente, salvação.

Não queiram sentir a indignação e a impotência que eu e minha família sentimos.

Mas se preparem para passar por algo parecido ou até pior caso não se mudem as ações em escala: não lhes recomendo experimentar nem o primeiro, que se dirá o nono andar, mesmo involuntariamente.

Apreendam com este ensaio-desabafo: expiem, brasileiros medianos,

30. VASCONCELOS, Yuri. Como é o mapa do inferno? 2017. **Revista Superinteressante**. Disponível em: https://super.abril.com.br/mundo-estranho/como-e-o-mapa-do-inferno/. Acesso em: 30 jun. 2020.

suas culpas. Basta não causar mal e, ao menos uma vez, pensar no outro como irmão, como alguém que importa, como algo que vale a pena. Não custa e faz um bem que vocês devem experimentar.

*Oro Mi Maió* para o mundo: vai dar tudo certo!

## 6. Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro : Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BASTOS, Aurélio Wander. A essência da Constituição. **Prefácio a 6. ed**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Introdução. Rio de Janeiro : Forense, 2003.

DANTAS BISNETO, Cícero. **Formas não monetárias de reparação do dano moral**. Florianópolis : Tirant Lo Blanch, 2019.

FERREIRA, Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**, Tomo I, 5. Ed., São Paulo, RT, 1971.

FIGUEIREDO, Rafael; PAIVA, Christovão; MORATO, Marcela. **Arboviroses**. Disponível em: https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/24607. Acesso em: 30 jun. 2020.

GOLDIM, José Roberto. Slippery slope. 2004. Disponível em: https://www.ufrgs.br/bioetica/slippery.htm. Acesso em: 30 jun. 2020.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. Respeito ao Corpo Morto e a Pandemia do COVID-19 no Brasil: uma Análise à Luz dos Fundamentos do Candomblé e da Umbanda. *In.:* BAHIA, Saulo José Casali; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis (Org.). **Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus**: Segundo Volume. São Paulo : Editora IASP, 2020.

ITTNER, Augusto. "Coronavírus avança em Blumenau e infectologista alerta para "situação de extrema gravidade". **Portal NSCTotal**. Disponível em: https://www.nsctotal.com.br/noticias/coronavirus-avanca-em-blumenau-e-infectologista-alerta-para-situacao-de-extrema-gravidade. Acesso em: 29 jun. 2020.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração universal dos direitos humanos**. Resolução 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, Paris : 1948.

PORTAL G1**.** "'Atitude impensada', diz prefeito de Blumenau sobre aglomeração em shopping durante pandemia". **Portais G1 e CNSCTV**. Disponível em: https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2020/05/01/atitude-impensada-diz-prefeito-de-blumenau-sobre-aglomeracao-em-shopping-durante-pandemia.ghtml. Acesso em: 29 jun. 2020.

PORTAL G1. "Brasil tem 727 mortes por coronavírus em 24 horas, mostra consórcio de veículos de imprensa; são 58.385 no total". **Portal G1**. Disponível em: https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/06/29/casos-e-mortes-por-coronavirus-no-brasil-29-de-junho-segundo-consorcio-de-veiculos-de-imprensa.ghtml. Acesso em: 29 jun. 2020.

PORTAL G1**.** "Prefeito de Milão admite erro por ter apoiado campanha para cidade não parar no início da pandemia de coronavírus na Itália". **Portal G1**. Disponível em: https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/27/prefeito-de-milao-admite-erro-por-ter-apoiado-campanha-para-cidade-nao-parar-no-inicio-da-pandemia-de-coronavirus-na-italia.ghtml. Acesso em: 30 jun. 2020.

PORTAL G1. "Prefeitura muda planejamento inicial e libera jogos com público no Rio a partir de 10 de julho". **Portal GloboEsporte.com**. Disponível em: https://globoesporte.globo.com/rj/futebol/campeonato-carioca/noticia/governo-libera-jogos-com-publico-no-rio-de-janeiro-a-partir-de-10-de-julho.ghtml. Acesso em: 30 jun. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2020, p. 718.

RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. Vitimologia. **RDP** nº 7 Abr.Maio/2001, p. 31. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_07_30.pdf. Acesso em: 29 jun. 2020.

SANTA CATARINA. Município de Blumenau. Aba "Informações oficiais". Disponível em: https://blumenau.sc.gov.br/coronavirus/. Acesso em: 29 jun. 2020.

SANTOS, Gil. "Custou caro: após domingo de aglomeração, Orla da Barra será fechada por uma semana". **Correio da Bahia**. Disponível em: https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/custou-caro-apos-domingo-de-aglomeracao-orla-da-barra-sera-fechada-por-uma-semana/. Acesso em: 30 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *STJ, a dimensão ecológica da dignidade e direitos do animal não humano*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mai-10/direitos-fundamentais-stj-dimensao-ecologica-dignidade-direitos-animal-nao-humano. Acesso em: 04 mai. 2020.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo : Lumen Juris, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo : Malheiros Editores, 2005.

SOUZA, Luanna Tomaz de. Vitimologia e gênero no processo penal brasileiro. **Cadernos de gênero e tecnologia.** Nº 27 e 28. Ano 10, Jul.-Dez./2013, p. 42 e 44. Disponível em: https://periodicos.utfpr.edu.br/cgt/article/download/6102/3753. Acesso em: 29 jun. 2020.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp, com consultoria do autor. São Paulo : Boitempo, 2004.

VASCONCELOS, Yuri. Como é o mapa do inferno? 2017. **Revista Superinteressante**. Disponível em: https://super.abril.com.br/mundo-estranho/como-e-o-mapa-do-inferno/. Acesso em: 30 jun. 2020.

# 11

# *Nudge* contra a Covid-19 [1]

**GABRIEL DIAS MARQUES DA CRUZ**

*SUMÁRIO. 1. Introdução; 2. Conceito e Significado de Nudge; 3. Experiências no Combate à COVID-19; 4. Conclusões; 5. Referências.*

*"A ciência está longe de ser um instrumento perfeito de conhecimento. É apenas o melhor que temos. Nesse aspecto, como em muitos outros, ela se parece com a democracia. A ciência, por si mesma, não pode defender linhas de ação humanas, mas certamente pode iluminar as possíveis consequências de linhas alternativas de ação"* [2]. Carl Sagan

## 1. Introdução

Imagine três situações curiosas, aparentemente não relacionadas entre si: (I) o desenho de uma mosca nos sanitários masculinos do Aeroporto Schiphol, em Amsterdam; (II) a forma de disposição dos alimentos em refeitórios de escolas; (III) o desenho de falsos quebra-molas nas rodovias da Filadélfia. O que haveria em comum entre as experiências citadas e qual a sua utilidade no combate à disseminação da COVID-19, pandemia que atualmente assola a humanidade e desafia autoridades na busca das melhores soluções?

1. Este artigo é dedicado a todos que acreditam que a ciência, a pesquisa e a educação são caminhos para o alcance de uma sociedade mais justa e menos desigual.

2. SAGAN, Carl. **O Mundo Assombrado pelos Demônios**, p. 32.

Os casos citados são exemplos de *nudge*, conceito que se tornou famoso graças às pesquisas dos Professores Cass Sunstein e Richard Thaler, publicadas em 2008.

Este breve artigo está estruturado em duas partes essenciais, tendo por pretensão: (I) apresentar o conceito de *nudge*, esclarecendo o seu significado e correlação com as noções de *arquitetura de escolhas* e *paternalismo libertário*; (II) a seguir, explorar alguns casos capazes de demonstrar a validade do conceito no combate à COVID-19.

Busquemos um pouco de luz em um momento tão delicado de nossa história.

Comecemos, então, por conhecer este conceito tão intrigante.

## 2. Conceito e Significado de *Nudge*

O conceito de *nudge* é extremamente interessante. Antes de examiná-lo é necessário, contudo, explorar ao menos outros dois conceitos-chave da obra dos Professores Sunstein e Thaler, Prêmio Nobel de Economia de 2017 [3] : as noções de *arquitetura de escolhas* e *paternalismo libertário*.

Entende-se como *arquiteto de escolhas* todo aquele que assume a responsabilidade de gerir ambientes nos quais pessoas são levadas à tomada de decisões. Para os autores, seria alguém que "(…) tem a responsabilidade de organizar o contexto no qual as pessoas tomam decisões" [4] . O conceito contempla, por exemplo, quem confecciona uma cédula de votação; o médico, ao explicar opções de tratamento ao paciente; o empresário que

3. "Nobel prize in economics awarded to Richard Thaler". **The Guardian**. Disponível em: https://www.theguardian.com/world/2017/oct/09/nobel-prize-in-economics-richard-thaler". Acesso em: 22/06/20; "Entenda a teoria que deu a Richard Thaler o Prêmio Nobel de Economia". **Revista Época Negócios**. Disponível em: https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2017/10/entenda-teoria-que-deu-richard-thaler-o-nobel-de-economia.html Acesso em: 22/06/20. Conferir, ainda, RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, p. 468.

4. THALER, Richard. H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade, p. 11.

elabora o formulário de adesão ao plano de saúde; os pais, ao apresentar as opções de faculdade aos seus filhos; os vendedores, ao descrever as características dos produtos que pretendem vender [5].

Os autores defendem, também, a concepção do chamado *paternalismo libertário*.

Nem sempre os seres humanos realizam escolhas racionais e cuidadosas. Os autores acreditam, então, que devem ser prestigiadas escolhas bem-intencionadas, que estimulem o indivíduo a tender para adotar o comportamento capaz de trazer maiores benefícios para si mesmo. Logo, escolhas benéficas podem trazer ganhos para pessoas que sequer têm condições de aferir todas as variáveis envolvidas em decisões complexas. É papel do arquiteto de escolhas providenciar que a opção padrão seja a melhor possível, tornando a vida de quem escolhe mais fácil. Trata-se aqui da ideia de *paternalismo*, pois os arquitetos de escolhas "(…) têm toda a legitimidade para tentar influenciar o comportamento das pessoas, desde que seja para tornar a vida delas mais longa, mais saudável e melhor" [6].

Contudo, os autores adicionam a esta ideia uma noção: o chamado paternalismo *libertário*. Libertário pelo prestígio que se tem à *vontade* individual, já que os autores defendem que não se retire a liberdade que o indivíduo possui quando consumar a sua escolha. Pretende-se que haja, por um lado, estímulo à adoção das melhores escolhas; por outro lado, assegura-se que as pessoas continuem a ter a autonomia para decidir, com liberdade, sobre o que desejam fazer. Para os autores, "(…) o lado libertário das nossas estratégias se encontra na convicção de que

5. THALER, Richard. H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade, p. 11. Todos os exemplos são citados pelos autores.

6. THALER, Richard. H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade, p. 13.

as pessoas devem ter liberdade para fazer o que quiserem, inclusive recusar acordos desvantajosos" [7].

O conceito de *nudge* representa, por sua vez, um estímulo ou uma iniciativa para a adoção de um comportamento benéfico. A ideia é a de que o responsável pela *arquitetura de escolhas* construa um ambiente que induza as pessoas a adotar as melhores escolhas para si e para a coletividade, preservando sempre a sua liberdade de ter a palavra final na decisão a ser tomada – o que contempla a noção de *paternalismo libertário.* Em síntese, *nudge* significa um empurrãozinho na direção da melhor escolha possível. Os Professores Sunstein e Thaler assim a conceituam [8]:

> *(…) é um estímulo, um empurrãozinho, um cutucão: é qualquer aspecto da arquitetura de escolhas capaz de mudar o comportamento das pessoas de forma previsível sem vetar qualquer opção e sem nenhuma mudança significativa em seus incentivos econômicos. Para ser considerada um nudge, a intervenção deve ser barata e fácil de evitar. Um nudge não é uma ordem. Colocar as frutas em posição bem visível é um exemplo de nudge. Simplesmente proibir a junk food, não.*

Nos exemplos citados na introdução deste trabalho, percebe-se justamente a existência de um elemento comum: a intenção de que ocorra um comportamento individual capaz de trazer benefício para si mesmo e para a coletividade. Vejamos a explicação de cada caso.

Havia um problema sério no que diz respeito ao comportamento masculino nos banheiros do aeroporto de Amsterdam. Muitos homens

7. THALER, Richard. H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade, p. 13. Há debates sobre os limites do paternalismo libertário, os quais superam os limites do recorte adotado nesta pesquisa. Neste sentido, para conhecer mais sobre as Teorias da Economia voltadas ao assunto, cf. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, pp. 459-463.

8. THALER, Richard. H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade, p. 14. Em sentido similar, cf. SUNSTEIN, Cass. Nudging: Um Guia (Muito) Resumido. (Nudging: a Very Short Guide). **Revista Estudos Institucionais**, p. 1026, ao descrever que o "(…) objetivo de muitos nudges é tornar a vida mais simples, mais segura ou mais fácil para as pessoas navegarem".

utilizavam os urinóis de forma inapropriada, deixando o local sujo e em péssimas condições. Alguém teve, então, a ideia de neles desenhar uma mosca: a simples existência do desenho ensejou uma redução da sujeira nos banheiros, preservando o ambiente limpo por mais tempo e reduzindo, por consequência, a necessidade de gastos com materiais de limpeza em excesso. Segundo Thaler e Sunstein, "(…) colocar uma mosca de mentira nos urinóis reduziu em 80% a quantidade de xixi que cai fora do urinol, um *nudge* extraordinariamente bem-sucedido" [9].

A mesma lógica pode ser aplicada no estímulo ao consumo saudável de alimentos. Uma funcionária responsável pelo refeitório de escolas em uma grande cidade norte-americana desejava estimular os alunos a consumir alimentos menos gordurosos. Mas como seria possível elevar o seu consumo sem uma imposição arbitrária? Descobriu-se, então, que a simples disposição dos alimentos saudáveis de forma mais acessível aumentou o consumo, com variações de até 25% [10].

Vejamos o terceiro exemplo, que ocorreu na Filadélfia. Autoridades locais queriam encontrar uma forma de estimular a redução da velocidade dos condutores. Mas como seria possível alcançar este objetivo para além do uso de mecanismos tradicionais, tais como os radares de velocidade e a educação no trânsito? Alguém teve a ideia de instalar pinturas diferentes no asfalto que simulassem falsos quebra-molas. Com isso houve uma decisiva redução da velocidade nas respectivas vias de 61 km/h para 37 km/h. Estima-se que, mesmo que o efeito seja temporário – já que é possível que os condutores habituais passem a conhecer a localização dos falsos quebra-molas – os custos do projeto são baixos e podem ser compensados pela redução da velocidade dos carros de turistas na região [11].

9. THALER, Richard. H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade, p. 99. O mesmo exemplo é citado nas pp. 12 e 275.

10. THALER, Richard. H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade, pp. 9-12.

11. THALER, Richard. H; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade, p. 268.

Utilizar *nudges* pode funcionar, portanto, como uma ferramenta valiosa para ensejar a adoção de bons comportamentos, capazes de contribuir para uma sociedade com maior nível de bem-estar. Em alguns contextos, por si só, não será suficiente apelar aos estímulos, sendo necessário que haja regras mais rigorosas a respeito de certos comportamentos proibidos. Entretanto, o seu conhecimento tem um potencial incrível, na medida em que pode servir para o estímulo da criatividade na busca de soluções simples, de fácil aplicação e com a capacidade de trazer bons resultados, às vezes até mesmo em curto prazo. Deve-se, contudo, ter cuidado com sua má utilização [12].

Tendo em vista o atual cenário de preocupações constantes com meios de combate à COVID-19, fica a indagação: será que o conceito de *nudge* já tem sido empregado em alguma iniciativa? É o que veremos no próximo tópico.

## 3. Experiências no Combate à COVID-19

Há experiências institucionais de sucesso, em nível internacional, no âmbito da utilização de *nudges*, embora o tema ainda encontre tímida aceitação no Brasil.

Uma das experiências internacionais mais citadas sobre a aplicação de *nudges* é a unidade britânica conhecida como BIT – sigla para *Behavioural Insights Team*. O *site* descreve ser a finalidade da organização a melhoria da vida das pessoas e das comunidades. Trabalha em parceria com diversas instituições para construir soluções simples para grandes problemas no âmbito das políticas públicas [13]. Os Estados Unidos também possuem um

12. THALER, Richard H. Nudge, not sludge. **Science**, p. 431.

13. "The Behavioural Insights Team – About us". Disponível em: https://www.bi.team/about-us/. Acesso em: 22/06/20. No original: "The Behavioural Insights Team exists to improve people's lives and communities. We work in partnership with governments, local authorities, businesses and charities, often using simple changes to tackle major policy problems". A respeito, cf., também, RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, p. 459, Nota de Rodapé nº 1.

órgão com perfil semelhante, vinculado à Casa Branca [14].

A utilização de *nudges* assume relevância ainda mais especial em países marcados por péssimos indicadores de combate à COVID-19.

Trata-se, infelizmente, do caso do Brasil. O enfrentamento da doença pelo Governo Federal tem sido extremamente deficiente, sendo integrado ao processo de deterioração democrática brasileira, marcado por demonstrações de populismo e ataque às instituições [15]. O Presidente da República tem praticado um discurso negacionista da gravidade do vírus, associando-o, inicialmente, a uma doença pouco lesiva, o que fez com que comparecesse, inclusive, às manifestações de apoiadores em nítido descumprimento das recomendações oficiais de isolamento.

A liderança presidencial brasileira tem sido apontada como uma das piores do mundo [16]. Há questionamento dos parâmetros científicos e comportamentais adotados pelos modelos mundiais mais bem-sucedidos no enfrentamento da pandemia, pautados pela realização maciça de testes e adoção de medidas de restrição da circulação de pessoas. Além disso, o quadro devastador ainda contempla frequentes brigas políticas e a demissão, inclusive, de dois Ministros da Saúde durante a pandemia [17].

Em síntese: insensibilidade, desrespeito e um amadorismo arrogante.

O panorama caótico brasileiro ao menos tem contado com iniciativas proveitosas de Prefeitos e Governadores no âmbito da Federação. Há, ainda, casos em que orientações políticas diversas foram superadas em

14. SUNSTEIN, Cass. Nudging: Um Guia (Muito) Resumido. (Nudging: a Very Short Guide). **Revista Estudos Institucionais**, pp. 1027, 1033 e 1034.

15. LEITE, Glauco Salomão. COVID-19 e Democracia no Brasil: controlando a proliferação do populismo. *In*: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **O Direito Público em Tempos Pandêmicos**, pp. 27-28.

16. "Leaders risk lives by minimizing the coronavirus. Bolsonaro is the worst". The Washington Post, 14/4/2020. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/opinions/global-opinions/jair-bolsonaro-risks-lives-by-minimizing-the-coronavirus-pandemic/2020/04/13//6356a9be-7da6-11ea-9040-68981f488eed_story.html. Acesso em: 23/06/20.

17. Para uma análise da atuação do Presidente na pandemia, cf. MEYER, Emilio Peluso Neder; BUSTAMANTE, Thomas. Bolsonaro and COVID-19: Truth Strikes Back. **Int'l J. Const. L. Blog**, Mar. 24, 2020, at: http://www.iconnectblog.com/2020/03/bolsonarism-and-covid-19-truth-strikes-back/. Acesso em: 23/06/20.

nome de um trabalho alinhado no combate à pandemia, sendo exemplo a convergência de esforços entre as gestões públicas dos Municípios de Salvador [18] e do Estado da Bahia [19].

Felizmente, as ações do Executivo Federal têm encontrado alguns bloqueios institucionais. Neste sentido, Glauco Salomão Leite destaca três fatores de bloqueio aos ataques institucionais oriundos do Executivo: (I) a ausência de base sólida de apoio parlamentar ao governo; (II) a preservação da independência do Poder Judiciário, em especial do STF; (III) a fragmentação do poder político na Federação, assegurando autonomia aos Estados e Municípios [20]. Emilio Peluso Neder Meyer e Thomas Bustamante traçam um mapeamento de importantes investigações e processos em curso no Supremo Tribunal Federal, os quais têm sido vitais para tentar conter as constantes ameaças ao Estado de Direito [21].

Temos uma República Federativa, que assegura, especialmente em seus artigos 1º e 18, a autonomia dos entes da Federação para a adoção de políticas públicas, dentro da esfera de sua competência. O modelo foi reforçado por meio de decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida na ADPF 672, em sede da qual assegurou-se, em nível cautelar, a efetiva atribuição dos entes federativos para adotar medidas de proteção da saúde, tendo em vista a existência de competência concorrente e suplementar sobre a matéria. A decisão da Corte expressamente citou a viabilidade de adoção de medidas como "(…) a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio,

18. Neste sentido, cf. http://www.informe.salvador.ba.gov.br/coronavirus/. Acesso em: 23/06/20.

19. Neste sentido, cf. http://www.saude.ba.gov.br/temasdesaude/coronavirus/. Acesso em: 23/06/20.

20. LEITE, Glauco Salomão. COVID-19 e Democracia no Brasil: controlando a proliferação do populismo. *In*: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **O Direito Público em Tempos Pandêmicos**, pp. 31-48.

21. MEYER, Emilio Peluso Neder; BUSTAMANTE, Thomas. Judicial Responses to Bolsonarism: The Leading Role of the Federal Supreme Court. **Verfassungsblog**. VerfBlog, 2020/6/16, https://verfassungsblog.de/judicial-responses-to-bolsonarism-the-leading-role-of-the-federal-supreme-court/. Acesso em: 22/06/20.

atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras" [22]. Há quem mencione ter o STF acenado em prol de um *federalismo centrífugo*, responsável pelo reconhecimento de maior autonomia aos entes federativos [23].

Também vem assumindo destaque no Brasil a atuação de Consórcios Regionais, sendo exemplo o Consórcio Nordeste. A iniciativa, amparada na Lei Baiana de nº 14.087, de 26 de abril de 2019 [24], tem por objetivo realizar o intercâmbio de boas experiências entre os Estados, promovendo melhores condições para a aquisição de bens e serviços de interesse comum.

Diante de um contexto tão crítico e desfavorável percebe-se que todas as soluções cientificamente recomendáveis são ainda mais essenciais no contexto brasileiro, em especial caso sejam simples, baratas e de fácil implantação.

Autoridades podem vir a utilizar *nudges* como ferramentas valiosas para salvar vidas, providência que naturalmente legitima um estudo mais aprofundado do assunto, visando à sua aplicação eficiente [25]. Estas medidas podem vir a somar esforços no contexto de pandemia, convivendo com determinações mais restritivas e de caráter obrigatório, tais como a interdição de praias, parques e estabelecimentos comerciais.

Contar, unicamente, com a conscientização cívica das pessoas não é suficiente para a promoção da solidariedade, infelizmente. Mas providências severas, adotadas pelas autoridades públicas na restrição a direitos fundamentais, podem conviver em harmonia com medidas menos invasivas, de baixo custo, e dotadas de alto grau de convencimento e potencial de repetição.

---

22. STF, ADPF 672, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 8/4/2020.

23. CONTINENTINO, Marcelo Casseb; PINTO, Ernani Varjal Medicis. Estamos diante de um novo federalismo brasileiro? **Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-18/observatorio-constitucional-estamos-diante-federalismo-brasileiro. Acesso em: 22/06/20.

24. Neste sentido, cf., em especial, os "Considerandos" do Protocolo de Intenções.

25. Para uma visão crítica quanto ao cabimento do conceito de nudge no âmbito da pandemia, cf. DERRIG, Rián. Lockdown Fatigue: Pandemic from the Perspective of Nudge Theory. **Verfassungsblog**. Disponível em: https://verfassungsblog.de/lockdown-fatigue-pandemic-from-the-perspective-of-nudge-theory/. Acesso em: 22/06/20.

Importante reconhecer que o valor dos *nudges* tem sido percebido por algumas autoridades brasileiras, inclusive antes mesmo da chegada e disseminação da pandemia [26]. É possível citar, por exemplo, o caráter pioneiro da iniciativa *NudgeRio*, destinada a contribuir para a formulação e aplicação de políticas públicas, e que conseguiu obter bons resultados na limpeza nas praias, índices de matrícula dos estudantes e arrecadação de tributos [27].

A utilização de soluções simples, eficazes e de baixo custo no combate à pandemia contribui decisivamente para a efetivação de valores previstos na Constituição Federal: (I) garante a noção central de dignidade humana, contemplada pelo artigo 1º, inciso III; (II) assegura o direito à saúde e à vida, previstos nos artigos 5º, *caput*, 6º e 196; (III) e resguarda o direito de liberdade, consagrado pelo artigo 5º, *caput*, uma vez que a adoção de incentivos bem desenhados e projetados pelo Estado não substitui a vontade particular, soberana na escolha das opções possíveis.

O conceito de *nudge* possui, a princípio, compatibilidade com a Constituição Federal.

Além disso, as preocupações com a garantia da saúde e bem-estar das pessoas, objetivos dos *nudges* no combate à COVID-19, estão de acordo com as orientações trazidas pela Lei Nacional de Quarentena – a Lei nº 13.979/20 – no que diz respeito aos critérios que devem orientar as autoridades na adoção das medidas citadas em seu artigo 3º. Merece especial atenção o

26. Trata-se, contudo, de um reconhecimento ainda incipiente, até o momento; neste sentido, cf. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, p. 469.

27. "Seminário NudgeRio: Fundação João Goulart dissemina uso da Ciência Comportamental Aplicada no setor público". **Prefeitura do Rio de Janeiro**. Disponível em: https://prefeitura.rio/fazenda/seminario-nudgerio-fundacao-joao-goulart/. Acesso em: 22/06/20. A Nudge Rio é descrita, no *site*, como uma unidade do instituto Fundação João Goulart que tem por finalidade realizar projetos no campo da Ciência Comportamental Aplicada. Em sentido similar, destacando a utilização do conceito na formulação de políticas públicas, cf. "Nudge influencia nossas decisões. Como o governo pode usar o empurrãozinho?" **GovTech**. Disponível em: https://govtech.blogosfera.uol.com.br/2020/01/25/nudge-influencia-nossas-decisoes-como-o-governo-pode-usar-o-empurraozinho/. Acesso em: 22/06/20; "Nudges: o potencial de uso em políticas públicas". **WeGov**. Disponível em: https://wegov.net.br/economia-comportamental-e-nudges/. Acesso em: 22/06/20.

inciso III do artigo, que assegura o "pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos, e às liberdades fundamentais das pessoas, conforme preconiza o Artigo 3 do Regulamento Sanitário Internacional".

Vejamos então alguns exemplos de possíveis ações:

**(1)** *Uso das Normas Sociais*: uma das práticas mais recomendadas pelas autoridades de saúde tem sido o isolamento social, preservadas as atividades essenciais. Além disso, os estudos comportamentais têm revelado que as pessoas tendem a acompanhar o comportamento da maioria ou, ao menos, o que a maioria pensa que deva ser correto fazer. Logo, um *nudge* interessante é o envio periódico de mensagens de texto, assim como outros tipos de advertência, capazes de lembrar às pessoas a necessidade do isolamento, o que pode estimular a adoção do comportamento [28]. Uma ampla pesquisa, recentemente publicada na *Nature Human Behaviour*, reforça a ideia [29]. Há relatos neste sentido pelo Programa das Nações Unidas na Somália, que tem estimulado a produção de vídeos, animações e fotos por lideranças locais com o objetivo de disseminar a necessidade do isolamento social, sendo possível encontrar preocupações semelhantes no Egito e no Sudão [30]. Recomenda-se que as mensagens voltadas para a população tenham algumas características: sejam divertidas; de fácil compreensão; atraentes; sociais e oportunas [31]. No caso brasileiro, pode-se citar o exemplo do Rio de Janeiro: carros da Defesa Civil e do Corpo de Bombeiros propagaram mensagens em bares, restaurantes e praias com alertas destinados a chamar a atenção para a necessidade do isolamento [32];

**(2)** *Pias Simples em Localidades Carentes*: uma recente iniciativa

28. SUNSTEIN, Cass. Nudging: Um Guia (Muito) Resumido. (Nudging: a Very Short Guide). **Revista Estudos Institucionais**, p. 1030 (o autor trata das normas sociais em um sentido mais abrangente, aqui adaptado para o combate à COVID-19).

29. BAVEL, J.J.V., BAICKER, K., BOGGIO, P.S. et al. Using social and behavioural science to support COVID-19 pandemic response. **Nat Hum Behav** 4, 460–471 (2020). Disponível em: https://www.nature.com/articles/s41562-020-0884-z#citeas. DOI: https://doi.org/10.1038/s41562-020-0884-z. Acesso em: 23/06/20.

30. "Using behavioural insights to respond to COVID-19". **United Nations Development Programme**, 7/5/20. Disponível em: https://www.undp.org/content/undp/en/home/stories/using-behavioural-insights-to-respond-to-covid-19-.html. Acesso em: 23/06/20.

31. "A Conversation with Cass Sunstein on Behavioral Science and Using Nudges: Recommendations for Overcoming Covid-19", 18/5/20. Disponível em: https://blogs.iadb.org/ideas-matter/en/a-conversation-with-cass-sunstein-on-behavioral-science-and-using-nudges-recommendations-for-overcoming-covid-19/. Acesso em: 23/06/20.

32. GARCIA, Flávio Amaral. COVID-19 e o nudges. **JOTA**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/covid-19-e-o-nudges-25032020. Acesso em: 18/06/20.

da Universidade Federal da Bahia chama a atenção pela sua simplicidade e eficiência. Trata-se da instalação de pias, de fácil manuseio, em localidades carentes da cidade de Salvador. A atuação de estudantes e professores vinculados à Faculdade de Arquitetura teve por objetivo utilizar materiais simples, aproveitando a água da chuva, com tratamento realizado com pastilha de cloro e acionamento sem a utilização das mãos, por meio de um pedal [33]. Os pontos de higienização comunitários são de baixo custo e alcançam comunidades extremamente carentes, infelizmente muito comuns em uma sociedade profundamente desigual como a brasileira. A iniciativa tem o potencial de auxiliar não apenas no combate à COVID-19: a adoção de uma rotina de higiene e limpeza das mãos certamente ajudará na prevenção de outras doenças, o que reforça a relevância da preservação do hábito mesmo após a superação da pandemia [34]. Sobre o tema, pode-se citar o aprendizado com o uso de *nudges* em duas escolas primárias rurais em Bangladesh: nelas foram desenhados "(…) sinais sutis no ambiente, na forma de trilhas pavimentadas com desenhos de "pegadas" que conduziam da latrina até a estrutura para lavagem de mãos. Não foram empregadas mensagens adicionais de conscientização", o que gerou um aumento, no dia seguinte à introdução do *nudge*, da lavagem de mãos de 4% para 68% das crianças, dado que elevou-se para 74% após seis semanas de intervenção [35]. Os autores do estudo salientam, evidentemente, a necessidade de adaptação da experiência para o caso de adultos. Sugerem – na linha do que vem sendo adotado por supermercados e farmácias – que haja a demarcação de filas para idosos em campanhas de vacinação da gripe, com prévio agendamento, via equipes de Saúde da Família de cada localidade [36]; e ainda comentam a possibilidade de utilização de adesivos, colados nos ombros ou articulações do braço

33. "Pias simples e de material barato: uma ação original para ajudar comunidades onde há falta de água". **Edgar Digital**. Disponível em: http://www.edgardigital.ufba.br/?p=17044. Acesso em: 22/06/20.

34. "5 de Maio – Dia Mundial de Higienização das Mãos". OPAS Brasil. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=1143:5-de-maio-dia-mundial-de-higienizacao-das-maos&Itemid=463. Acesso em: 22/06/20.

35. GOTTI, Eduardo Sousa; ARGONDIZZI, João Gabriel Ferreira; SILVA, Viviane Silvestre; OLIVEIRA, Elimar Adriana de; BANACO, Roberto Alves. O uso de nudges para higienização das mãos como estratégia mitigatória comunitária diante da pandemia de Covid-19. **Revista Brasileira de Análise do Comportamento. Brazilian Journal of Behavior Analysis**, p. 135.

36. GOTTI, Eduardo Sousa; ARGONDIZZI, João Gabriel Ferreira; SILVA, Viviane Silvestre; OLIVEIRA, Elimar Adriana de; BANACO, Roberto Alves. O uso de nudges para higienização das mãos como estratégia mitigatória comunitária diante da pandemia de Covid-19. **Revista Brasileira de Análise do Comportamento. Brazilian Journal of Behavior Analysis**, p. 137.

e antebraço, de modo a ajudar a tossir em tais locais, evitando a tosse nas mãos ou no ar [37];

**(3)** *Concurso de Nudges*: Por que não estimular a criatividade das pessoas, especialmente por meio das mídias digitais? O desejo de ajudar o próximo pode ser estimulado, especialmente em tempos de confinamento. Podemos ter na criatividade solidária um amparo valioso. Talvez elaborar um atraente concurso de *nudges*, estimulando as pessoas a sugerir ideias simples, baratas e de fácil implantação, com o devido reconhecimento dos autores. Seria possível, inclusive, pensar na atração de marcas parceiras, que poderiam empregar o seu conhecimento para desenhar boas ferramentas comportamentais e novas soluções. Utiliza-se o potencial comunicativo das mídias sociais para estimular o desenvolvimento de novas ideias. Pode-se extrair daqui um bom uso da esfera digital para a construção de um ambiente mais sadio, com menos preconceito e desinformação [38].

Algumas soluções já foram esboçadas pela doutrina brasileira no combate ao coronavírus.

Neste sentido, Rafael Lima Daudt Oliveira [39] sugeriu estratégias que envolvam o incentivo às pessoas para que sigam o comportamento de isolamento adotado pela maioria, assim como destacou a necessidade de um processo constante de conscientização, pautado por dados e informações relevantes. Flávio Amaral Garcia [40] destacou a relevância de ferramentas como persuasão, indução e convencimento, estratégias de um Direito Administrativo contemporâneo que colabore para a superação das adversidades do contexto de pandemia. Diógenes Faria de Carvalho

37. GOTTI, Eduardo Sousa; ARGONDIZZI, João Gabriel Ferreira; SILVA, Viviane Silvestre; OLIVEIRA, Elimar Adriana de; BANACO, Roberto Alves. O uso de nudges para higienização das mãos como estratégia mitigatória comunitária diante da pandemia de Covid-19. **Revista Brasileira de Análise do Comportamento. Brazilian Journal of Behavior Analysis**, p. 138.

38. BAVEL, J.J.V., BAICKER, K., BOGGIO, P.S. et al. Using social and behavioural science to support COVID-19 pandemic response. **Nat Hum Behav** 4, 460–471 (2020). Disponível em: https://www.nature.com/articles/s41562-020-0884-z#citeas. DOI: https://doi.org/10.1038/s41562-020-0884-z. Acesso em: 23/06/20.

39. OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. Direito Administrativo em tempos de crise: simplificação, nudges e o coronavírus. **Revista Colunistas – Direito do Estado**. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-lima-daudt-doliveira/direito-administrativo-em-tempos-de-crise-simplificacao-nudges-e-o-coronavirus. Acesso em: 18/06/20.

40. GARCIA, Flávio Amaral. COVID-19 e o nudges. **JOTA**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/covid-19-e-o-nudges-25032020. Acesso em: 18/06/20.

e Vitor Hugo do Amaral Ferreira [41] recomendaram a realização de pesquisas empíricas sobre ferramentas de economia comportamental, capazes de aumentar o bem-estar da população. A mesma advertência já fora formulada por Natália Lacerda Macedo Costa [42], embora no contexto do combate à corrupção.

É possível pensar em novas soluções que incentivem a *criatividade solidária*, somadas às demais iniciativas adotadas pelas autoridades, em diversos níveis e contextos.

## 4. Conclusões

Três conceitos foram apresentados neste artigo: as noções de *arquitetura de escolhas*, *nudge* e *paternalismo libertário*. *Arquitetos de escolhas* são responsáveis por organizar as possibilidades de escolha; *nudge* representa um estímulo, capaz de induzir as pessoas a adotar um comportamento valioso para si mesmas; e o *paternalismo libertário* retrata um modelo comportamental que incentiva que as pessoas adotem as melhores escolhas para sua saúde, dinheiro e felicidade, preservada, contudo, a sua autonomia decisória.

Verificamos diversos exemplos de boas iniciativas em prol de incentivar as pessoas a adotar comportamentos saudáveis, com aptidão de elevar a preservação de sua saúde e da saúde da coletividade. São medidas simples, muitas vezes de implementação fácil, e com bons resultados.

Neste momento trágico de nossa existência, em que inúmeras vidas

41. CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Victor Hugo do Amaral. Políticas públicas e as lições preliminares da COVID-19. **Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/garantias-consumo-politicas-publicas-licoes-preliminares-covid-19. Acesso em: 22/06/20.

42. COSTA, Natália Lacerda Macedo. "Nudge" como abordagem regulatória de prevenção à corrupção pública no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, pp. 106-107.

têm sido perdidas e muitas famílias impactadas pela dor, é urgente que empreguemos a nossa *criatividade solidária* em prol de salvar o máximo possível de vidas. Para isso é essencial ouvir as lições da ciência e da pesquisa e tratar cada ser humano com o máximo possível de cuidado, respeito e atenção. Fica aqui um apelo às autoridades responsáveis pela construção de políticas públicas para combater a pandemia que nos assola: aprendam com as melhores práticas nacionais e internacionais a utilização de *nudges* bem-sucedidos, simples, de baixo custo e eficazes.

Já que a ciência é uma *vela no escuro*, espalhemos uma luz de esperança no mundo.

## 5. Referências

BAHIA. Lei Estadual nº 14.087, de 26 de abril de 2019. Ratifica o Protocolo de Intenções do Consórcio Interestadual de Desenvolvimento Sustentável do Nordeste – Consórcio Nordeste, e o Convênio de Cooperação firmado entre o Estado da Bahia e o Estado do Ceará. Disponível em: http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos/lei-no-14087-de-26-de-abril-de-2019. Acesso em: 23/06/20.

BAVEL, J.J.V., BAICKER, K., BOGGIO, P.S. *et al*. Using social and behavioural science to support COVID-19 pandemic response. **Nat Hum Behav** 4, 460–471 (2020). Disponível em: https://www.nature.com/articles/s41562-020-0884-z#citeas. DOI: https://doi.org/10.1038/s41562-020-0884-z. Acesso em: 23/06/20.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 22/06/20.

CARVALHO, Diógenes Faria de; FERREIRA, Victor Hugo do Amaral. Políticas públicas e as lições preliminares da COVID-19. **Consultor Jurídico**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/ garantias- consumo -politicas-publicas-licoes-preliminares-covid-19. Acesso em: 22/06/20.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb; PINTO, Ernani Varjal Medicis. Estamos diante de um novo federalismo brasileiro? **Consultor Jurídico**. Disponível em:

https://www.conjur.com.br/2020-abr-18/observatorio-constitucional-estamos-diante-federalismo-brasileiro. Acesso em: 22/06/20.

COSTA, Natália Lacerda Macedo. "Nudge" como abordagem regulatória de prevenção à corrupção pública no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 54, n. 214, p. 91-111, abr./jun. 2017. Disponível em: http://www12senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p91. Acesso em: 22/06/20.

DERRIG, Ríán. Lockdown Fatigue: Pandemic from the Perspective of Nudge Theory. **Verfassungsblog**. Disponível em: https://verfassungsblog.de/lockdown-fatigue-pandemic-from-the-perspective-of-nudge-theory/. DOI: https://doi.org/10.17176/20200526-164131-0. Acesso em: 22/06/20.

GARCIA, Flávio Amaral. COVID-19 e o nudges. **JOTA**. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/covid-19-e-o-nudges-25032020. Acesso em: 18/06/20.

GOTTI, Eduardo Sousa; ARGONDIZZI, João Gabriel Ferreira; SILVA, Viviane Silvestre; OLIVEIRA, Elimar Adriana de; BANACO, Roberto Alves. O uso de nudges para higienização das mãos como estratégia mitigatória comunitária diante da pandemia de Covid-19. **Revista Brasileira de Análise do Comportamento. Brazilian Journal of Behavior Analysis**, 2019, Vol. 15, Nº 2: 132-129.

LEITE, Glauco Salomão. COVID-19 e Democracia no Brasil: controlando a proliferação do populismo. *In*: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **O Direito Público em Tempos Pandêmicos**: 9 países, 11 trabalhos e uma porção de inquietudes. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

MEYER, Emilio Peluso Neder; BUSTAMANTE, Thomas. Bolsonaro and COVID-19: Truth Strikes Back. **Int'l J. Const. L. Blog**, Mar. 24, 2020, at: http://www.iconnectblog.com/2020/03/bolsonarism-and-covid-19-truth-strikes-back/. Acesso em: 23/06/20.

MEYER, Emilio Peluso Neder; BUSTAMANTE, Thomas. Judicial Responses to Bolsonarism: The Leading Role of the Federal Supreme Court. **Verfassungsblog**. *VerfBlog*, 2020/6/16, https://verfassungsblog.de/judicial-responses-to-bolsonarism-the-leading-role-of-the-federal-supreme-court/. Acesso em: 22/06/20.

OLIVEIRA, Rafael Lima Daudt. Direito Administrativo em tempos de crise: simplificação, nudges e o coronavírus. **Revista Colunistas – Direito do Estado**. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-lima-daudt-doliveira/direito-administrativo-em-tempos-de-crise-simplificacao-nudges-e-o-coronavirus. Acesso em: 18/06/20.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Volume 8, Nº 2, Agosto de 2018: 457-471.

SAGAN, Carl. **O Mundo Assombrado pelos Demônios**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2006.

SUNSTEIN, Cass. *Nudging*: Um Guia (Muito) Resumido. (*Nudging*: a Very Short Guide). **Revista Estudos Institucionais**. Vol. 3, 2, 2017: 1023-1034.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Tradução: Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

THALER, Richard H. Nudge, not sludge. **Science** 361 (6401), 431. 3 August 2018.

***Notícias***

"ACM Neto e Rui Costa se reúnem para debater medidas contra o coronavírus". Correio 24Horas, 20/03/20. Disponível em: https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/acm-neto-e-rui-costa-se-reunem-para-debater-medidas-contra-o-coronavirus/. Acesso em: 23/06/20.

"A Conversation with Cass Sunstein on Behavioral Science and Using Nudges: Recommendations for Overcoming Covid-19", 18/5/20. **Inter-American Development Bank ("IDB")**. Disponível em: https://blogs.iadb.org/ideas-matter/en/a-conversation-with-cass-sunstein-on-behavioral-science-and-using-nudges-recommendations-for-overcoming-covid-19/. Acesso em: 23/06/20.

"Bolsonaro, Isolated and Defiant, Dismisses Coronavirus Threat to Brazil". **The New York Times**, 1/4/20. Disponível em: https://www.nytimes.com/2020/04/01/world/americas/brazil-bolsonaro-coronavirus.html. Acesso em: 23/06/20.

"5 de Maio – Dia Mundial de Higienização das Mãos". **OPAS Brasil**. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php? option=com_content&view=article&id=1143:5-de-maio-dia-mundial-de-higienizacao-das-maos&Itemid=463. Acesso em: 22/06/20.

"Entenda a teoria que deu a Richard Thaler o Prêmio Nobel de Economia". **Revista Época Negócios**. Disponível em: https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2017/10/entenda-teoria-que-deu-richard-thaler-o-nobel-de-economia.html Acesso em: 22/06/20.

"Leaders risk lives by minimizing the coronavirus. Bolsonaro is the worst". **The Washington Post**, 14/4/2020. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/opinions/global-opinions/jair-bolsonaro-risks-lives-by-minimizing-the-coronavirus-pandemic/2020/04/13//6356a9be-7da6-11ea-9040-68981f488eed_story.html. Acesso em: 23/06/20.

"Nobel prize in economics awarded to Richard Thaler". **The Guardian**. Disponível em: https://www.theguardian.com/world/2017/oct/09/nobel-prize-in-economics-richard-thaler". Acesso em: 22/06/20

"Nudge influencia nossas decisões. Como o governo pode usar o empurrãozinho?" GovTech. Disponível em: https://govtech.blogosfera.uol.com.br/2020/01/25/nudge-influencia-nossas-decisoes-como-o-governo-pode-usar-o-empurraozinho/. Acesso em: 22/06/20.

"Nudges: o potencial de uso em políticas públicas". **WeGov**. Disponível em: https://wegov.net.br/economia-comportamental-e-nudges/. Acesso em: 22/06/20.

"Pias simples e de material barato: uma ação original para ajudar comunidades onde há falta de água". **Edgar Digital**. Disponível em: http://www.edgardigital.ufba.br/?p=17044. Acesso em: 22/06/20.

"Seminário NudgeRio: Fundação João Goulart dissemina uso da Ciência Comportamental Aplicada no setor público". **Prefeitura do Rio de Janeiro**. Disponível em: https://prefeitura.rio/fazenda/seminario-nudgerio-fundacao-joao-goulart/. Acesso em: 22/06/20.

"The Behavioural Insights Team – About us". **BIT**. Disponível em: https://www.bi.team/about-us/. Acesso em: 22/06/20.

"Using behavioural insights to respond to COVID-19". **United Nations Development Programme**, 7/5/20. Disponível em: https://www.undp.org/content/undp/en/home/stories/using-behavioural-insights-to-respond-to-covid-19-.html. Acesso em: 23/06/20.

# 12

# A Advocacia em Tempos de Pandemia

**GILBERTO LOPES TEIXEIRA**

> *Garantir que cada indivíduo seja livre para fazer o que desejar inevitavelmente compromete a igualdade.*
>
> (Yuval Noah Harari [1])

O trabalho dignifica o ser humano, liberta-o do ócio, proporciona, muitas vezes, a realização de sonhos, conquistas e o aperfeiçoamento da intelectualidade. O ofício profissional também permite que o indivíduo interaja com o próximo criando laços de amizade e cooperação, rompendo barreiras sociais, ideológicas, partidárias, geopolíticas, trazendo a satisfação, o fomento, o bem-estar e auxiliando no desenvolvimento da saúde física e mental.

A Advocacia, por seu turno - ofício indispensável à administração da Justiça, na efetividade da Cidadania e na construção e mantença da própria Democracia - tem sido bússola a guiar o homem ao longo dos tempos conturbados. Períodos de tensões, de regimes ditatoriais, de guerra e pós-guerra, de recessão, e, recentemente, em tempos de pandemias [2] (tais

1. *Homo Deus: Uma Breve História do Amanhã* é um livro escrito pelo autor israelense Yuval Harari, professor da Universidade Hebraica de Jerusalém, em Jerusalém, Israel, Companhia das Letras.

2. Uma **pandemia** (do grego παν [pan = tudo/ todo(s)] + δήμος [demos = povo]) é uma epidemia de doença infecciosa que se espalha entre a população localizada numa grande região geográfica como, por exemplo, um continente, ou mesmo o Planeta Terra. Fonte: https://pt.wikipedia.org/wiki/Pandemia, acessado em 27/03/2020.

como a peste negra, tuberculose, varíola, cólera, gripe espanhola, tifo, febre amarela, sarampo, malária, dengue, HIV, H1N1 que já causaram estragos grandes à humanidade [3] ) têm exigido da Advocacia um olhar mais atento e criterioso com ações céleres e efetivas na busca do bem estar coletivo.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou recentemente, em 11 de março de 2020, a epidemia da c*ovid19*, popularmente denominada coronavírus (*Sars-Cov-2*), como uma pandemia que passou a exigir dos Advogados não só a expertise e o conhecimento técnico próprio da profissão, mas também a inteligência emocional e a saúde psíquica em momento tão dramático e angustiante por que passa o Brasil e o mundo. A Advocacia tem trazido teses jurídicas interessantes para análise dos Tribunais, com viés mais humano, fraterno e solidário, nunca antes visto em nosso legado profissional.

As tensões existentes entre o trabalho e o capital, o abismo social e a responsabilidade dos agentes públicos frente à pandemia têm exigido diuturnamente do profissional do direito estudo continuo, de modo a ser o algodão entre os cristais. A Advocacia exerce importante papel na pacificação social e mediação de conflitos e, com a pandemia vivenciada não será diferente. Os impactos que o coronavírus trouxeram para a economia e as relações humanas ainda são incertos e desconhecidos, mas certo será o papel da Advocacia neste contexto emergencial.

Yuval Noah Harari já alertava em sua obra *Homo Deus* que "quando chega o momento de optar entre o crescimento econômico e estabilidade ecológica, políticos, executivos e eleitores sempre preferem o crescimento. No século XXI, teremos de fazer melhor do que isso se quisermos evitar a catástrofe". A cada dia um novo decreto, uma nova resolução, uma portaria a regular condutas e procedimentos. O que hoje vige, amanhã pode já não ter

3. Vide as grandes epidemias ao longo da história em https://super.abril.com.br/saude/as-grandes-epidemias-ao-longo-da-historia/, acessado em 25/03/2020.

mais valia [4]. Mais uma vez, um novo momento de provocação, a escolher entre o crescimento econômico ou o isolamento social momentâneo em prol de vidas.

Vivenciamos, infelizmente, duas pandemias: uma *humanitária* decorrente da covid19, e outra, *processual* decorrente das alterações legislativas, portarias, resoluções, atos etc.

O direito à locomoção, ao lazer, ao culto religioso, às férias, à propriedade privada dentre outros direitos tem sido relativizado, mesmo que momentaneamente, quase que sofrendo uma espécie de *mutação genética* em nosso arcabouço jurídico, para dar espaço à segurança e à saúde pública efetiva da população. Pelo isolamento social proposto busca-se atrair um menor contágio da população em tempos de epidemia de *covid19*. Neste sentido, Michael J. Sandel, professor da Universidade de Harvard, questiona os princípios contemporâneos de justiça, sugerindo o *raciocínio moral consequencial* do qual resulta o princípio "melhor sacrificar uma vida para que cinco possam sobreviver" [5].

Tais reflexões atuais não se operam apenas no segmento filosófico; no ramo do Direito Administrativo, por exemplo, ferramentas estão disponíveis aos gestores públicos para o enfrentamento da pandemia: desapropriação por necessidade pública (art. 5º, XXIV, da CF e DL 3.365/1941), requisição de bens (art. 5º, XXV, da CF), contratação temporária de servidores (art. 37, IX da CF), contratação direta com dispensa de licitação (art. 24, III e IV da Lei 8.666/93) dentre outras medidas de emergência a serem tomadas em função do surto do coronavírus (Lei 13.979/20).

Já no Direito Aeronáutico medidas emergenciais foram adotadas para a aviação comercial na tentativa de amenizar os impactos e a proliferação da Covid-19, por meio da MP 925/20.

4. Vide as atualizações diárias na legislação no site: http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-covid-19, acessado em 28/03/2020.

5. Vide a obra de Sandel: *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Civilização Brasileira, 2011.

Também, no Direito do Trabalho, a Medida Provisória 927/20 trouxe especificações contingenciais na relação de trabalho, como a adoção do teletrabalho, do home office, a possibilidade de compensação das horas-extras, a suspensão contratual ou redução do salário durante o período do afastamento decorrente da pandemia pactuado em acordo ou convenção coletiva com o sindicato da categoria, a concessão de férias coletivas ou antecipação de férias individuais, o aproveitamento e antecipação de feriados, o banco de horas, a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde do trabalho, o diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia e Tempo de Serviço (FGTS), a contaminação de empregado, os Acordos e Convenções coletivas vencidos ou vincendos, a fiscalização do Ministério da Economia, a falta justificada e licença remunerada, o trabalhador suspeito de contaminação, o meio ambiente do trabalho, a rescisão, por exemplo. Ou ainda a Medida Provisória 936/20 que instituiu o programa emergencial de manutenção do emprego e da renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para o enfrentamento do estado de calamidade pública que possibilitou a redução proporcional de jornada de trabalho e de salários; e a suspensão temporária do contrato de trabalho. E a Medida Provisória 959/20 que estabeleceu a operacionalização do pagamento do benefício emergencial de preservação do emprego e da renda e do benefício emergencial mensal de que trata a MP 936.

A restrição ao atendimento público, a facilitação do fluxo do comércio exterior dos produtos utilizados no combate ao vírus (Resolução CAMEX nº 17/20 e Portaria SECEX nº 16/20) dentre outras tantas medidas criadas para o enfretamento visam amenizar os impactos da pandemia.

Por seu turno, as Resoluções nº 313, 314 e 318 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foram editadas com o objetivo de uniformizar o

funcionamento da atividade judiciária e garantir o acesso à justiça neste período emergencial.

A Resolução nº 313, do CNJ, de 19 de março de 2020, estabeleceu, no âmbito do Poder Judiciário, regime de plantão extraordinário, com o objetivo de prevenir o contágio pela covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial, suspendendo-se os prazos processuais a contar da publicação desta Resolução, até o dia 30 de abril de 2020 (art. 5º, da referida Resolução).

A Resolução nº 314, do CNJ, de 20 de abril de 2020, prorrogou o regime de plantão e modificou regras de suspensão de prazos processuais, admitindo-se a realização de atos virtuais por meio de videoconferência via ferramenta Cisco Webex (art. 6º, § 2º, da referida Resolução) vedada a atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores (art. 6º, § 3º, da referida Resolução):

> § 2o Para realização de atos virtuais por meio de videoconferência está assegurada a utilização por todos juízos 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-videoconfencia-nacional/), nos termos do Termo de Cooperação Técnica no 007/2020, ou outra ferramenta equivalente, e cujos arquivos deverão ser imediatamente disponibilizados no andamento processual, com acesso às partes e procuradores habilitados.*
>
> § 3o As audiências em primeiro grau de jurisdição por meio de videoconferência *devem considerar as dificuldades de intimação de partes e testemunhas, realizando-se esses atos somente quando for possível a participação,* vedada a atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores em providenciarem o comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora de prédios oficiais do Poder Judiciário para participação em atos virtuais.

Percebe-se que o e. Conselho Nacional de Justiça consignou

expressamente, por meio da Resolução nº 314, a proibição de atribuir à advocacia atribuição e/ou responsabilidade que não lhe caiba (repita-se: "vedada a atribuição de responsabilidade aos advogados e procuradores em providenciarem o comparecimento de partes e testemunhas a qualquer localidade fora de prédios oficiais do Poder Judiciário para participação em atos virtuais").

A Resolução nº 318, do CNJ, de 07 de maio de 2020, prorrogou o regime instituído na Resolução nº 313 e prorrogado na Resolução nº 314 e determinou outras providências.

É bem verdade que os meios tecnológicos estão à disposição da Justiça para a efetiva prestação jurisdicional, mas também é verdade que não é hora e nem modo para a (re)criação de um Código de Processo Civil virtual ou de uma Consolidação das Leis do Trabalho pandêmica que afrontem as garantias aos princípios constitucionais, tais como: o do acesso à justiça, a da legalidade, da publicidade, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da produção e imediação das provas, do livre contato do advogado com seu cliente, da incomunicabilidade das testemunhas, dentre tantos outros.

É preciso, antes de tudo, criar regimentos e protocolos técnicos minimamente seguros pautados na legalidade, de modo a evitar-se nulidades processuais, a quebra da isonomia processual e aumento da litigiosidade, afastando a jurisdição da pacificação social.

Neste contexto pandêmico, a Advocacia precisa estar em pé e à ordem, vigilante, para que afrontas à Constituição Brasileira e às leis vigentes não ocorram sob o discurso transvestido de combate à pandemia atual [6], nem permitir que discussões político-partidárias tragam pânico e

6. O contágio por meio das vias respiratórias, por gotículas de saliva e espirros, propaga-se rapidamente pelo país. Por sofrer mutação com frequência, o vírus dificulta a elaboração de uma vacina rápida e eficaz.

temor à população já fragilizada e carente. Por ora urge a união partidária *pro societate*. Unamo-nos, todos, em prol do bem-estar da população, em especial o grupo de risco (idosos, diabéticos e doentes cardíacos), e perpetuação segura de nossa espécie.

A qualquer tempo, a Advocacia está presente, e em permanente defesa da Sociedade.

# 13

# A Tutela do Direito de Moradia e o Ativismo Judicial no Contexto de Remoção Forçada Durante a Pandemia do Coronavírus

GIULIANA VIEIRA DE SÁ CARDOZO

DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Direito à moradia adequada; 3. Remoção Forçada: Conceito, Limitações e Riscos; 3.1. As remoções em decorrência das relações de Direito Público; 3.2. Remoção forçada durante a Pandemia: contradição com o lema "FIQUE EM CASA"; 3.3. Suspensão dos despejos e remoções durante a pandemia no plano internacional; 3.4. A Não Suspensão dos despejos e remoções durante a pandemia no plano nacional; 3.5. O clamor social pela Suspensão Imediata das Remoções durante a Pandemia do Coronavirus; 4. Desafios da Tutela judicial do direito à moradia em contexto de remoção; 5. O ativismo judicial na tutela pelo direito à moradia durante o período da pandemia: uma proposta efetiva de tutela; 6. Conclusão; 7. Referências.*

## 1. Introdução

O problema estrutural da precariedade e insegurança habitacional no Brasil foi ampliado com a situação de calamidade de saúde pública em decorrência da pandemia do coronavírus. A medida de política sanitária de isolamento para que a população "fique em casa" como a melhor alternativa na prevenção e no combate a disseminação e o contágio do vírus, trouxe à tona o cenário da desigualdade de condições de moradia no país.

A moradia adequada é condição que influencia diretamente na eficácia da medida de isolamento e no resultado do enfrentamento ao coronavírus. A chance de se proteger através do isolamento é sensivelmente reduzida, nas codições em que vive significativa parcela da população brasileira. Como se pensar em isolamento em casas com adensamento excessivo e coabitação? A situação ainda se agrava quando essas casas não possuem serviços básicos como o abastecimento de água, o que impossibilita as medidas de higienização.

No atual contexto da pandemia, onde o crescente número de novos contágios superam as disponibilidades dos leitos nos hospitais públicos, fala-se em um sistema de saúde baseado em ações de necropolíticas [1], onde a estrutura Estatal terá que definir os que vivem e os que morrem. E, como fator agravante da crise durante a pandemia da Covid-19, a violação contínua do direito à moradia através das remoções forçadas captaneadas pelo próprio Estado tem sido objeto de destaque por todo o mundo.

Diante da realidade da moradia da maioria da população brasileira, sobretudo as que vivem em moradias irregulares, assentamentos informais e nas favelas, é indubitável refletir que a desigualdade afeta diretamente a prevenção.

Nesse contexto, o Poder Judiciário desempenha um importante papel na proteção de grupos (raciais, religiosos, econômicos, etc.) evitando, por meio de medidas judiciais, o agravamento da situação de vulnerabilidade, notadamente dessas famílias que, ao serem deslocadas compulsoriamente de suas casas, são expostas a significativo aumento do risco de exposição ao vírus, piorando sobremaneira a saúde pública de toda a sociedade.

1. O termo necropolítica, do filósofo camaronês Achille Mbembe, cunhada na obra Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. São Paulo: N-1 edições, 2018, em um contexto da pandemia do novo coronavírus, entende-se que, em um país como o Brasil, estruturado com base no racismo e na desigualdade social, as políticas sociais são extremamente desiguais e as pessoas mais vulneráveis têm mais chances de morrer.

## 2. O Direito à moradia adequada

O direito a moradia nasce da necessidade natural do ser humano de se proteger, se abrigar do frio, do calor, da chuva, onde possam construir seus lares, conviver, ter privacidade, crescer intelectualmente, produzirem e onde possam descansar. Viver com dignidade requer a satisfação de necessidades fundamentais, dentre elas a moradia adequada. A moradia adequada é direito fundamental de todos, diretamente vinculado às condições mínimas de exitência digna, e desse direito decorre a proteção contra as remoções forçadas. [2]

O direito à moradia adequada é reconhecido como um direito humano fundamental, tanto por documentos internacionais de proteção dos direitos humanos como pela Constituição brasileira de 1988.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), no artigo 25 (1), garante expressamente que: Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), artigo 17 assegura que: 1. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas (NAÇÕES UNIDAS, 2009).

2. Partimos do conceito de Le Corbusier que afirma a moradia como o local onde a pessoa humana ou a família "vive, dorme, anda, ouve, vê e pensa" para compreendê-la enquanto Direito.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) no artigo 11, declara que: 1. Os Estados-parte no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-parte tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento (BRASIL, 1992).

Além desses tratados multilaterais, também compõem o *Bill of Rights* das Nações Unidas a Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos (1976), a Agenda 21 (1992), a Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos (1996), a Agenda Habitat (1996) e a Declaração do Milênio e de Desenvolvimento do Milênio (2000), que reafirmam compromissos, dentre os quais o direito à moradia, a serem cumpridos por todos os Estados-membros da ONU, dentre eles o Brasil.

No plano nacional, a Constituição brasileira em seu artigo 6º reconhece o direito à moradia como um direito fundamental. No artigo 182 a Carta Magna define que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo "ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem- estar de seus habitantes"; "a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor" e "as desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro." (BRASIL, 1998, art 182, parágrafos 2 e 3).

A Carta Magna de 1988 também trata do direito de propriedade imobiliária no art. 183, declarando que "aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos,

ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural". No parágrafo 1º deste mesmo artigo, explicita que "o título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil". (BRASIL, 1988).

No plano infraconstitucional, a Lei n° 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) estabelece as normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental. A Lei n° 10.257/2001, em seus incisos I, II e III do art. 2º, estabelece ainda como diretrizes gerais à política urbana "garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações"; "gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano" e "cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social".

A Lei n° 11.124/2005 dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS), cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS) e institui o Conselho Gestor do FNHIS para garantir o direito à habitação para a população de baixa renda. No artigo 5º dessa Lei, constam os órgãos e entidades que integram o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS) e no inciso VII assegura a participação das "fundações, sociedades, sindicatos, associações comunitárias, cooperativas habitacionais e quaisquer outras entidades privadas que desempenhem

atividades na área habitacional, afins ou complementares, todos na condição de agentes promotores das ações no âmbito do SNHIS".

A legislação brasileira ainda prevê o procedimento de regularização fundiária de interesse social em imóveis da União na Lei n° 11.481, de 2007, visando à regularização das ocupações nesses imóveis, inclusive de assentamentos informais de baixa renda, podendo, para tanto, firmar convênios com os estados, Distrito Federal e municípios.

A Lei 13.465/2017 (Lei da Reurb), no artigo 9º, determina que "Ficam instituídas no território nacional normas gerais e procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana (Reurb), a qual abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes".

Apesar de todo o arcabouço normativo internacional e nacional, que conferem a importância do direito à moradia, milhares de pessoas são diariamente desapropriadas, deslocadas ou ameaçadas e removidas à força de suas casas. E a situação persiste mesmo diante da situação de calamidade pública em que o país se enconra em virtude da pandemia do coronavirus.

## 3. Remoção Forçada: Conceito, Limitações e Riscos

A Organização das Nações Unidas compreende como remoção forçada a "retirada definitiva ou temporária de indivíduos, famílias e/ou comunidades, contra a sua vontade, das casas e/ou da terra que ocupam, sem que estejam disponíveis ou acessíveis formas adequadas de proteção dos direitos dos envolvidos e busca de soluções apropriadas". O Comentário Geral da ONU de número 7 (1997), sobre as remoções e despejos forçados, preleciona que estes somente possam ocorrer em "circunstâncias

excepcionais" quando não existam alternativas viáveis. A legitimidade dessas remoções decorre de obra de relevante interesse público assim definido de forma participativa junto à comunidade atingida, garantindo-se as famílias atingidas imediato de acesso a uma nova acomodação ou domicílio alternativo. (ONU-1997).

Processos de remoções são recorrentes em contexto de projetos de infraestrutura e desenvolvimento urbano. Ainda que os projetos de urbanização sejam necessários à promoção do desenvolvimento e a modernização das cidades, a aquisição de áreas para fins de utilização pública deve obedecer aos limites e condições legais. A segurança da posse, o direito à restituição de moradia, o acesso à moradia adequada, a participação no plano internacional e comunitário na tomada das decisões, as proteções contra a remoção forçada são exemplos de garantias que impõem tais limites.

Com efeito, David Harvey explica que a "reurbanização" transformou-se em fenômeno global de reprodução do lucro em larga escala, justificando políticas de gentrificação em nome de projetos urbanísticos puramente capitalistas e promovendo despejos massivos e forçados da população de baixa renda para zonas distantes dos centros urbanos. (HARVEY, 2014)

A gentrificação, ao mesmo tempo em que atrai para os centros das cidades novas atividades e novos moradores, reinvestimento econômico e mudanças na imagem do ambiente, gera a expulsão dos moradores pobres das áreas do centro das cidades, caracterizando uma verdadeira "limpeza social". (MOURAD, L.; FIGUEIREDO, G. C.; BALTRUSIS, N., 2014).

Por outro lado, as ocupações urbanas constituídas a partir da ocupação coletiva não consentida de imóveis ou terrenos urbanos vazios de terceiros por famílias de baixa renda para fins de moradia são os maiores alvos dos

processos de remoção forçada. Para Maricato, a ilegalidade em relação à propriedade da terra tem sido um dos principais agentes da segregação na cidade (MARICATO, 2008).

A discricionariedade e instabilidade destas permissões temporárias de uso são estratégicas porque permitem ao poder público suspender a qualquer momento sem reparações e compensações adequadas, valendo-se de remoção arbitrária dessas comunidades. O Estado é verdadeiramente onipresente como principal mediador dos processos de consolidação de assentamentos. O Estado primeiro permite o uso para que se forme, permite a permanência para que se consolidem as famílias naqueles locais e depois as remove quando aquelas áreas reservadas lhes forem interessantes. (ROLNIK, 2015).

Nesse sentido, Milton Santos assevera que "é um equívoco pensar que problemas urbanos podem ser resolvidos sem a resolução da problemática social. É esta que comanda e não o contrário" (SANTOS, 1993). A investigação dos processos de produção do espaço-cidade, das suas origens, heranças, particularidades, conflitos, diversidades em consonância com os movimentos contra-hegemônicos constituem importantes instrumentos balizadores das escolhas das estratégias de planejamento das políticas públicas de reordenamento do solo urbano que melhor se adequa ao bairro.

O bairro é caracterizado pela dimensão territorial e política com representatividade sobre a cidade em virtude do ativismo da comunidade, dotado de pertencimento construído em um processo histórico de ocupação e vivências coletivas cujas áreas são compartilhadas de lazer, comércio, encontros e contemplações (TEIXEIRA A.; OLIVEIRA L.; CARVALHO L.; FERNANDES R., 2020). São os elos que ligam as pessoas e suas habitações ao "lugar", que, nos processos de remoção, são bruscamente rompidos.

Remoções forçadas tendem a constituírem violações aos direitos humanos e ao direito à moradia especialmente por ferir princípios previstos em instrumentos normativos nacionais e internacionais. Processos dessa natureza não podem, sob o manto do interesse público ou social, criar situações de vulnerabilidade como, por exemplo, desabrigar famílias ou deixá-las em qualquer situação que inspire insegurança.

## 3.1. As remoções em decorrência das relações de Direito Público

As remoções em decorrência das relações de Direito Público são aquelas motivadas, em sua maioria, por obras públicas.

Segundo o Observatório de Remoções [3], em São Paulo, somente em janeiro de 2020 ao menos 250 famílias foram removidas de suas casas em decorrência de obras públicas. Moradores da Favela Boca do Rato foram parcialmente removidos em virtude das obras do Programa Marginal; e moradores da Favela do Funchal (Favela do Coliseu), foram removidos em sua totalidade para a construção de 272 unidades de habitação de interesse social. A maior parte dos moradores removidos nao serão atendidos pelo projeto, o que agrava ainda mais a situação de tensão nessas situações de remoção administrativa.

Em Minas Gerais, a Prefeitura Municipal de Belo Horizonte segue, em plena pandemia, as obras do Programa Vila Viva do município de Belo Horizonte. Trata-se de uma intervenção para obras de saneamento que desde 2015 promove a remoção de famílias moradoras de 12 comunidades em diversas regiões da cidade. Somente no Aglomerado Santa Lúcia, há 3.150 domicílios, com previsão - sem a comprovada necessidade - de remoção de 1.038 famílias para que o projeto urbanístico

3. O Observatório de Remoções é um grupo de pesquisa-ação da FAU/USP e da UFABC, que tem por objetivo monitorar e desenvolver ações colaborativas com territórios ameaçados de remoções que desrespeitam as condições de moradia digna nos municípios de São Paulo e do ABC.

seja executado. No entanto, somente 640 famílias serão reassentadas na área de intervenção do Programa. As outras 398 terão que sair do aglomerado para morarem em outro lugar.

Em Salvador, a macrodrenagem dos Rios Mangabeira e Jaguaribe, cujas obras estão com previsão para concluir no primeiro e segundo semestre de 2020, respectivamente, provocam ansiedade e angústia das famílias que moram nas comunidades abrangidas pela obra. A falta de informação em relação à política indenizatória bem como em relação à indicação de terrenos no território para construções dos removidos são as maiores queixas da população. Atualmente existem 178 processos de desapropriação em curso, com 101 unidades habitacionais em decorrência da obra no entorno do Rio Jaguaribe e 652 processos de "desapropriação" dos quais 438 são de moradias populares na região do Rio Jaguaribe. [4]

Por todo o Brasil, os processos de remoção continuam ocorrendo mesmo durante a pandemia, promovendo o deslocamento maciço de famílias e as colocando em situação de maior vulnerabilidade e exposição aos riscos de contaminação da Covid-19. Muitas destas famílias não se enquadram nos projetos de habitação de interesse social e são simplesmente alojadas em espaços de habitação compartilhada, dividindo o mesmo espaço com outras famílias em ambientes que expõem ao maior risco de contágio.

Em casos extremos as famílias são colocadas em situação de rua.

Em virtude disso, a atuação judicial é extremamente relevante para suspender despejos, reintegrações de posse e imissões na posse que possam provocar remoção enquanto durar a pandemia do coronavírus no Brasil.

4. Essas informaões foram obtidas da Ata de audiência ocorrida em 04 de fevereiro de 2020 para instrução do IC 003.9.157203/2019 promovido pelo Ministério Público do Estado da Bahia - Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo da Comarca do Salvador.

## 3.2. Remoção forçada durante a Pandemia: contradição com o lema "FIQUE EM CASA"

A rápida propagação do vírus Sars-Cov-2, responsável pelo coronavírus em diversos países, sobretudo no Brasil, requer medidas urgentes para evitar o crescimento do número de casos.

Mesmo após a Organização Mundial de Saúde – OMS haver declarado, em 30 de janeiro de 2020, "emergência de saúde pública de interesse internacional" e classificado a situação como pandemia em virtude de a doença ter se disseminado por vários continentes, verifica-se que milhares de famílias brasileiras continuam sendo removidas de suas casas durante essa situação de calamidade na saúde pública.

Adotou-se mundialmente o lema "Fique em casa" como medida de enfrentamento à proliferação do contágio da conhecida COVID-19. Por todos os países, permanecer em casa representou uma redução significativa do número de contágios sendo uma medida mundialmente recomendada como a medida preventiva mais eficaz para evitar a propagação do vírus.

No ambito nacional, a Portaria nº 188, de 03 de fevereiro de 2020, expedida pelo Ministério da Saúde declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência de infecção humana pelo novo coronavírus (2019-n-COV), por entender se tratar de evento complexo que demanda esforço conjunto de todo o Sistema Único de Saúde para a identificação da etiologia dessas ocorrências e adoção de medidas proporcionais e restritas ao risco.

*Incontinenti*, a Lei Federal nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, que dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, determinou, entre outras medidas, o

isolamento e a quarentena, implicando na restrição de circulação das pessoas em todo o país.

No âmbito dos Estados, os Governos regulamentaram as medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavirus. No Estado de Minas Gerais, o Governador decretou emergência causada pela Covid-19, no Decreto nº 13, publicado no dia 13 de março; em São Paulo, o Decreto nº 64.881, de 22 de Março de 2020, decretou a quarentena em todo o Estado Paulistano, no contexto da pandemia do COVID-19; na Bahia, o Decreto nº 19.549, publicado no Diário Oficial do Estado (DOE), no dia 19 de março de 2020, decretou situação de emergência em todo o Estado por conta da pandemia do coronavirus, em razão da necessidade urgente de medidas de prevenção, controle e contenção de riscos, danos e agravos à saúde pública, a fim de evitar a disseminação da doença. Igualmente, a maioria dos Estados brasileiros, afetados pelo surto da Covid-19, também adotaram medidas protetivas no combate à pandemia nacional.

A veloz expansão do coronavírus e a ameaça de superlotação e insuficiência de leitos disponíveis para atender o número de pacientes infectados é a maior preocupação da população brasileira. O país está entre os mais atingidos pelo coronavírus do mundo, e o sistema de saúde em alguns estados atingiu o colapso levando a milhares de vítimas fatais.

Diante desse cenário pandêmico, as diferenças sociais ficam mais evidentes. As desigualdades habitacionais e urbanísticas da população brasileira, sobretudo em relação à população moradora de assentamentos informais de interesse social onde o adensamento populacional e o reduzido espaço de habitação são fatores que dificultam o isolamento social dessas famílias.

Em que pese toda a produção legislativa acautelatória para impedir a ocorrência de novos casos de infecção pelo coronavírus e a orientação para que a população "FIQUE EM CASA", verifica-se que milhares de

famílias são diariamente removidas de suas casas durante essa situação de calamidade na saúde pública, consubstanciando verdadeira contradição com a principal medida no combate a disseminação do vírus Sars-Cov-2.

## 3.3. Suspensão dos despejos e remoções durante a pandemia no plano internacional

O coronavírus, desde que foi identificado na província de Hebei, em dezembro de 2019, expandiu-se pelo mundo e hoje se contabiliza cerca de 8.931.500 casos com 468.455 mortes. [5]

Diante do cenário pandêmico e da necessidade de se ficar em casa e manter o isolamento social, muitas cidades e Estados já adotaram importantes medidas de suspensão dos despejos e remoções.

A Suprema Corte do Estado da Carolina do Norte, nos Estados Unidos, por exemplo, suspendeu por 30 dias todos os despejos e execuções hipotecárias. O Estado de Nova York e as Cidades de San Joa Carolinse, Seattle e São Francisco, regulamentaram por meio de leis a suspensão dos despejos de inquilinos que, por conta da pandemia, não estão em condições de pagar o aluguel. Da mesma forma, o Presidente Francês Emmanuel Macron extendeu o prazo de proibição da expulsão dos locatários de suas casas mesmo com decisão judicial [6] .

Medidas nesse sentido de anti-remoção apresenta uma tendência dos países que adotam políticas eficazes no enfretamento à Covid-19.

## 3.4. A Não Suspensão dos despejos e remoções durante a pandemia no plano nacional

No plano nacional, tramitou o Projeto de Lei nº 1.179/2020, de autoria

5. https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51718755. Acesso em 22.06.2020. Números atualizados até 14.06.2020.
6. https://ponte.org/artigo-em-tempo-de-pandemia-governos-precisam-parar-de-remover-pobres-de-suas-casas/

do Senador Antônio Anastasia (PSD/MG), que dispunha sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19).

O anteprojeto foi elaborado por juízes, ministros de tribunais e advogados especialistas em Direito Privado, liderados pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, **Dias Toffoli.**

No referido PL, o capítulo VI que trata das Locações de Imóveis Urbanos, em seu artigo 9º, tratou de impedir a concessão de liminar para a desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo até 30 de outubro de 2020, para as ações ajuizadas a partir de 20 de março de 2020.

No dia 12/06/2020, no Diário Oficial da União, foi publicada a Lei nº 14.010 [7], de 10 de junho de 2020, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). O presidente do República vetou alguns artigos do PL 1.179/2020, dentre eles o artigo 9º. O veto possibilitou a continuidade dos despejos durante o período da pandemia. [8]

As razões do veto presidencial argumentaram que "A propositura legislativa, ao vedar a concessão de liminar nas ações de despejo, contraria o interesse público por suspender um dos instrumentos de coerção ao pagamento das obrigações pactuadas na avença de locação (o despejo), por um prazo substancialmente longo, dando-se, portanto, proteção excessiva ao devedor em detrimento do credor, além de promover o incentivo ao inadimplemento e em desconsideração da realidade de diversos locadores que dependem do recebimento de alugueis como forma complementar ou, até mesmo, exclusiva de renda para o sustento próprio."

7. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm.
8. https://www.conjur.com.br/2020-jun-11/bolsonaro-veta-artigo-depl-impedia-despejo-quarentena.

Diante das razões apresentadas, caberá aos senadores e deputados, no prazo de 30 dias a contar do seu recebimento, deliberarem sobre o veto em sessão conjunta. A rejeição do veto depende da maioria absoluta dos votos dos senadores e também da maioria absoluta dos deputados, ou seja, não sendo atingido o *quórum*, o veto é mantido (CF, art. 66, § 4º).

Vale ressaltar que a referida Lei suspende temporariamente leis do Direito Privado enquanto durar a epidemia de Covid-19 no Brasil, ou seja, não contempla os casos de desapropriações e remoções forçadas decorrentes de relação de Direito Público, especialmente nos casos de remoção para realização de obras públicas.

## 3.5. O clamor social pela Suspensão Imediata das Remoções durante a Pandemia do Coronavirus

Mesmo durante o período da pandemia do coronavírus, milhares de pessoas são ameaças e são vítimas de despejos e remoções forçadas.

Com o crescente número de infectados mortos pela Covid-19, muitos Estados brasileiros como o Maranhão, Pará, Rio de Janeiro e Ceará, adotaram a medida extrema do *lockdown*, determinando a suspensão de todos os serviços não essenciais.

Como grande parte da população brasileira sobrevive em um mercado informal, a paralisação desses serviços, somado ao alto índice de desemprego por conta da paralisação da economia, a imensa maioria das famílias não possui condições de comprar suas casas ou pagar aluguel ficando sem teto e até em situação de rua.

Nesse cenário, movimentos em prol da moradia digna por todo o mundo fazem pressão aos governos na tentativa de promover a suspensão imediata, durante todo o período da pandemia do coronavírus, do

cumprimento de mandados de reintegração de posse, despejos e remoções judiciais ou extrajudiciais, de qualquer natureza.

O Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico, Instituto de Arquitetos do Brasil, a Federação Nacional de Arquitetos e Urbanistas são alguns dos representantes da sociedade civil, sensíveis à situação enfrentada por essas famílias, que emitiram nota sobre a urgência pela suspensão das remoções, tratando o assunto como uma questão humanitária e urgente para evitar a exposição dos moradores, sobretudo o das favelas, ao novo coronavírus. [9]

No mesmo setido, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC), que integra o Ministério Público Federal, solicitou ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) providências para a suspensão, em todo o país, do cumprimento de mandados coletivos de reintegração de posse, despejos e remoções judiciais ou extrajudiciais, seja em áreas urbanas ou rurais, visando a coibir a propagação da infecção pelo novo coronavírus (Covid-19).

Ainda, tramita em regime de urgência, na **Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro** (Alerj), projeto de lei semelhante, de autoria do deputado Flávio Serafini (Psol). O referido projeto ainda prevê a suspensão de aplicação e cobrança de multas para as pessoas que em decorrencia da pandemia estão impossibilitadas de pagar de aluguel ou a prestação de quitação de imóveis residenciais enquanto perdurar o estado de emergência em razão do novo coronavírus e nos 90 dias posteriores.

Por outro lado movimentos sociais importantes como a Central dos Movimentos Populares (CMP), a Confederação Nacional de Associações de Moradores (CONAM), o Movimento Nacional de Luta por Moradia (MNLM), o Movimento das Trabalhadoras e Trabalhadores por Direitos

9. https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/arquitetos-e-urbanistas-pedem-suspensao-de-reintegracoes-despejos-e-remocoes-para-frear-o-covid-19/

(MTD), o Movimento de Luta dos Bairros e Favelas (MLB) e a União Nacional por Moradia Popular (UNMP) elaboraram documento com vinte propostas de medidas a serem adotadas pelo governo, dentre elas pelo fim de todas as remoções durante a crise do coronavírus. [10]

## 4. Desafios da Tutela judicial do direito à moradia em contexto de remoção

O maior desafio dos processos de remoção consiste em subsidiar um dimensionamento e configuração do que se possa mensurar a *Justa Compensação* como sendo devida por qualquer perda pessoal, material e imaterial, que foi imposta às pessoas que foram submetidas à remoção forçada de suas territorialidades/moradias e seus entornos.

Em virtude disso, são recorrentes ações judiciais para discutir os valores da compensação, que majoritariamente não corresponderem ao valor considerado justo. O argumento normalmente utilizado pela Administração Pública para desvalorizar os imóveis desocupados e reduzir os valores da compensação são de três ordens: a) ausência de disposição orçamentária para negociação de valores; b) por serem áreas de ocupação "irregular", não haveria indenização pela propriedade, somente pelas benfeitorias nela existentes ou edificadas; e c) por ofertarem uma opção de nova moradia.

No entanto, tais argumentos são frágeis na medida em que, nos processos de remoção de moradias em ocupações informais, o que se discute tecnicamente é valor do bem construído na vida, isto é, o direito à justa compensação pela moradia. Com efeito, a justa compensação pela remoção não se confunde com o direito à justa indenização pela propriedade nos processo de desapropriação.

10.https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2020/03/movimentos-populares-elaboram-20-propostas-contra-a-pandemia-de-covid-19/

Dessa forma, a insuficiência de recursos não pode ser argumento que obstacularize a política pública habitacional e esvaziar o conteúdo essencial do direito fundamental à moradia adequada. Por outro lado, a discussão sobre posse e propriedade em contexto de remoção é o argumento subterfúgio do Estado para fragilizar o direito dos moradores, quando na verdade o que se mensura é o direito à moradia e não o direito à indenização pela desapropriação que tecnicamente não é hipótese de perda de propriedade. Por fim, a oferta de realocação na maioria das vezes representa uma quebra do vínculo das famílias com o local onde vivem, pois as habitações populares são construídas afastadas dos centros das cidades onde os serviços públicos de saneamento básico, iluminação pública, transporte público, saúde e educação são precários, o que leva muitas famílias a recusa dessa oferta.

O magistrado no momento da análise do *quantum* da justa compensação deve incluir os custos da utilização de peritos independentes e ONG's/movimentos sociais, assessorias técnicas, para arbitrar um valor justo (ainda que se possam utilizar de ferramentas alternativas). O montante justo deve abarcar inclusive os direitos, plantio e benefícios de que a pessoa usufruía quando morava no seu local de origem. Da mesma forma se a moradia ou a terra consistirem em fonte de subsistência para os que nela habitam, o valor deverá suprir os prejuízos econômicos: comércio, equipamentos, estoques, árvores frutíferas, colheitas, bem como as perdas ou diminuição dos ganhos e das rendas. Da mesma forma serão devidas, a título de justa compensação, as despesas expendidas caso o governo não oferte o deslocamento e morada alternativa provisória.

Por fim, em casos extremos de violação dos direitos humanos em qualquer fase do processo de remoção, é justo que a compensação seja proporcional ao dano sofrido. Esse dano deve levar em consideração

as circunstancias nas quais ocorreram os fatos, conforme preceituam as orientações no "Guia Como Atuar em Projetos que envolvem Despejos e Remoções?" [11]

Diante do exposto, faz-se necessário a atuação do Poder Judiciário nos processos de remoção visando a provocar uma atuação e presença estatal reorientada sob uma ótica social e espacialmente inclusiva.

O aperfeiçoamento da tutela do direito à moradia no Brasil perpassa pelo desenvolvimento dos membros do Poder Judiciário de novos parâmetros balizadores do pagamento de justas compensações nos processos de remoções, já que a Constituição Federal de 1988 define a moradia como direito social.

Mas salienta-se que a prioridade será sempre que a população não seja removida. Não havendo alternativa, e em hipótese plenamente justificadaa, será feito o desalojamento temporário para que a família retorne para habitar no seu local original. Somente não sendo possível, o reassentamento apresenta-se como uma segunda opção, socialmente compensados todos os custos. E, não sendo possível nenhuma das opções anteriores, busca-se a justa compensação integral no caso excepcional de remoção.

## 5. O ativismo judicial na tutela pelo direito à moradia durante o período da pandemia: uma proposta efetiva de tutela

O ativismo judicial é, em apertada síntese, a participação intensa do Poder Judiciário na busca pela efetividade dos preceitos constitucionais. É

11. "Como atuar em projetos que envolvem despejos e remoções?" é um Guia, produzido pela Relatoria Especial da ONU para a moradia adequada. Nele constam de forma sintetizada as normas internacionais aplicáveis a situações de remoções involuntárias decorrentes de projetos públicos e privados de infraestrutura e urbanização. Essa cartilha possui ainda orientações e dicas para projetistas, gestores públicos, operadores do direito, órgãos financiadores nacionais ou internacionais, populações atingidas e para todos aqueles que estão envolvidos nesse processo. O Guia tem como propósito a orientação para que os projetos sejam conduzidos de maneira a priorizar e resguardar o direito à moradia adequada das comunidades atingidas pelos processos de remoção bem como aqueles que tenham de alguma forma seu direito à moradia alvo de ameaça, turbação ou esbulho.

preciso que o juiz atue como agente transformador da sociedade, mormente em situações emergenciais como a da pandemia do coronavírus.

Seja por meio de demandas individuais ou coletivas, movidas pela defensoria pública na tutela do direito de famílias assistidas em situação de hipervulnerável, ou pelo ministério público, o Poder Judiciário deve primar pela tutela do direito constitucional à moradia.

Em um contexto da Covid-19, o direito à moradia toma uma dimensão ainda maior, na medida em que o isolamento social é a forma mais eficaz de prevenção ao contágio e propagação da doença. Nesse patamar, o direito à moradia funde-se com o direito à vida, pois "estar em casa" é estar de alguma forma mais protegido contra o risco de contrair o vírus que pode levar a morte.

Destacamos, como exemplo a ser seguido pelos demais membros do judiciário, a decisão de 12 de maio de 2020, do juiz federal Ricardo Felipe Rodrigues Macieira, que suspendeu a remoção dos quilombolas de Alcântara (Maranhão), que vivem em área vizinha ao Centro de Lançamento de Alcântara (CLA) da Força Aérea Brasileira (FAB). [12]

A ordem de remoção foi do ministro do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República (GSI), general Augusto Heleno Ribeiro Pereira, do dia 26 de março, em meio à pandemia do coronavírus, para determinar que as 700 famílias quilombolas fossem removidas para expansão da base espacial.

A liminar foi concedida em favor da ação popular mobilizada por organizações quilombolas de Alcântara e pelo Ministério Público Federal do Estado do Maranhão, por entender que desde 2008 as comunidades

12. https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/justica-suspende-remocao-das-comunidades-quilombolas-que-vivem-na-area-da-base-de-alcantara-no-maranhao

quilombolas de Alcântera possuem um Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (RTID), assinado pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), que demarca uma área de 78,1 mil hectares de território tradicional. Ainda que o processo de titulação não tenha sido concluído, o magistrado decidiu que o Brasil deve respeitar a Convenção 169 e que o governo federal precisa realizar uma consulta às comunidades tradicionais de maneira livre, prévia e informada, sobre obras que impactem em seus territórios.

São atuações judiciais dessa natureza que trazem esperança para essas famílias. Primeiro, o magistrado deve atuar pela não remoção, e, somente em casos excepcionais, onde não houver nenhum outro recurso, primar pela justa e previa compensação para que as famílias não sejam, em hipótese alguma, submetidas a risco de contágio e de morte.

## 6. Conclusão

Os tribunais pátrios em tempos de pandemia do coronavírus ainda não manifestaram interferências significativas na proteção ao direito fundamental à moradia.

Os processos de remoção pelas mais variadas motivações continuam mesmo durante o período de isolamento social. Por isso, é urgente que o judiciário desperte um novo olhar para essa população vítima das remoções que, na atual situação emergencial e de saúde pública, necessita da proteção integral do seu direito social à moradia digna.

Com efeito, o parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, preleciona que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Nesse sentido, o Poder Judiciário deverá atuar pela efetiva aplicabilidade à Carta Magna.

A efetividade do direito à moradia e o direito de permanecer em suas casas durante o período da pandemia, é medida de proteção a ser tutelada pela atuação jurisdicional. O poder judiciário é órgão transformador da sociedade, e nesse ponto, pode mudar a realidade de muitas famílias e salvar muitas vidas do contágio do coronavírus.

Assim, cabe aos membros do Poder Judiciário, uma atuação proativa para a solução dos casos emergências como a situação das remoções em tempos de pandemia do coronavírus, do contrário os removidos serão expostos ao agravamento de suas vulnerabilidades. A urgência pela saúde dessas famílias, que são forçadas a saírem de suas casas, não pode aguardar o Legislativo ou o Executivo, quando o Judiciário tem a possibilidade de, aplicando o poder geral de cautela, suspender as remoções, de qualquer natureza, por todo o país enquanto perdurar a pandemia do coronavírus.

## 7. Referências

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAUMAN, Zygmut. Confiança e medo na cidade. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO, Inaiá Maria Moreira de; Corso-Pereira, G. A Cidade como negócio. EURE (Santiago. Impresa), v. 39, p.5-26, 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª Ed., Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

_____. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, C.; NETTO, F; ROSENVALD, N. Manual de Direito Civil. 3ª Ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

HARVEY, David. Cidades rebeldes: do direito à cidade a revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, *2014.*

LE CORBUSIER. *Planejamento urbano.* Trad. Lúcio Gomes Machado. São Paulo: Perspectiva, 2000.

MARICATO, E. A produção capitalista da casa (e da cidade) no Brasil industrial. São Paulo, Alfa-Ômega, 1979.

MOURAD, L.; FIGUEIREDO, G. C.; BALTRUSIS, N. Gentrificação no Bairro 2 de Julho, em Salvador: modos, formas e conteúdos (2014).

ROLNIK, Raquel. Guerra dos lugares: a colonização da terra e da moradia na era das finanças. São Paulo: Boitempo, 2015.

SANTOS, Milton. A Urbanização Brasileira. São Paulo: Hucitec, 1993.

TEIXEIRA, Aparecida; OLIVEIRA, Liana; CARVALHO, Luis; FERNANDES, Rosali. Bairros na cidade contemporânea: Lugares ou fragmentos da metrópole? (2020).

# 14

# Na Pandemia, STF Evita o Pandemônio no Mundo do Trabalho

HÉLIO GOMES COELHO JÚNIOR

O Brasil, como um dos mais extensos (5º) e populosos (5º) países, também integra o grupo das maiores (9ª) economias do planeta, a maior sul-americana e a segunda do novo continente. Não é pouco. Em contraponto, sabemos também do nosso pífio escore em saúde, educação e renda (79º no IDH), afora os desastrosos dados sobre concentração de renda, que põe em mãos de 1% da população a terça parte de suas riquezas, a corrupção e a violência.

Em respeito ao título, mundo do trabalho, aqui reduzido às 33 milhões de relações de emprego, regidas pela quase octogenária Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), sempre bom deitar olhos no binômio empresa e empregado.

Quem mais emprega no Brasil são os setores de serviços, comércio e utilidades públicas, no meio urbano, e o agrícola, no rural. O emprego industrial está em franco declínio, década após década, pela aplicação às largas da automação, robótica e afins. Quanto ao porte, os maiores empregadores são as micro e pequenas empresas, sendo correto afirmar que as médias e as grandes corporações não impressionam, no fundamento, ainda que sejam as que mais pressionem as Casas das Leis e da Justiça.

Grandes corporações são as que controlam setores - financeiro, obras públicas, comunicações, transportes etc. e tal.

Quem trabalha no Brasil estuda muito pouco, tanto na educação formal quanto no aprendizado profissional, razão pela qual o capital humano não é tido como de boa produtividade e competitividade, ainda que também saibamos que talento, inovação e competitividade seriam determinantes no século XXI, como advertia Klaus Schwab, o fundador do Fórum Econômico Mundial.

**Somos assim.**

"O Brasil não é para amadores" é o título saboroso de um livro escrito por Belmiro Valverde Jobim Castor, um mineiro-paranaense, advogado, economista e professor que, por anos, serviu à gestão pública. Ele é muito atual como roteiro à compreensão de nossa pátria, esta nação capaz de realizar um dos mais impressionantes processos de crescimento econômico, apesar de suas elites, que navegam em mar raso e cultuam o atraso, e de suas classes menos favorecidas.

**Troco o país das chuteiras pelo do carnaval. Justifico.**

A Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro, que dispôs "*sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019*", foi o nosso primeiro marco regulatório, ante a notícia, ou alerta, *urbe et* orbi, do que ocorrera a partir da China e indicativos europeus. Era a véspera da pandemia (de raiz grega, "pan", todo, e "demos", povo). Todos os povos. A melhor definição, sim, é da OMS, que a diz como a propagação de uma doença nova, sem imunização adequada, com alastramento em mais de dois continentes, quando passa a mundial.

**Volto a fevereiro.**

Doença nova, correndo solta e Lei federal ditando regras para o enfrentamento (isolamento, quarentena, exames compulsórios e afins) e, duas semanas após, o país a se esbaldar na maior festa do "planeta", segundo divulgam mundo afora os nossos órgãos de turismo. País cauteloso, por seu Ministério de Saúde, cuidou de distribuir aos 26 estados federados, aos seus 5.570 municípios e ao seu único Distrito Federal exatas 128 milhões de camisinhas, alardeando ser necessário proteger o folião e a foliã.

Era o carnaval. Foi de 21 a 26. Aeroportos, portos, rodoviárias e estradas transbordantes. Hotéis, pousadas e pensões lotados. O Brasil fez circular milhões de pessoas, mais nativos; muitos e muitos estrangeiros.

Governança qualquer ousaria sustar o calendário momesco por supor politicamente incorreto impedir o faturamento que ele traz à 9ª economia do planeta, afora a inconveniência de enfrentar os muitos interesses visíveis, invisíveis e até televisivos.

**No dia 26, Quarta de Cinzas, o país soube do primeiro diagnóstico à conta da doença nova.**

Quando as águas de março já alcançavam a metade do mês, enfim, o Brasil, que já tinha o seu marco regulatório, admite o já sabido e resolve parar, piorar e pirar.

**Invertendo, em parte, a ordem.**

Brasil pira porque o Governo Federal não dialogara com os Estados e Municípios. Pira mais quando observa que sequer no Executivo havia pensamento modulado. Pandemia para uns, "gripinha" para outros; e, para muitos, uma doença alastrante. Isolamento era palavra escrita na lei referida. Mês e dias após, foi-se o Ministro da Saúde, porque não é incomum, na pátria de chuteiras, trocar o técnico no intervalo do jogo.

**Brasil para, de inopino.**

No setor público, sustentado pelo privado, parar foi fácil. Milhões de servidores, que possuem a estabilidade e a irredutibilidade como aliados, foram para o "home", necessariamente sem o "office". Muitos, todavia, ligados à questão da doença (médicos, paramédicos, policiais e etc.), continuaram a trabalhar com mais afinco, desdobrando-se e infectando-se, pela causa pública e a favor dos cidadãos.

No setor privado - que sustenta o país e sua farta burocracia - que emprega algo como 33 milhões de pessoas, as dificuldades foram, são e serão efetivas e deletérias. Alguns Estados e Municípios determinaram a paralisação abrupta das atividades. Em uma decisão monocrática, o STF de um ministro, decide que cabe aos Estados e Municípios a temática, até que o colegiado valide, ou não, tal pensar. Algumas atividades prosseguiram pela essencialidade do que fazem.

**Fácil deduzir o efeito.**

Foi e é o pandemônio, aqui reduzido no mais brando do seu significado: mistura confusa de pessoas ou coisas, confusão.

**Palavra exata.**

As empresas que conduzem uma das maiores economias do planeta, em duas semanas, foram à lona, sem caixa para pagar o salário, compras, alugueis e impostos. Um capitalismo frágil, deveras. Fôlego curto, curtíssimo. Faz sentido, pois quem emprega é a micro e pequena empresa. As grandes corporações, ainda que com melhor *cash flow*, não destoaram.

As empresas foram à CLT em busca de bálsamo. Encontraram o conceito de força maior (art. 501) e pensavam poder cortar 25% dos salários (art. 503) e aliviar os custos das rescisões de contrato (art. 502). Não sabiam

elas, que a redução salarial não valia desde a Constituição Federal de 1988, ou seja, mais de três décadas antes. Não sabiam também que o rebate dos custos rescisórios tinha como pressuposto a extinção da empresa ou de estabelecimento. Outros leitores descobriram que a responsabilidade pelo pagamento das rescisões (art. 486) deveria caber ao Governo (municipal, estadual ou federal) responsável pela paralisação temporária. Ledo engano, pois a Covid-19 não foi por ele criada (ainda que o Ministro de Estado e filhos influentes do Presidente a atribuam a alguma ideologia).

**Como enfrentar a situação?**

O Poder Executivo federal editou algumas Medidas Provisórias - instrumento constitucional que lhe permite legislar, fundado na relevância e urgência (art.62), com posterior submissão ao Congresso Nacional -.

Fixo-me em duas delas, ambas editadas à confrontação da crise, como estratégias de salvamento de empregos e empresas.

A primeira, a MP nº 927, de 22 de março, veio trazer alternativas trabalhistas para o enfrentamento do estado de calamidade pública e da emergência de saúde, tratando do *teletrabalho*, *antecipação de férias individuais* (como adiamento do acréscimo de 1/3 para dezembro), *concessão de férias coletivas*, *aproveitamento e a antecipação de feriados*, *banco de horas*, *com prazo de 18 meses à compensação*, relativização da fiscalização do trabalho e a desconsideração da Covid-19, como doença ocupacional; e, ainda, o diferimento para recolhimento do FGTS.

**Não foi pouco. Mas insuficiente, ainda.**

Ferramentas úteis, sem dúvida, porque tudo depende só de acordo direto entre empresa e empregado, que terá preponderância sobre os demais instrumentos normativos, legais e negociais sindicais, respeitados os limites que a Constituição Federal estabelece.

Sucede que várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) foram apresentadas ao STF, por diversos partidos políticos (CF, art. 103, VIII) e confederações sindicais (inc. IX), a saber: PDT (ADI 6342), Rede (ADI 6344), Confederação dos Metalúrgicos (ADI 6346), PSB (ADI 6348), PCdoB, PSOL e PT (ADI 6349), conjuntamente, Solidariedade (ADI 6352) e Confederação dos Trabalhadores da Indústria (ADI 6354), ao fundamento de que a referida MP afrontaria a Constituição Federal, pois estaria a vulnerar direitos fundamentais dos trabalhadores, entre eles a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

As ADIs foram às mãos do Ministro Marco Aurélio que, monocraticamente, indeferiu os pedidos de liminar.

No último dia 29 de abril, o plenário do STF, por maioria de votos, suspendendo exclusivamente dois artigos [1], manteve intacta a MP nº 927, que permite às empresas uma melhor mobilidade na gestão da mão-de-obra, em tempos emergenciais.

A segunda delas, a MP nº 936, de 1º de abril, veio permitir a "*redução de jornada e salário*" e a "*suspensão temporária do contrato de trabalho*", com a concorrência da União que se propôs a pagar um "*benefício emergencial*" a todos os trabalhadores alcançados por tais modalidades. A finalidade foi claríssima, preservar emprego e renda, garantir continuidade de postos de trabalho e atividades empresariais. Ao fim e ao cabo, para reduzir o impacto social advindo do estado de calamidade nacional.

As empresas estão franqueadas a reduzir *jornada e salário* (nas proporções de 25, 50 e 70% e pelo prazo de 90 dias com uma contraparte paga pela União)

1. MP nº 927:
**Art. 29**: **"**Os casos de contaminação pelo coronavírus (covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal**".** (Votos dos ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux).
**Art. 31:** **"**Durante o período de cento e oitenta dias, contado da data de entrada em vigor desta Medida Provisória, os Auditores Fiscais do Trabalho do Ministério da Economia atuarão de maneira orientadora...**"** (Votos dos ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux).

e ou *suspender temporariamente o contrato de trabalho*, sem nada pagar (se a empresa tiver obtido receita bruta de até R$ 4.800.000,00) ou pagando uma ajuda compensatória no equivalente a 30% do salário do trabalhador, sem quaisquer encargos, pelo prazo de 60 dias, corridos ou não, pois facultada a utilização de dois tempos de 30 dias, no limite de 90 dias).

A *redução* e a *suspensão* são alcançáveis por acordo direto entre empresa e empregado, exceto quando o trabalhador tiver salário superior a R$ 3.135,00, chegando até R$ 12.202,12, pois em relação a ele a MP determina a negociação sindical, ressalvada dela a redução do salário de 25%, que é facultada ajustar diretamente. A MP exige que a empresa comunique o sindicato em até 10 dias a celebração do acordo de *redução* ou *suspensão*.

**Não foi pouco. Melhor, foi muito.**

Instrumentos valiosíssimos, pois foram à raiz do problema: o caixa das empresas.

Instrumentos utilíssimos, sem dúvida, porque tudo depende exclusivamente do acordo direto entre empresa e empregado, com a ressalva indicada.

O partido Rede ingressou com uma ADI (6363), que pedia fosse declarada a inconstitucionalidade da permissão, posta na indicada MP, de serem alcançadas *redução* e *suspensão* por acordo direto entre empresa e empregado, nos limites em que explicita, pois, a Constituição Federal (art. 7º, inciso VI) determina que a redução de salários seja obtida por negociação (acordo coletivo ou convenção coletiva) sindical.

O caso foi distribuído ao Ministro Ricardo Lewandowski que, em 06 de abril, de modo monocrático, deferiu liminar - para posterior deliberação pelo plenário -, garantindo o acordo entre empregado e empregador e

autorizando aos sindicatos a deflagração da negociação coletiva, após a sua formal comunicação exigida pela MP, afirmando que a inércia sindical equivaleria ao consentimento implícito. Uma decisão ininteligível, certamente. Um equilibrar-se em meio ao tombo.

**A decisão pôs o mundo privado do trabalho em polvorosa.**

No dia 16 de abril, o Supremo Tribunal Federal (STF), em sessão plenária, reuniu os seus 10 ministros (o decano deles Ministro Celso de Mello está afastado por motivo de saúde) para analisar a liminar monocrática do Ministro Ricardo Lewandowski.

Direto ao ponto: por 7 votos contra 3 (Ministros Lewandowski, Edson Fachin e Rosa Weber) a liminar foi cassada, fixando o STF a tese de que a MP nº 936 não fere a Constituição, quando permite o ajuste individual à redução de jornada e salário e à suspensão temporária do contrato de trabalho, nos limites que indica.

**O que representou tal decisão?**

O que mais as empresas e empregados necessitavam: segurança jurídica.

Direto a outro ponto: a decisão do STF, que julgará a referida ADI mais adiante, liquida com a possiblidade de 1.500 Varas de Trabalho, 24 Tribunais Regionais do Trabalho e o próprio Tribunal Superior do Trabalho, deitarem tese sobre o assunto.

Não foi pouco. Foi bastante, no exato sentido da palavra, ou seja, o que basta e o que satisfaz.

Termino com o título: na pandemia, STF evita o pandemônio no mundo do trabalho. E rendo homenagens aos partidos e confederações que levaram as MPs 927 e 936 até ele.

**Viva a segurança jurídica!!**

# 15

# COVID-19 e o direito do consumidor no Brasil

HUGO LEONARDO DE OLIVEIRA NOVAES

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Uma pausa para dois alertas; 3. O direito do consumidor brasileiro nesta pandemia; 4. Considerações finais; 5. Referências; 6. Referências recomendadas.*

## 1. Introdução

Diante da atual situação pandêmica, despejou-se aos montes, na *internet* e noutros canais, textos e artigos jurídicos que tentam dar conta de analisar, tecnicamente, os ditos impactos do covid-19 nos contratos. Alguns destes trabalhos tratam dos contratos de consumo.

O presente texto é um conjunto, mais ou menos ordenado, de provocações acerca de alguns assuntos pertencentes ao título proposto. Sem verticalizar nenhum dos pontos açambarcados, este trabalho não reclama para si o título de "artigo científico". Um artigo científico pressupõe uma abordagem propositalmente analítica, e a análise, em si, pressupõe o desmembramento e o estudo pormenorizado das partes para compreensão final do todo fenomênico [1].

Quero dizer, com isso, que a preocupação aqui está mais em provocar, do que tecer abordagens técnico-jurídicas minuciosas (por exemplo, a

1. Sobre a conceito de "análise": https://www.dicio.com.br/analise/

melindrosa dicotomia que fazem entre "fortuito interno" e "fortuito externo" para discutir os efeitos dessa crise global nos contratos [2]). Para esta última tarefa, já dispomos de um sem número de especialistas.

## 2. Uma pausa para dois alertas

Tal como sugere o nome desta subsecção, começo o texto com dois alertas.

Primeiro, fazer direito (no sentido de "ciência do direito", conforme observado pelo realista escandinavo Alf Ross em *Sobre el Derecho y la Justicia* [3]), exige um cuidado metodológico e uma paciência contemplativa, sob pena de se criar "espantalhos" que atuam no sentido de (perdoe-me o galicismo já usado pelo professor Eros Grau [4]) *bouleversar* o entendimento.

A paciência contemplativa a qual me refiro é uma postura contrária à *hiperatenção* (*hyperattention*) denunciada, por exemplo, por Byung-Chul Han no terceiro capítulo do seu livro *Sociedade do Cansaço*, em que (vou parafrasear o professor coreano) a *pura inquietação não gera nada de novo, mas apenas reproduz e acelera o já existente* [5]. Eu acrescentaria, reproduz de forma rasa.

É preciso, às vezes, no meio da turba, silenciar, parar, ouvir com atenção o barulho que as coisas fazem.

Por outro lado, e ainda tratando da paciência contemplativa, a

2. Sobre esses meandros, por exemplo, pode ser consultado o texto do professor Salomão Resedá, chamado *Todos querem apertar o botão vermelho do art. 393 do código civil para se ejetar do contrato em razão da covid-19, mas a pergunta que se faz é: todos possuem esse direito?*. Este texto foi publicado em 08/04/2020 pela plataforma virtual Migalhas, e pode ser acessado em https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/7B7ADCA7997A49_salomao.pdf

3. ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Tradução de Genaro R. Carrio. 5º. ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994, p. 19.

4. GRAU, Eros Roberto. *Um novo paradigma dos contratos?*. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67510/70120. Acesso em 30 de abril 2020.

5. HAN, Byung-Chul. *Sociedade do Cansaço*. Tradução de Enio Paulo Giachini. 2ª edição ampliada. Petrópolis: Vozes, 2017, p. 33-34.

*obesidade de todos os sistemas sociais* (vivemos na sociedade da velocidade e da *hiperinformação*), exposta por J. Baudrillard [6], não deve servir de pretexto para que juristas assumam uma postura intelectual tão descuidada quanto ofensiva, por meio da mera (re)produção, célere, de *achismos* [7] travestidos de análises ou de artigos científicos. A honestidade do escritor-jurista é o mínimo que se espera.

Infelizmente, isso acontece no direito do consumidor, em que alguns juristas se afoitam, arrimados, muitas das vezes, na mentalidade clássica do contrato concebido como ente abstrato, mero encontro de vontades (conforme apontado pelo professor Eros Grau [8]); ou levados apenas pelo estímulo daquela turba (preferir falar alguma coisa a se calar no meio da multidão!).

Quanto ao segundo alerta, este me parece também oportuno, chamando a atenção para o uso atravessado do código civil e da lei 13.874/2019 (que recebeu o histriônico nome de *Declaração de Direitos de Liberdade Econômica*) nos contratos de consumo, estejamos ou não em épocas difíceis de pandemia.

Sobre esta questão, eu não poderia deixar de chamar a atenção para a teoria do diálogo das fontes devido à bulha que as academias brasileiras hoje fazem ao redor dela [9].

Vejo a teoria do diálogo das fontes como algo que reclama para

6. BAUDRILLARD, Jean. *A transparência do mal: ensaio sobre fenômenos extremos.* Tradução de Estela dos Santos Abreu. 9ª ed. Campinas: Papirus, 1990, p 71-75.

7. Textos meramente opinativos e sem uma base científica e/ou filosófica minimamente sólida.

8. GRAU, Eros Roberto. *Um novo paradigma dos contratos?*. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67510/70120. Acesso em 30 de abril 2020.

9. Foi Cláudia Lima Marques a pioneira da importação de tal teoria para o Brasil, por meio dos estudos das teses de Erik Jayme. Sobre o assunto, sugiro um texto de Cláudia Lima Marques chamado de *Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. Este texto foi publicado na Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, precisamente no volume 7, páginas 15-54, em 2004, mas que pode ser acessado em https://core.ac.uk/download/pdf/79073279.pdf

si a insígnia do pluralismo, a tarefa de método que irá recolher os caquinhos da fragmentariedade do chamado direito pós-moderno, a síntese (quiçá hegeliana!) entre as chamadas *descodificação* e *microrecodificação*, a tábua de salvação.

É como se a teoria do diálogo das fontes fosse um ponto fatal, um caminho histórico-natural por onde inexoravelmente seguiria o direito (o direito dito pós-moderno).

A verdade é que os textos legais não surgem do abstrato, mas noticiam, por trás e por baixo deles, valores, propósitos, *metaparadigmas* e contextos diversos, específicos. Antes, é preciso entender os riscos de qualquer "novo" método de aplicação de leis para o consumidor brasileiro. No caso específico, é preciso entender até que ponto o "longo passeio" em outros diplomas legais (com valores e finalidades muitas vezes diferentes), pode, no Brasil, num efeito rebote, amolecer bases protetivas e de segurança jurídica tão caras ao consumidor. Sobre esse efeito rebote, bastando que se olhe para o nosso atual e "encharcado" direito civil, o qual deixou de ser apenas direito "civil", assumindo a clivagem direito "civil-constitucional", o que, em si, já é uma *petitio principii*.

As práticas jurídicas adotadas neste momento agoniante de crise podem pegar gosto pelo lugar que assumiram, transformando em definitivo aqui que, em tese, era para ser passageiro apenas.

Introduzidos os dois alertas acima, vou ao desenvolvimento do texto.

## 3. O direito do consumidor brasileiro nesta pandemia

Diante do aparecimento do covid-19, um dos "espantalhos" que se levantou foi a ideia de que o CDC seria uma lei lacunosa em tempos de pandemia, e que seria preciso um projeto de lei ou uma MP (medida

provisória) para tapar as brechas e trazer soluções aos casos concretos.

Na verdade, eu digo que os institutos jurídicos e instrumentos de operacionalização que nos são dados pelo CDC e demais diplomas consumeristas, tais como boa-fé objetiva, confiança, solidariedade, informação, hipossuficiência e vulnerabilidade (entre outros), são suficientes para resolver a maioria dos nossos problemas, mesmo em tempos de pandemia [10].

Com isso, não estou sugerindo que o CDC não mereça atualização ou complementações. A lei não é algo *suprahistórico*, e o CDC (que é lei parida em 1990) claramente não alcança algumas recentes transformações sociais, notadamente no campo tecnológico, como a desmaterialização do contrato de consumo viabilizada, sobretudo, pelo *e-commerce* [11].

Porém, no que toca as possíveis violações ao direito do consumidor em tempos de pandemia (covid-19), as supostas brechas referidas acima podem e devem ser tapadas pelo intérprete autêntico (no sentido kelseniano [12] da expressão), com responsabilidade, com limites nas próprias formas linguísticas contidas no texto legal (a moldura kelseniana), e com o propósito voltado sempre para a ideia da máxima proteção ao consumidor (art. 5º, XXXII da CF/88 c/c art. 8 do ADCT) [13].

Além disso, não é integralmente verdadeira a tese de que o CDC não

10. Sobre a boa-fé objetiva, a professora Claudia Lima Marques pontua que: *Boa-fé significa, portanto, uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.* (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo Regime das Relações Contratuais*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 182).

11. Tramita, desde 2012, o projeto de lei do Senado 281, que visa aperfeiçoar o CDC, sobretudo para atender às transformações mercadológicas trazidas nos últimos anos pelo comércio eletrônico.

12. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4ª ed. Arménio Amado Editora: Coimbra, 1979, p. 469.

13. Art. 5º - XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.
Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

tenha se preocupado com a relação de consumo em períodos de calamidade pública. Cito, como exemplo, o art. 76, I do CDC, que agrava os crimes de consumo quando praticados em período de grave crise econômica ou de calamidade [14]. Outros exemplos são o artigo 39, I [15] (que trata da proibição de limitação quantitativa, pelo fornecedor e pelo Estado, do consumo de produtos e serviços), e o art. 39, X [16] (que trata da proibição de majoração de preços de produtos e serviços). Ambas as regras trazem a fórmula "sem justa causa", a qual permite que as proibições legais ali insertas possam ser calibradas (no sentido de "relativizadas") em situações excepcionais, tais como graves crises econômicas e calamidades pandêmicas.

Outras regras do CDC, tais como art. 51 [17], IV e X, e o art. 6º, V [18], passam a ter importância ressaltada numa situação social como a que vivemos em função do covid-19. Inclusive, o art. 6º, V traça uma regra importante para a revisão contratual em matéria de consumo, já que, neste âmbito, não se adota a teoria da imprevisão contida no código civil 2002, mas a teoria da quebra da base negocial [19].

Sabe-se que, pelo código civil vigente, além da resolução por

14. Art. 76. São circunstâncias agravantes dos crimes tipificados neste código:
I - serem cometidos em época de grave crise econômica ou por ocasião de calamidade.

15. Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:
I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos.

16. Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:
X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.

17. 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 eqüidade;
X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral.

18. 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.

19. Sobre o art. 6º do CDC e a teoria da quebra da base negocial, trago apontamentos de Cláudia Lima Marques: *A norma do artigo 6º, do CDC avança ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra do seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre prestações. Ao desaparecimento do fim essencial do contrato. Em outras palavras, o elemento autorizador da ação modificadora do Judiciário é o resultado objetivo da engenharia contratual que agora apresenta mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que poderia ser previsto e não foi.* (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo Regime das Relações Contratuais*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 299).

onerosidade excessiva (art. 478), a teoria da imprevisão (artigo 317) alicerça a revisão contratual; enquanto que, nos contratos de consumo, a revisão é arrimada, sobretudo, na quebra da base negocial, organizada por Karl Larenz a partir de ideias que já vinham sendo expostas por Bernhard Windscheid (teoria da pressuposição) e por Paul Oertmann [20].

Isto me remete ao projeto de lei nº 1.179/2020, aprovado pelo plenário do senado federal em 03/04/2020, em que, no §1º do art. 7º, do texto original, o legislador pretendeu excluir seu alcance das regras de revisão contratual previstas no CDC. Já no §2º do mesmo artigo, o legislador quis desviar a incidência da legislação consumerista sobre os contratos eminentemente regulados pelo CDC, veja-se: *"§2º Para os fins desta Lei, as normas de proteção ao consumidor não se aplicam às relações contratuais subordinadas ao Código Civil, incluindo aquelas estabelecidas exclusivamente entre empresas ou empresários"*.

Trata-se de uma postura que não poderia ser diferente, pois, como visto, a sistemática de revisão contratual no Código Reale possui diferenças em relação ao que consta do código de defesa do consumidor.

Na prática, em havendo superveniente desequilíbrio contratual, o consumidor sequer precisaria discutir a imprevisibilidade e/ou a *irresistibilidade* do fato para pleitear uma revisão.

O Brasil tem emitido algumas regras emergenciais que, de algum modo, podem impactar algumas espécies de contratos de consumo. Por exemplo, a lei 13.979/2020, a qual já sofreu diversas alterações pela MP 926/2020, no seu art. 3º, VI, "a" e "b", permite que as autoridades brasileiras limitem, no todo ou em parte, o acesso às fronteiras do país, o que interessa aos contratos de consumo de transportes, notadamente transporte aéreo.

20. Sobre esse assunto, sugiro o livro de Karl Larenz, traduzido para o espanhol. (LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. Tradução de Carlos Fernández Rodríguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956. 237 p.)

Ou, ainda, a MP 925/2020, que no seu art. 3º [21] impõe regras especiais para o reembolso e a aplicação de penalidades contratuais nos casos de cancelamentos de passagens aéreas pelos consumidores.

Há discussão quanto à aplicabilidade da MP 925/2020 para transportes internacionais [22] .

Cito, também, a MP 948/2020, de 08/04/2020. Segundo consta dos motivos para a confecção da referida Medida Provisória, trata-se de uma tentativa de suavizar os negativos efeitos sofridos pelos artistas e empresários do ramo de entretenimento que já estavam programados com diversas apresentações pelo Brasil.

Dentre diversas regras questionáveis e temporariamente instituídas pela MP 948/2020, destaco a possibilidade de cancelamento de serviços, reservas e de eventos, incluídos *shows* e espetáculos, sem que o prestador de serviços ou a sociedade empresária precise, necessariamente, reembolsar os valores pagos pelos consumidores, desde que garanta aos mesmos o direito de remarcação, ou a disponibilização do valor como forma de crédito, ou outro acordo firmado entre as partes (art. 2º, incisos I ao III).

Ainda sobre regras e medidas observadas no contexto brasileiro e que afetam diretamente contratos de consumo, é de se destacar que, em reunião com a Febraban – Federação Brasileira dos Bancos, os seus 05 (cinco) maiores associados (Banco do Brasil, Bradesco, Caixa, Itaú Unibanco e Santander) sinalizaram pela prorrogação, por 60 (sessenta) dias, dos vencimentos de dívidas de clientes pessoas físicas e microempresas. Esta medida, em

21. Art. 3º O prazo para o reembolso do valor relativo à compra de passagens aéreas será de doze meses, observadas as regras do serviço contratado e mantida a assistência material, nos termos da regulamentação vigente.
§ 1º Os consumidores ficarão isentos das penalidades contratuais, por meio da aceitação de crédito para utilização no prazo de doze meses, contado da data do voo contratado.
§ 2º O disposto neste artigo aplica-se aos contratos de transporte aéreo firmados até 31 de dezembro de 2020.

22. O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, em repercussão geral, que as Convenções de Montreal e Varsóvia prevalecem ante o CDC nos casos em que consumidores buscam indenização por danos materiais decorrentes de extravio de bagagem em voos internacionais (Tema 210/STF). Essa informação pode ser acessada em http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-05-17_06-55_Convencao-de-Montreal-e-aplicavel-a-contrato-de-transporte-aereo-mesmo-apos-descarregamento.aspx

tese, pode impactar milhões de contratos bancários de consumo, tais como empréstimos, financiamentos, consignações e consórcios, acenando para uma postura menos conflituosa por parte dos bancos.

E mais, o decreto 10.282/2020 fala em continuidade dos serviços públicos essenciais durante a pandemia, em sintonia com o art. 22 do CDC [23], serviços esses prestados, na maioria das vezes, pelos permissionários e concessionários em contratos cativos, pois tais negócios ofertam, por longa duração, produtos e serviços essenciais para a manutenção básica da vida do consumidor.

Retornando ao projeto de lei nº 1.179/2020, não posso deixar de pontuar, com um tom de alerta, a importância de se fixar, formalmente, datas e prazos específicos e precisos para fins de situar, juridicamente, a pandemia no tempo-espaço. Para isso, deveremos interpretar o projeto de lei nº 1.179/2020 de forma sistemática inclusive com o decreto legislativo nº 6/2020 [24].

Ainda sobre o projeto de lei nº 1.179/2020, ele traz curiosa regra que visa determinar a suspensão temporária do direito de reflexão contido no artigo 49 do CDC, até 30/10/2020, para os produtos e serviços adquiridos por *delivery* (entrega domiciliar) de produtos perecíveis ou de consumo imediato e de medicamentos.

Esta temporária regra atinente ao direito de reflexão do consumidor, da maneira como está disposta no projeto, pode gerar problemas de aplicação. Imaginemos, por exemplo, um caso em que um consumidor comprou de uma farmácia, via *delivery*, um paracetamol, mas foi entregue em sua residência uma aspirina. Pela literalidade do texto legal, o consumidor não

23. Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

24. 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. Este decreto legislativo pode ser acessado em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm

poderia devolver o produto, mesmo que o direito de reflexão fosse exercido de imediato (no ato de entrega do produto, por meio de conferência da embalagem pelo consumidor), o que não parece ser razoável.

Não se pode esquecer, ainda, dos contratos de consumo sob condições gerais, chamados por alguns doutrinadores de *contratos coativos* [25] . Recebem este nome porque ambas as partes contratantes (fornecedor e consumidor) se submetem, com baixíssima liberdade de manobra ou escolha, ao denso conjunto de regras criadas por terceiros (resoluções, circulares, cartas etc., produzidas, em regra, no Brasil, por agências regulatórias).

Não obstante o constante do art. 54, *cabeça*, do CDC, filio-me a tese de que o contrato coativo se distancia do contrato de adesão, pois neste as cláusulas contratuais são produzidas por uma das partes contratantes (a parte mais forte). Além disso, existirem diferenças entre alguns aspectos interpretativos para estas duas formas de contratar (adesão e sob condições gerais), já que, nos contratos de adesão, as formas linguísticas que servirão de base interpretativa defluem das partes; enquanto nos contratos coativos ou sob condições gerais, defluem do Estado, terceiro.

No Brasil, um exemplo de contrato coativo (ou sob condições gerais) é o contrato de seguro, o qual suporta pesada regulação da SUSEP e do CNSP. O mesmo ocorre com o contrato de plano de saúde, o qual experimenta regulação principalmente da ANS.

Para Ronaldo Porto Macedo, a captura regulatória (por agências e autoridades públicas) relativamente aos contratos coativos ou sob condições gerais também tem a ver com a globalização e o crescente aumento de contratos relacionais (contratos cativos de longa duração com

25. GRAU, Eros Roberto. *Um novo paradigma dos contratos?*. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67510/70120. Acesso em 30 de abril 2020.

alto grau de especialização) [26] , elevando a importância e o crescimento de tais agências.

O fato é que, para tais contratos de consumo, as soluções jurídicas, em período de pandemia, demandam um olhar mais alargado, considerando não apenas a legislação consumerista, mas, ainda, as normas jurídicas secundárias oriundas das agências e dos órgãos de regulação.

Como exemplo disso, temos a resolução nº 453 da ANS, incluindo o exame de detecção do coronavírus no rol de procedimentos obrigatórios para beneficiários de planos de saúde. Outro exemplo é a resolução 878 da Aneel, que além de outras medidas, veda, no seu art. 2º, a suspensão de fornecimento de energia elétrica por inadimplemento das unidades consumidoras, em 04 (quatro) hipóteses específicas: a) serviços e atividades essenciais, nos termos do Decreto 10.282/2020, Decreto 10.288/2020 e o artigo 11 da resolução Aneel 414/2010; b) propriedades em que existam pessoas usuárias de equipamento de autonomia limitada e/ou vitais à preservação da vida humana; c) residência urbana e rural, incluindo baixa renda; e d) unidades consumidoras que for suspenso o envio da fatura sem a anuência do consumidor.

Ainda neste ambiente de eclosão de regras que afetam relações de consumo, quero assinalar o projeto de lei nº 890/2020, de autoria do senador Randolfe Rodrigues, que visa acrescentar o art. 798-A no código civil, para obrigar as companhias de seguros a pagarem indenizações securitárias em face de mortes e incapacidades advindas de infecções por pandemias ou epidemias, mesmo que do contrato constem restrições ou excludentes de coberturas.

26. Ronaldo Porto Macedo Junior, no artigo *Globalização e Direito do Consumidor*, o qual foi publicado na Revista do Tribunais Revista de Direito do Consumidor, em 1999, precisamente no volume 32. Porém, o texto pode ser acessado pelo endereço eletrônico https://core.ac.uk/download/pdf/79071014.pdf

No âmbito da defesa internacional, o consumidor brasileiro ainda não dispõe de reais e relevantes avanços de proteção. Esta conclusão se releva mais forte na atual conjuntura, que tende a escancarar fragilidades.

Ronaldo Porto Macedo Junior [27] aponta que a globalização é um fenômeno ou processo pós-moderno político-econômico, que traz como uma de suas características a padronização cultural e do consumo, gerando diversos impactos no mercado de consumo, tal como o crescimento de práticas abusivas contra consumidores, na dualidade [28] socioeconômica trazida pela globalização. Isto só reforça, no meu sentir, a necessidade de regras internacionais de proteção dos consumidores (notadamente nos âmbitos da intimidade, tratamento de dados, saúde e segurança), mas que respeitem, minimamente, as peculiaridades de cada Estado-nação.

O ICPEN (*International Consumer Protection and Enforcement Network*), por meio dos seus auditores, a ONU (Organização das Nações Unidas), por meio da resolução nº 39/248 e a da UN *Guidelines for Consumer Protection* (espécie de conjunto de diretrizes internacionais para defesa do consumidor), e a *Committee on the International Protection of Consumers*, da *International Law Association*, são exemplos de entes e grupos que discutem a defesa do consumidor em escala mundial [29].

## 4. Considerações finais

Eu não pretenderia terminar esse trabalho a reboque de uma subsecção intitulada de "conclusões". Acredito que, após ler esse texto com atenção, alguém sairá com mais dúvidas e pontos de discussões do que

27. MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Globalização e Direito do Consumidor*. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/79071014.pdf. Acesso em: 30 abril 2020.

28. Sobre esse aspecto da dualidade, ver, ainda, José Luiz Fiori, em *O poder global e a nova geopolítica das nações*, livro publicado pela editora Boitempo Editorial, com primeira edição em 2007.

29. CASTRO, Bárbara Carneiro Paolinelli de; MALTA, Marcella de Vasconcelos; HENRIQUES FILHO, Tarcísio. *A proteção do consumidor no âmbito internacional*. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/62654/a-protecao-do-consumidor-no-ambito-internacional. Acesso em: 30 abril 2020.

propriamente "conclusões". Além disso, como dito no começo, este trabalho não pretendeu ter a estrutura de um silogismo perfeito (artigo científico), com premissas a partir das quais se extraem assertivas conclusivas.

Na verdade, quero finalizar este texto com duas provocações, no meu sentir, relevantes: uma delas tem relação com o discurso de relativização das bases protetivas do CDC, e a outra tem a ver com a "bandeira de paz" que os juristas brasileiros têm levantado com supedâneo na noção de acordo entre as partes contratantes.

É ruinosa a tese de que, em cenário de calamidade geral pandêmica, deve-se garantir a proteção aos consumidores, *pero no mucho*.

Em geral, o discurso a favor desse afrouxamento usa dados econômicos de crise financeira dos fornecedores para defender a relativização de bases protetivas do consumidor, empregando o termo "rigidez" (e suas variáveis) como espécie de "rótulo odioso" [30] a ser lançado como pecha sobre os argumentos que, em sentido oposto, pregam o fortalecimento do direito do consumidor nesta fase *sui generis* que vivemos.

Chegou-se à lástima de se parear "fornecedor" e "consumidor", sob o mesmo guarda-chuva da vulnerabilidade. [31]

A vulnerabilidade pertence apenas ao consumidor e é uma presunção absoluta (*iuris et de iure*), para além de um mero instrumento de operacionalização ou calibração do Direito. Portanto, não deveria admitir gradações, relativizações ou amolecimentos a partir de discursos anedóticos, muitos dos quais revestidos de uma aparente juridicidade e imparcialidade.

30. Segundo Schopenhauer, o estratagema sofista do "rótulo odioso" consiste, basicamente, em, no debate, tonar suspeita uma afirmação do interlocutor, reduzindo-a a uma categoria geralmente detestada, ainda que a referência seja pouco rigorosa e de vaga semelhança. (SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão em 38 estratagemas*. Notas e comentários de Olavo de Carvalho. Tradução de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997, p. 174).

31. *Vide* artigo publicado em https://www.migalhas.com.br/depeso/323664/direito-de-arrependimento-do-consumidor-e-covid-19-um-recorte-analitico-do-projeto-de-lei-1179-de-2020

A revista eletrônica Exame noticiou, em 27/03/2020, uma pesquisa de projeção feita pela empresa GO Associados, prospectando que, no auge da crise pandêmica, o desemprego passaria de 11,2% em janeiro/20 para 15,5% em maio/20. Isso significaria cerca de 16,5 milhões de desempregados, ou seja, quase 5 milhões a mais do que os índices registrados até março/2020 [32]. E o que isto significa aqui? Significa que teríamos cerca de quase 5 milhões a mais de consumidores (vulneráveis) em estado de crise financeira.

O cenário estatístico acima mostra que não é só o fornecedor que vive, atualmente, uma relevante crise financeira, mas os consumidores também, com o agravante de que estes último, além de vulneráveis, não são os donos dos meios de produção. Portanto, o argumento eminentemente econômico que se vem usando para o amolecimento das regras de máxima proteção ao consumidor, no meu sentir, não convence.

Por fim, em relação à "bandeira de paz" que os juristas têm levantado com supedâneo na noção de acordo entre as partes contratantes, penso ser uma atitude razoável desde que não descambe para o universo das fábulas.

A ideia da preservação dos pactos (ou conservação dos contratos) no direito do consumidor, extraída, sobretudo, do art. 51, §2º [33] do CDC, tem importância em todos os contratos, mas particularmente nos contratos de consumo ditos relacionais, ou contratos cativos de longa duração. Essa máxima de preservação, de certo modo, e em tempos difíceis como este que vivemos, serve de empuxo em favor de soluções mais cooperativas e solidárias entre fornecedores e consumidores (se é que isto seja possível dentro de uma lógica quase que predominante de *homo oeconomicus*) [34].

Porém, não se pode esquecer que, quase sempre, esses "acordos" nas relações de consumo são, na verdade, variações de novos planos de

32. EXAME. *Sem resposta forte do governo, desemprego no país tem projeção assustadora*. Disponível em: https://exame.abril.com.br/economia/sem-resposta-forte-do-governo-desemprego-no-pais-tem-projecao-assustadora/. Acesso em: 30 abril 2020

33. § 2° A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.

34. BAUDRILLARD, Jean. *A Sociedade de Consumo*. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 68. (Sobre a ética e a moral na relação de consumo, sugiro, ainda, a leitura do livro *Ética é possível num mundo de consumidores?*, do sociólogo polonês Zygmunt Bauman).

pagamento previamente criados pelos fornecedores e lançados, uniforme e impessoalmente, no mercado, cabendo apenas ao consumidor aderir ou não. Não são raras, também, as situações em que os fornecedores se valem de posições privilegiadas para se impor frente ao consumidor, retirando deste último qualquer brecha para o alinhamento de um acordo.

Há uma assertiva comumente atribuída ao jurista francês Georges Ripert, segundo a qual *a realidade, para se vingar, ignora o direito quando percebe que o direito está a ignorando*. Talvez Ripert tenha querido se referir unicamente ao trabalho legiferante. O curioso é que esta curiosa máxima poderia ser adaptada aqui, com a ressalva de substituir "direito" por "discurso doutrinário".

Acredito que nenhum jurista brasileiro, nesse platô em que as coisas atingiram, seja capaz de levantar voz contra soluções jurídicas mais cooperativas, solidárias, que sigam o caminho da menor conflitualidade possível, e do menor desfazimento possível das evenças. Porém, no âmbito das relações brasileiras contratuais de consumo, o olhar do jurista precisa ser mais criterioso, desconfiado, pois um dos lados da relação, sabemos, tende a pautar suas ações numa lógica de maximização de lucros a todo custo. Neste *locus*, nada que seja ofertado a título gratuito, amigável ou de benefício, é-lo de fato, pois, por trás da ação, estão em jogo números financeiros, fidelizações de consumidores, formações de nichos.

## 5. Referências

BAUDRILLARD, Jean. *A Sociedade de Consumo*. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1995. 213 p.

_____. *A transparência do mal: ensaio sobre fenômenos extremos.* Tradução de Estela dos Santos Abreu. 9ª ed. Campinas: Papirus, 1990. 185 p.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. p. 1.

BRASIL. Lei 8.079, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990. p. 1.

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*, Brasília, DF, 07 fev. 2020. p. 1.

BRASIL. Medida provisória nº 925, de 18 de março de 2020. Dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da covid-19. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 mar. 2020. Seção 1, p. 4.

BRASIL. Medida provisória nº 926, de 20 de março de 2020. Altera a Lei nº 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 mar. 2020. Seção 1 - extra, p. 1.

BRASIL. Medida provisória nº 948, de 08 de abril de 2020. Dispõe sobre o cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e cultura em razão 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). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 08 abr. 2020. Seção 1 - extra, p. 1.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 06, 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*, Brasília, DF, 20 mar. 2020. Seção 1 - extra, p. 1.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. Diretoria Colegiada. Resolução Normativa nº 453, de 12 de março de 2020. Altera a Resolução Normativa - RN nº 428, de 07 de novembro de 2020, que dispõe sobre o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde no âmbito da Saúde Suplementar, para regulamentar a cobertura obrigatória e a utilização de testes diagnósticos para infecção pelo Coronavírus. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 mar. 2020. p. 65.

BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. Diretoria Geral. Resolução Normativa nº 878, de 24 de março de 2020. Medidas para preservação da prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica em decorrência da calamidade pública atinente à pandemia de coronavírus (COVID-19). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 mar. 2020. p. 67.

BRASIL. Assembleia Legislativa. Projeto de Lei PL 1179/2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141306>. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. Assembleia Legislativa. Projeto de Lei PL 890/2020. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, para incluir na cobertura de seguros de vida óbitos decorrentes de epidemias ou pandemias, ainda que declaradas por autoridades competentes. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141193>. Acesso em: 30 abr. 2020.

CASTRO, Bárbara Carneiro Paolinelli de; MALTA, Marcella de Vasconcelos; HENRIQUES FILHO, Tarcísio. *A proteção do consumidor no âmbito internacional*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62654/a-protecao-do-consumidor-no-ambito-internacional>. Acesso em: 30 abr. 2020.

EXAME. *Sem resposta forte do governo, desemprego no país tem projeção assustadora*. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/economia/sem-resposta-forte-do-governo-desemprego-no-pais-tem-projecao-assustadora/>. Acesso em: 30 abr. 2020.

GRAU, Eros Roberto. *Um novo paradigma dos contratos?*. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67510/70120>. Acesso em: 30 abr. 2020.

HAN, Byung-Chul. *Sociedade do Cansaço*. Tradução de Enio Paulo Giachini. 2ª ed. ampliada. Petrópolis: Vozes, 2017. 128 p.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4ª ed. Coimbra: Arménio Amado Editora, 1979. 484 p.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Globalização e Direito do Consumidor*. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79071014.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo Regime das Relações Contratuais*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. 1.342 p.

_____. *Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79073279.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2020.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Tradução de Genaro R. Carrio. 5º. ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994. 375 p.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem precisar ter razão em 38 estratagemas*. Notas e comentários de Olavo de Carvalho. Tradução de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997. 257 p.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Convenção de Montreal é aplicável a contrato de transporte aéreo mesmo após descarregamento*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-05-17_06-55_Convencao-de-Montreal-e-aplicavel-a-contrato-de-transporte-aereo-mesmo-apos-descarregamento.aspx>. Acesso em: 30 abr. 2020.

## 7. Referências recomendadas

BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?*. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. 272 p

FIORI, José Luiz. *O poder global e a nova geopolítica das nações*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2007. 264 p.

LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. Tradução de Carlos Fernández Rodríguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956. 237 p.

RESEDÁ, Salomão. *Todos querem apertar o botão vermelho do art. 393 do código civil para se ejetar do contrato em razão da covid-19, mas a pergunta que se faz é: todos possuem esse direito?*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/7B7ADCA7997A49_salomao.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2020.

# 16

# Dos Contratos de Locação Empresarial Durante a Crise Econômica Causada por uma Pandemia

**JOÃO GLICÉRIO DE OLIVEIRA FILHO**

**CAMILA BASTOS BACELAR COSTA**

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2 Da crise econômica causada por uma pandemia; 3. Da revisão, suspensão e extinção dos contratos de locação empresarial; 4. Do tratamento jurídico da matéria em virtude da pandemia; 5. Contratos de locação empresarial e natureza da atividade econômica; 6. Conclusão; 7. Referências.*

## 1. Introdução

O presente artigo trata do abrolhar de um tema de enfrentamento da sociedade, em virtude da mudança de paradigmas durante a crise econômica causada pela pandemia do coronavírus SARS-CoV-2, decorrente de uma doença respiratória aguda, originada na China em meados de novembro de 2019, a COVID-19, que, distintamente de outras ondas de doenças que já acometeram a sociedade mundial, por ser altamente contagiosa, propagou-se de forma agressiva, espalhando-se rapidamente por todos os continentes, hospitalizando um número elevado de pessoas, levando a óbito suas vítimas, em progressões exponenciais.

Essa conjuntura levou os países a adotarem forçosamente, dentre outras tantas medidas, as de distanciamento, quarentena e isolamento

social, como alternativas para conter os avanços da doença, aliviando as pressões em seus sistemas de saúde, saturados em todo o mundo, o que contribuiu para a elevação do índice de letalidade e, dessa forma, buscando oportunizar mais chances de tratamento e sobrevivência às vítimas dessa tragédia.

Não foi diferente no Brasil. O avanço da doença no país expôs a fragilidade de seu sistema de saúde, com o enquadramento da situação em estado de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional, a partir de 3 de fevereiro de 2020 [1], restando franqueada, às autoridades competentes, com fulcro na Lei 13.979/20 [2], a adoção de uma série de medidas para minimizar os danos e a inevitável crise econômica que despontava.

Destarte, além das medidas de isolamento social, jamais vivenciadas pelas últimas gerações, providências como fechamento do comércio, escolas e *shopping centers* foram determinadas, gerando uma onda de desemprego em massa e uma crise econômica, social e política no país. Alguns setores, consequentemente, são forçados a paralisar totalmente as suas atividades, por total incompatibilidade com a nova realidade instaurada. Outros setores se reinventam, adaptando seu *modus operandi* e buscando alternativas para se manter no mercado, mesmo com as portas cerradas ao público.

Emerge desse panorama uma vultosa demanda de questionamentos e conflitos a serem respondidos e resolvidos pelo Direito, sobremaneira sob o ponto de vista econômico, com ênfase nas dificuldades por que passam

1. A Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional foi declarada pelo Ministério da Saúde através da Portaria n. 188, de 3 de fevereiro de 2020 (BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. **Portaria no 188, de 3 de fevereiro de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/prt188-20-ms.htm. Acesso em: 07 maio 2020). Antes disso, desde 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) já havia anunciado Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional. *Cf:* WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO Director-General's statement on IHR Emergency Committee on Novel Coronavirus (2019-nCoV)**. 2020. Disponível em: https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov). Acesso em: 07 maio 2020.

2. **BRASIL. Lei no 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm. Acesso em: 07 maio 2020.**

as empresas em suas relações comerciais no Brasil. Nessa toada, o objetivo deste trabalho é responder à seguinte problemática: quais as implicações da crise econômica, causada pela situação pandêmica em estudo, nos contratos de locação empresarial?

Sua relevância social, econômica e jurídica é pungente, sendo imprescindível a sua ampla discussão na Academia, merecendo, a temática das locações empresariais, abordagem e difusão por meio deste trabalho, em virtude da afetação e do impacto que sofrem, as relações comerciais, no atual cenário financeiro. Importante, ainda, analisar as principais nuances e aspectos do tratamento jurídico da matéria durante o período extraordinário, trazendo as peculiaridades afetas ao tema e sua incidência na revisão, suspensão e extinção do contrato de locação empresarial, nas diversas modalidades de negócios, buscando solucionar de forma isonômica estes conflitos que sistematicamente assoberbarão o Judiciário.

## 2. Da crise econômica causada por uma pandemia

Consoante esboçado nas linhas anteriores, a eclosão da pandemia do novo coronavírus gerou não somente uma crise sanitária de proporções mundiais [3], como igualmente uma avassaladora crise econômica peculiar e extraordinária, com níveis de recessão que, levando em conta seus particulares contextos, chegam a remeter aos da crise de 1929, mas com minúcias jamais presenciadas pelos olhos que a testemunham.

A parada do comércio e de diversos setores ao redor do globo apresenta determinante responsabilidade por esta conjuntura, ocasionando uma crise

3. Com alcance muito superior à primeira SARS de 2003, à MERS de 2012 e ao Ebola de 2014, quando levadas em conta as regiões alcançadas e a velocidade com que a doença se propagou. Para se ter ideia, a gripe espanhola de 1918, que fez dezenas de milhões de vítimas, levou de seis a nove meses para se propagar ao redor do mundo. A SARS-CoV-2 espalhou-se pelo mundo em apenas algumas semanas e, passados cerca de seis meses de seu surgimento, já contaminou mais de 5.614.000 pessoas e ocasionou cerca de 350.000 mortes em todo o mundo. Cf: OUR WORLD IN DATA. Statistics and Research: Coronavirus Pandemic (COVID-19). 2020. Disponível em: https://ourworldindata.org/coronavirus. Acesso em: 27 maio 2020.

financeira que se aproxima das de contexto de guerra, com a agravante de ter ocasionado, repise-se, um *lockdown* generalizado, paralisando as mais diversas atividades e setores da economia mundial.

Isso se deu pela já mencionada velocidade de propagação da doença, que se alastrou e rapidamente acometeu parcela considerável da população mundial. Com o fito de desacelerar uma tragédia mundial que em poucas semanas se mostrou inevitável, as autoridades de cada nação passaram a adotar medidas de contenção da propagação da doença, sempre direcionadas pela Organização Mundial da Saúde. Infelizmente, a situação fugiu ao controle humano e medidas mais drásticas logo passaram a ser recomendadas altivamente.

As autoridades sanitárias e políticas a nível municipal, estadual e federal, no Brasil e no mundo, determinam gradativamente, outrossim, a proibição de aglomerações e eventos, o sistema de rodízio de veículos, bem como o fechamento de escolas, *shopping centers*, academias, restaurantes e todo o comércio não essencial. Essa situação inédita desencadeia inexoravelmente o desemprego em massa e o encerramento das atividades de diversas empresas e microempresas, a despeito das sucessivas medidas provisórias, leis e decretos [4] para minimizar as consequências do cenário posto, muitas delas dilatórias e ainda não efetivadas.

Apesar dessas medidas, diga-se, alguns setores enfrentaram a inevitável paralisação de suas atividades, seja pela falta de estruturação para operar nas novas condições fáticas, pelas implacáveis dificuldades

4. Já há um número recorde de 45 medidas provisórias relacionadas ao combate à pandemia. Além das responsáveis pelo adiamento do pagamento de tributos e pelos créditos extraordinários, como a MP 924, outras, como a MP 927, apresentam medidas na esfera laboral para enfrentamento das crises geradas pelo COVID-19. Vejamos: "as MPs relacionadas à pandemia de coronavírus incluem a criação de programas para manutenção de empregos durante a crise, por meio de linhas de crédito para empresas (MP 944) e compartilhamento de encargos trabalhistas (MP 936); medidas para os setores de energia (MP 950), turismo e cultura (MP 948), portos (MP 945) e telecomunicações (MP 952); a liberação de recursos do FGTS (MP 946); a recomposição dos fundos de participação dos estados e dos municípios (MP 938); a simplificação de compras públicas (MP 951); e a facilitação de acesso ao crédito (MP 958)". *Cf:* AGÊNCIA SENADO. **Com coronavírus, abril bate recorde de medidas provisórias em 20 anos.** 30 abr. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/30/com-coronavirus-abril-bate-recorde-de-medidas-provisorias-em-20-anos. Acesso em: 08 maio 2020.

financeiras ou pela incompatibilidade de suas atividades com a corrente realidade, por serem prestadas presencialmente aos consumidores. É certo que alguns setores experimentaram um crescimento econômico em suas atividades, apesar de também terem que reorganizar o funcionamento de seus negócios, a exemplo dos supermercados, farmácias e, principalmente, dos aplicativos e serviços de *delivery*, uma forte tendência que se transformou em necessidade nesse período.

Destarte, alguns negócios e setores conseguem adaptar-se à nova realidade, reinventando-se e adequando a prestação de seus serviços, buscando ter um prejuízo menor em suas atividades e manter o seu negócio em funcionamento, honrando seus compromissos e mantendo os empregos que lhe são direta ou indiretamente dependentes, tarefa complexa e que exige uma alta capacidade de transformação e negociação.

Para melhor apreensão e valoração deste liame, é que elevamos o PL 1179/2020 e a discussão acerca da temática dos contratos de locação empresarial e como ficará o tratamento jurídico da matéria durante a pandemia, frente às dificuldades financeiras encontradas, com relevo para sua incidência na revisão, suspensão e extinção dos contratos de locação empresarial, nas diversas modalidades de negócios. É o que se dispõe a analisar nas seções seguintes.

## 3. Da revisão, suspensão e extinção dos contratos de locação empresarial

Dentre os tantos compromissos e responsabilidades que a empresa assume para se manter em funcionamento, como as responsabilidades assumidas perante os seus fornecedores e subordinados, estão os relacionados ao local físico de funcionamento do negócio. Com efeito,

em caso de locação empresarial, quando não se detém a propriedade dos imóveis em que os empreendimentos funcionam, soma-se o aluguel às despesas fixas da empresa, bem como todos os encargos decorrentes do contrato de locação empresarial.

*A priori*, importante destacar que a locação empresarial deve ter uma proteção diferenciada da locação residencial [5], devido à importância da localização do empresário para o exercício da atividade. É que apesar do direito fundamental à moradia e todos os seus desdobramentos, não há uma proteção a determinada moradia específica. De outro modo, entretanto, deve ser compreendida a locação empresarial, que diz respeito a um fundo de comércio, envolvendo um investimento para que determinada atividade econômica se desenvolva.

Esse investimento financeiro é necessário não só para o funcionamento, mas para o desempenho do negócio, criando toda uma estrutura mediante a adaptação e modificação do imóvel para as necessidades da atividade a que se propõe, o que inclui os investimentos em publicidade e propaganda e a identificação do cliente com o local físico do empreendimento.

Os contratos de locação, inclusive os de locação empresarial ou não residencial, bem como as cláusulas neles contidas, são regidos pela Lei do Inquilinato, a Lei 8.245/91, que estabelece ao locador e ao locatário uma série de direitos e deveres que devem ser observados na vigência do contrato celebrado. Em caso de descumprimento ao pactuado por uma das partes, esta deverá suportar as sanções previstas, a exemplo da Ação de Despejo.

A mencionada lei, em seu artigo 51, também protege a vinculação da clientela e dos investimentos injetados, peculiares ao contrato de locação empresarial, através do direito à renovação compulsória do contrato de

5. O projeto de lei 1179/20, no seu texto base, trazia um dispositivo sobre suspensão do aluguel residencial, mas o receio de uma moratória geral fez essa previsão, até então, ser suprimida no substitutivo.

locação ou direito de inerência ao ponto, tendo em vista que a sua alteração pode ocasionar a extinção do negócio, por se tratar de verdadeira referência acerca da atividade desenvolvida, identificando-se, não raras vezes, o local ou região, com a atividade que é ali desempenhada.

É sabido, ainda, que um dos novos paradigmas trazidos pelo Código Civil de 2002 é o paradigma da eticidade, da colaboração e da solidariedade contratual, acarretando consigo a noção de boa-fé [6] como norma de conduta que deve pastorar as partes. Segundo Cristiano Farias e Nelson Rosenvald:

> *A boa-fé objetiva materializa uma necessária compreensão ética das relações privadas. Aliás, já tivemos oportunidade de afirmar, com convicção, que a boa-fé objetiva significa a mais próxima tradução da confiança, que é o esteio de todas as formas de convivência em sociedade. A Lei Civil, inclusive, acolhe a boa-fé objetiva de forma expressa, como princípio fundamental das relações jurídicas privadas.* [7]

A Lei do Inquilinato possibilita a modificação de cláusulas consensualmente pelas partes (art. 18) e, em caso de divergência, faculta a solicitação de revisão do contrato perante o Judiciário (art. 19) [8], desde que respeitado o período de três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente firmado pelas partes, além da divergência do valor do aluguel praticado, almejando ajustá-lo ao preço de mercado. Desse modo, verifica-se que a legislação especial deixou de contemplar hipóteses extraordinárias a justificar a revisão contratual, a exemplo dos contratos com menos de três anos de vigência e os afetados pela teoria da imprevisão.

6. "Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

7. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** parte geral e LINDB, volume l, 13. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 71.

8. "Art. 18. É lícito às partes fixar, de comum acordo, novo valor para o aluguel, bem como inserir ou modificar cláusula de reajuste. Art. 19. Não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado".

Destarte, em privilégio ao princípio constitucional da função social dos contratos, é que se deve ponderar com o princípio da excepcionalidade da revisão contratual e da força obrigatória dos contratos, o *pacta sunt servanda*, para possibilitar também a revisão judicial, a suspensão com a dilação do pagamento dos alugueres ou até a rescisão dos contratos de locação empresarial, sem aplicação de multa, em virtude de hipóteses que se enquadrem à teoria da imprevisão, ou seja, em observância da cláusula *rebus sic stantibus* [9] .

> *[...] Os princípios vetores de uma ordem econômica sustentada e equilibrada, em que haja respeito ao direito do consumidor, ao meio ambiente e, como já observamos, à própria função social da propriedade, todos eles, reunidos e interligados, dão sustentação constitucional à função social do contrato.* [10]

A teoria encontra guarida no Código Civil, no art. 317 [11] , que permite a interpelação judicial na revisão contratual em decorrência da imprevisibilidade, da quebra do equilíbrio contratual, por desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, bem como no capítulo atinente à extinção dos contratos, na seção intitulada "da resolução por onerosidade excessiva". A seguir:

> Seção IV - Da Resolução por Onerosidade Excessiva
>
> *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.*

9. A expressão foi traduzida, na obra de Otavio Luis Rodrigues Junior, da seguinte forma: "Os contratos que têm trato sucessivo ou a termo ficam subordinados, a todo tempo, ao mesmo estado de subsistência das coisas". *Cf:* RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luis. **Revisão judicial dos contratos:** Autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 35-37.

10. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 433.

11. "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. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.*

> *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.*

Partindo dessas disposições legais, que devem ser interpretadas sistematicamente com o diploma especial (Lei 8.245/91), demonstra-se que a legislação pátria promove, preferencialmente, a manutenção das relações comerciais, ao seu desfazimento, possibilitando a revisão dos contratos, desde que atendidas determinadas exigências, sobremaneira no âmbito judicial.

Nesse sentido, Flávio Tartuce sintetiza os seguintes requisitos autorizadores da revisão dos contratos pelo Judiciário: ser o contrato bilateral ou sinalagmático; oneroso; comutativo; de execução diferida ou de trato sucessivo; presença de onerosidade excessiva; motivo extraordinário ou imprevisível [12]. A hipótese das locações empresariais e a pandemia do coronavírus amolda-se a esses requisitos e, destarte, possibilita que seus contratos sejam revisitados, revisando-se os valores, prazos, obrigações e multas, objetivando reestabelecer o equilíbrio econômico prejudicado pela pandemia.

Por todo o exposto, cumpre salientar que, preferencialmente, revisar-se-á o contrato, promovendo-se a conservação contratual, autorizando-se, apenas excepcionalmente a sua extinção, ou seja, frustrada a revisão e desde que cumpridos os requisitos já mencionados.

12. TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil:** volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. p. 605-608.

## 4. Do tratamento jurídico da matéria em virtude da pandemia

O questionamento que abrolha deste cenário é acerca do tratamento jurídico direcionado às relações contratuais de locação empresarial enquanto perdurar a pandemia e seus efeitos, para os casos em que o funcionamento da atividade restar absolutamente estagnado ou prejudicado neste período.

*A priori*, não restam dúvidas de que ao locatário incumbem as despesas pactuadas, mas seria possível eventualmente a renegociação, redução, ou até uma temporária suspensão destes pagamentos, durante o período de dificuldade financeira por congelamento de sua produtividade, enquanto perdurarem os efeitos da pandemia?

A resposta deve ser positiva, mas com ressalvas, a partir da análise cautelosa do caso concreto e com esteio na lei, para se rechaçar o oportunismo de devedores que desejam desvencilhar-se de obrigações que estão dentro de suas possibilidades de cumprimento.

É que não há como se desamparar a atividade econômica, os investimentos do locatário, os empregos gerados e a riqueza produzida e distribuída, até mesmo a arrecadação tributária, mas se deve, de igual modo, observar o grau de impacto sofrido por cada parte envolvida, o que fora pactuado contratualmente e suas implicações em caso de inadimplemento obrigacional, por circunstâncias imprevisíveis e inevitáveis, analisando-se como essas nuances refletiram no equilíbrio contratual.

Ademais, a negociação tem um papel crucial ao evitar que o Judiciário seja inundado com este tipo de demanda, cabendo aos empresários, antes de ingressarem com uma demanda contenciosa, galgarem administrativamente uma negociação de redução temporária do valor pago, ou de suspensão do contrato enquanto a empresa estiver impossibilitada de voltar às suas atividades regulares, por exemplo. Tudo instruído com documentação

comprobatória das relevantes perdas e seus impactos, para enquanto tomam fôlego e se recuperam desta situação (inclusive literalmente, para os que forem acometidos por essa doença).

É certo que relativizar a possibilidade de revisão, suspensão e extinção contratuais, justificando genericamente no fortuito da impossibilidade de cumprimento em virtude de pandemia e queda de faturamento, é condenar toda relação contratual desta natureza ao terreno da insegurança jurídica [13]. Desse modo, é preciso cautela na análise fática individualizada, o que demandará a sensibilidade do Judiciário na ponderação dos interesses envolvidos e, se possível, na sua harmonização, identificando a natureza do contrato e se este foi afetado por atos governamentais e em qual extensão. Para tanto, alguns marcos teóricos devem ser estabelecidos e algumas ressalvas merecem ser a seguir comentadas.

A temática foi contemplada no projeto de lei 1179/2020, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Apresentado pelo Senador Antônio Augusto Junho Anastasia, o texto base foi aprovado já com algumas emendas na temática das locações e seguiu para a Câmara dos Deputados.

Este regime é estabelecido com validade para o enfrentamento deste momento pandêmico, de total paralisação da economia, buscando estabelecer marcos temporais a serem aplicados pelo Judiciário, variáveis a depender da situação do local e do setor comercial envolvido, uma vez que os impactos nos setores e a paralisação foi gradual e distinta nas cidades e estados brasileiros. O projeto considerou, ainda, o dia 20 de março de

13. Nesse sentido, vide importante artigo do professor Salomão Resedá. Para o autor, os reflexos econômicos da pandemia podem ser resumidos em: "a) aqueles contratantes que não possuem mais condições de arcar com o quanto acordado; b) aqueles que possuem viabilidade para cumprir o quanto acordado, porém preferem manter reserva para um futuro incerto; c) os que detém plena capacidade de adimplemento" e "apenas aqueles primeiros podem ser alcançados pelo real contorno do caso fortuito e da força maior". *Cf:* RESEDÁ, Salomão. **Todos querem apertar o botão vermelho do art. 393 do Código Civil para se ejetar do contrato em razão da COVID19, mas a pergunta que se faz é:** todos possuem esse direito?. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/7B7ADCA7997A49_salomao.pdf. Acesso em: 13 maio 2020, p. 10.

2020 [14] como termo inicial dos eventos derivados da pandemia, por ser a data de reconhecimento da ocorrência do estado de calamidade pública, através do Decreto Legislativo nº 6.

Bem assim, os arts. 6o e 7o do substitutivo [15] reconhecem o enquadramento dos efeitos derivados da pandemia na conceituação de caso fortuito ou de força maior, a serem aplicados nas relações comerciais afetadas, desde que não seja alegado para relações obrigacionais vencidas antes do mencionado marco temporal inicial. Nesse ínterim, deve-se levar em conta também se houve convenção no sentido de uma das partes ter assumido o risco por eventual caso fortuito ou força maior, o que seria impeditivo para se invocar a modificação dos termos contratuais alegando a imprevisão, consoante art. 393, *caput*, do Código Civil [16].

Como medida de cautela aos excessos, os dispositivos descartam, ainda, o aumento da inflação, a variação cambial, bem como a desvalorização ou a substituição do padrão monetário, como fatos imprevisíveis que impliquem na resolução de contratos por onerosidade excessiva ou por desproporcionalidade entre o valor da prestação devida e o momento de sua execução. Ocorre que essa proposição pode acabar limitando os efeitos da revisão contratual e a aplicabilidade da teoria da imprevisão, uma vez que, certamente, estes fatores serão afetados pela ululante recessão mundial.

14. Ressalte-se que esta data deve ser interpretada como um norte, não consistindo em vinculativo absoluto para o juiz. A situação fática fará flexibilizar esta data, uma vez que a situação e as paralisações ocorreram e se desenvolveram de forma diferenciada nas cidades e estados, conforme já ressalvado.

15. "DA RESILIÇÃO, RESOLUÇÃO E REVISÃO DOS CONTRATOS: Art. 6o: As consequências decorrentes da pandemia do coronavírus (Covid-19) nas execuções dos contratos, incluídas as previstas no art. 393 do Código Civil, não terão efeitos jurídicos retroativos. Art. 7o: Não se consideram fatos imprevisíveis, para os fins exclusivos dos art. 478, 479 e 480 do Código Civil, o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou substituição do padrão monetário. §1° As regras sobre revisão contratual previstas no Código de Defesa do Consumidor e na Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991 não se sujeitam ao disposto no caput deste artigo. § 2° Para os fins desta Lei, as normas de proteção ao consumidor não se aplicam às relações contratuais subordinadas ao Código Civil, incluindo aquelas estabelecidas exclusivamente entre empresas ou empresários". CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 1179/2020.** Inteiro teor. 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1880267&filename=PL+1179/2020. Acesso em: 12 maio 2020.

16. "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." (grifos nossos).

Caso o projeto vire lei, o art. 9o do substitutivo [17] trará uma importante suspensão para o período, referente ao art. 59 da Lei de Locações, que trata da liminar em ação de despejo. O dispositivo determina que não se concederá liminar para a desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo, até 30 de outubro de 2020, especificando quais tipos de liminar previstas na Lei de Locações estão suspensas.

Se, por um lado, estabelecer-se-á um parâmetro temporal que leva em conta que a atividade econômica precisará de um tempo para se reestruturar e restabelecer após o retorno das atividades [18] , por outro evitar-se-á o oportunismo jurídico, ao limitar a suspensão, para ser aplicável apenas às ações de despejo propostas após o dia 20 de março de 2020.

A Lei de Locações estabelece, ainda, as situações de retomada do imóvel, a exemplo de quando a locação se encerra ou quando o locatário precisa reaver o imóvel para uso próprio ou para sua residência, situação que fora contemplada no texto original do projeto de lei 1179/20, através do § 2° do art. 9o. Apesar da previsão ter sido provisoriamente suprimida no substitutivo, é preciso interpretar o projeto de lei de acordo com o sistema das locações comerciais, ou seja, por estar-se diante do direito de propriedade, não há como se negar a sua garantia, sendo razoável aplicar as hipóteses de retomada dos imóveis previstas na Lei 8.245/91.

No mais, deve-se analisar a situação apresentada, pois a depender da natureza da atividade econômica e de como ela restou afetada pelas condições pandêmicas e seus efeitos, modular-se-ão as soluções jurídicas

17. "DAS LOCAÇÕES DE IMÓVEIS URBANOS: Art. 9º: Não se concederá liminar para desocupação de imóvel urbano nas ações de despejo, a que se refere o art. 59, § 1°, incisos I, II, V, VII, VIII e IX, da Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, até 30 de outubro de 2020. Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se apenas às ações ajuizadas a partir de 20 de março de 2020". CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 1179/2020.** Inteiro teor. 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1880267&filename=PL+1179/2020. Acesso em: 12 maio 2020.

18. Outros países estabeleceram parâmetros bem mais elásticos para essa recuperação, a exemplo da Alemanha, que suspendeu o despejo até junho de 2022. *Cf:* FRITZ, Karina Nunes. **Alemanha aprova pacote de mudanças legislativas contra a crise do coronavírus.** 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/322781/alemanha-aprova-pacote-de-mudancas-legislativas-contra-a-crise-do-coronavirus. Acesso em: 11 maio 2020.

relativas aos ônus e implicações decorrentes da revisão, suspensão ou rescisão contratual, conforme exemplificaremos em seguida.

## 5. Contratos de locação empresarial e natureza da atividade econômica

Conforme já delineado nos tópicos alhures, a fundamentação das decisões judiciais deverá levar em consideração as peculiaridades do caso concreto afetas ao nível de impacto absorvido pela atividade comercial do locatário, as quais serão determinantes na análise do cabimento de revisão, suspensão ou resolução contratuais.

Para contextualizar, destacamos os contratos de locação denominados *built to suit*, que são espécies de locação empresarial em que o locador realiza um investimento para reformar o imóvel, condicional ao aluguel para específico locatário, que demanda uma estrutura peculiar para o funcionamento de sua atividade. Ou seja, ele constrói e adequa o seu imóvel para comportar o modelo de negócio do seu locatário, estabelecendo-se uma remuneração por esta construção.

Desse modo, nesta modalidade contratual, uma eventual revisão para reduzir o valor do aluguel deverá encontrar uma limitação, não podendo dizer respeito a uma diminuição substancial, tal qual seria aplicada para um contrato de locação empresarial padrão. Além disso, o art. 54-A, § 1o, da Lei 8.245/91 [19] , dispõe que poderá ser convencionada a renúncia ao direito de revisão do valor dos alugueres durante o prazo de vigência do contrato de locação nesta modalidade.

19. "Art. 54-A. Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei. § 1o Poderá ser convencionada a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação. § 2o Em caso de denúncia antecipada do vínculo locatício pelo locatário, compromete-se este a cumprir a multa convencionada, que não excederá, porém, a soma dos valores dos aluguéis a receber até o termo final da locação. [...]".

Tampouco, uma rescisão neste momento pode deixar de comtemplar a multa contratualmente prevista pela despesa encomendada, ainda mais levando-se em conta que esses contratos geralmente são de longo prazo, feitos para perdurarem por muitos anos, o que faz valer as reformas. Não se pode, portanto, comprometer a remuneração do locador pelo investimento extra, sendo necessário salvaguardar a parcela de pagamento referente à remuneração pelas benfeitorias realizadas pelo locador a pedido do locatário.

Outro exemplo de atividade comercial que implica em peculiaridades no contrato de locação são as lojas em *shopping centers*, também muito impactadas pela pandemia de Covid-19, que acabou implicando o fechamento dos *shopping centers* no Brasil e no mundo. Esses contratos de locação geralmente preveem, por exemplo, um aluguel com acréscimo em percentual de faturamento, além de despesas com publicidade (FPP – fundo de promoção e propaganda) e condomínio.

Mais que isso, chegam a prever aluguel com valor diferenciado para períodos do ano de elevado consumo. Outra peculiaridade, é que a Lei 8.245/91 estabelece que o contrato de locação empresarial entre logistas e empreendedores de *shopping centers* pode ser livremente pactuado pelas partes [20], devendo-se verificar a existência de cláusula de assunção de risco por eventual caso fortuito ou força maior, a impedir a alegação de repactuação em decorrência da crise econômica, pela parte que por ela se comprometeu.

De acordo com o art. 22 da Lei do Inquilinato, ainda, o locador detém a obrigação de garantir, enquanto perdurar a locação, o uso pacífico do imóvel locado. Ora, se o locatário está impossibilitado de utilizar o imóvel locado, por determinação estatal, não poderia ele se

20. "Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de *shopping center*, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei.[...]".

eximir de cumprir com o pagamento do aluguel pactuado, suspendendo ou rescindindo o contrato?

A resposta será diferente, a depender do grau de prejuízo que a atividade sofreu. Os supermercados e farmácias, por exemplo, continuam funcionando, com aumento de seus faturamentos, diga-se de passagem, mantendo-se, *a priori*, a obrigação do adimplemento da parcela integral do aluguel, a não ser que se comprove uma afetação importante nas vendas, por conta do esvaziamento do *shopping*. Já para as lojas em que o funcionamento foi inviabilizado, caberia uma revisão do valor do aluguel ou a suspensão/prorrogação dos prazos para sua quitação.

Outras atividades, ainda, sofreram restrição operacional decorrente de recomendações governamentais, é o caso dos prédios comerciais. As clínicas de fisioterapia, nutrição, psicologia e os consultórios médicos e odontológicos, tiveram que restringir os atendimentos eletivos e, em alguns casos, limitar o atendimento para alcançar apenas urgências e emergências. Profissionais da saúde e escritórios de advocacia, passaram a trabalhar através de consultas telepresenciais, como alternativa para conter os prejuízos financeiros. Nesses casos, poderiam também pleitear uma revisão contratual, desde que comprovada a queda do faturamento e o liame com a crise econômica.

Por fim, ilustramos a situação das lojas de rua: em alguns municípios, o comércio foi totalmente fechado; em outros, setores estratégicos foram impedidos de funcionar, ruas de maior circulação de pessoas, a título de exemplo. Nesses casos, também caberia a revisão contratual da locação do setor não essencial impedido de funcionar, sempre instruída com a documentação comprobatória do nexo de causalidade entre o evento alegado e a queda do faturamento.

## 6. Conclusão

Não há dúvidas quanto à importância do estudo da temática das locações empresariais no contexto da crise econômica instaurada pelo novo coronavírus e suas implicações jurídicas às diversas espécies de negócios. A partir do entendimento de como a questão deve ser interpretada e solucionada, no que tange à revisão, suspensão e extinção dos contratos de locação comercial, enquanto perdurarem os efeitos da crise econômica, reconhecer-se-á a sua seriedade, a partir da assimilação da relevância que o assunto detém no desenvolvimento das relações comerciais no período.

O Judiciário, que já se encontra sobrecarregado, assume papel crucial nessa empreitada, pois, inevitavelmente, enfrentará e terá de lidar com as pressões de absorver uma demanda considerável de processos referentes às mais diversas nuances, decorrentes dos aspectos afetados por esta pandemia, sobretudo do ponto de vista econômico.

A pandemia e seus efeitos devem ser interpretados como eventos imprevistos e imprevisíveis que impactam as relações privadas, a exemplo dos contratos de locação comercial, por elevarem os custos envolvidos e gerarem o desequilíbrio das prestações obrigacionais que foram originariamente pactuadas, o que sobrecarrega e pode, por vezes, inviabilizar a continuidade do contrato nos termos inicialmente firmados.

Nessa conjuntura, deve-se utilizar das ferramentas disponíveis no nosso ordenamento jurídico e jurisprudência, a exemplo da PL 1179/20, vinda em boa hora, de forma que, acaso vire lei, ofertará segurança jurídica às decisões judiciais do período, ao estabelecer uma diretriz isonômica, estável e parametrizada, adaptando o sistema ao contexto da pandemia e dando consistência à fundamentação das decisões judiciais.

É preciso elevar a importância que a capacidade de negociar e se adequar representa nesse contexto de paralisação da atividade econômica, evitando-se o desgaste de uma demanda judicial, ao se buscar consensualmente a resposta que pode significar a sobrevivência de um negócio à essa turbulenta tempestade macroeconômica.

Com efeito, se ao locatário incumbe honrar com as obrigações contratuais a que se comprometeu, também lhe cabe lutar para manter sua empresa e seus colaboradores, seja rediscutindo ou negociando a suspensão do débito por tempo razoável, ou até ofertando outra garantia para não perder o seu local físico de funcionamento.

Nem todo empresário possui recursos suficientes (ou capacidade de endividamento) para honrar seus inúmeros compromissos e atravessar a obscura crise que os surpreendeu. Importante lembrar que alguns tiveram a receita zerada em questão de dias, sem qualquer tempo para preparação ou planejamento. Afinal, mesmo com os incentivos governamentais e a dilação no pagamento dos tributos e demais obrigações, estes ainda serão mantidos e terão de ser honrados, mesmo que *a posteriori*.

Por isso, uma negociação da locação é muito importante, para que se tenha um índice menor de indivíduos batendo à porta do Judiciário e, assim, preservando as relações estabelecidas. É imprescindível espírito colaborativo para manter a nossa estrutura jurídica (e judiciária) saudável, sobrepondo a negociação ao mero estabelecimento de parâmetros objetivos engessados. Assim sendo, é preciso harmonizar os direitos envolvidos, com a mitigação dos ganhos e a diluição de parte dos prejuízos, por todos os interessados na continuidade da relação comercial.

## 7. Referências

AGÊNCIA SENADO. **Com coronavírus, abril bate recorde de medidas provisórias em 20 anos.** 30 abr. 2020. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/30/com-coronavirus-abril-bate-recorde-de-medidas-provisorias-em-20-anos. Acesso em: 08 maio 2020.

BRASIL. **Lei no 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm. Acesso em: 07 maio 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. **Portaria no 188, de 3 de fevereiro de 2020.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/prt188-20-ms.htm. Acesso em: 07 maio 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 1179/2020.** Inteiro teor. 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_ mostrarintegra? codteor= 1880267 & filename=PL+1179/2020. Acesso em: 12 maio 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** parte geral e LINDB, volume l, 13. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

FRITZ, Karina Nunes. **Alemanha aprova pacote de mudanças legislativas contra a crise do coronavírus.** 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/322781/alemanha-aprova-pacote-de-mudancas-legislativas-contra-a-crise-do-coronavirus. Acesso em: 11 maio 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

OUR WORLD IN DATA. **Statistics and Research:** Coronavirus Pandemic (COVID-19). 2020. Disponível em: https://ourworldindata.org/coronavirus. Acesso em: 27 maio 2020.

RESEDÁ, Salomão. **Todos querem apertar o botão vermelho do art. 393 do Código Civil para se ejetar do contrato em razão da COVID19, mas a pergunta que se faz é:** todos possuem esse direito?. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/7B7ADCA7997A49_salomao.pdf. Acesso em: 13 maio 2020.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luis. **Revisão judicial dos contratos:** Autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil:** volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO Director-General's statement on IHR Emergency Committee on Novel Coronavirus (2019-nCoV).** 2020. Disponível em: https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov). Acesso em: 07 maio 2020.

# 17

# Insegurança Jurídica: A Peste do Brasil

JOSÉ HORÁCIO HALFELD REZENDE RIBEIRO

*"Quem mata o tempo não é um assassino. É um suicida."*

(Millôr Fernandes)

*SUMÁRIO: 1. Nada é novo; 2. O desafio da segurança jurídica; 3. Segurança ou insegurança jurídica?; 4. A difícil tarefa de vincular; 5. "Pratrasmente" [1] : uma brevíssima reflexão sobre a modulação dos efeitos.*

## 1. Nada é novo

Foi-se o tempo que o Poder Judiciário aplicava o direito distante dos efeitos provocados na sociedade.

A sociedade moderna, assim entendida como o grande eco criado com a liberdade de expressão aliada à tecnologia, revela-nos, de forma impactante, as consequências das decisões do Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal.

A afirmação acima é a premissa do nosso raciocínio para o problema da insegurança jurídica que nos retarda o progresso. A velocidade e

1. Referência à expressão criada pelo folclórico personagem Odorico Paraguaçu do autor Dias Gomes.

solidez de investimentos nacionais e estrangeiros, sem caráter meramente especulativo, são prejudicados diuturnamente pela insegurança jurídica e tiveram uma percepção reconhecida pela primeira vez, somente com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, em 30 de dezembro de 2004.

Não deixa de ser revelador o fato de que a Constituição Federal de 1988 não fez uma menção sequer ao tema da segurança jurídica. Talvez isso possa ser explicado pelo fato de que não há dúvida de que a nossa Constituição é resultado do momento histórico no qual se buscava a liberdade. A instituição do Estado Democrático de Direito era a prioridade com o extenso rol de direitos e garantias fundamentais.

E nessa esteira, que posteriormente, é promulgada a Emenda Constitucional nº 45, em 30 de dezembro de 2004 que estabelece dois marcos fundamentais, quais sejam, o tempo do processo e a segurança jurídica.

O inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal passa ter a seguinte redação: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a **razoável duração do processo** e os **meios que garantam a celeridade de sua tramitação**." (**grifos nossos**)

Porém, nada é novo.

Sobre o tempo do processo a doutrina derramou tintas sem fim, sob o ensinamento há muito pontificado por Ruy Barbosa, em sua Oração aos Moços: "Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade."

Reconhecido o problema, e conferida à duração razoável do processo o *status* de direito e garantia fundamental, como garantir os meios adequados para a celeridade dos processos?

Pela mesma Emenda Constitucional nº 45, ao art. 103 da Constituição Federal foi acrescentado o art. 103-A, com a seguinte redação:

> *"Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.*
>
> *§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.*
>
> *§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.*
>
> *§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso." (grifos nossos)*

Ainda, a Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu a necessidade de que fosse demonstrada a repercussão geral da questão constitucional trazida nos recursos extraordinários, o que posteriormente foi regulamentado no Código de Processo Civil e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. CF/88, artigo 102, § 3º, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/04. CPC, artigos 1.035 e 1.036, acrescido pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. RISTF, Artigo nº 13, com a redação das Emendas Regimentais nº 24/2008, nº 29/2009 e nº 41/2010, Artigos nº 21, 340 e 341, com a redação das Emendas Regimentais nº 41/2010 e 42/2010, Artigos nº 38, 57, 59, 60, 67, 78,

323-A e 325-A, com a redação da Emenda Regimental nº 42/2010, Artigos nºs 322-A e 328, com a redação da Emenda Regimental nº 21/2007, Artigo nº 324, com a redação das Emendas Regimentais nº 31/2009, nº 41/2010, nº 47/2012 e nº 49/2014, Artigo nº 328-A, com a redação da Emenda Regimental nº 23/08 e da Emenda Regimental nº 27/2008.

Ressalta-se a finalidade de uniformização da interpretação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, sem a exigência de julgamento de múltiplos casos idênticos sobre a mesma questão constitucional.

Contudo, tal procedimento lançou um enorme desafio ao Supremo Tribunal Federal, criando gargalos que suspendem a tramitação de milhares de processos nas instâncias inferiores.

De qualquer sorte, iniciando o movimento para atendimento da alta demanda pela prestação jurisdicional, a Constituição Federal passou a garantir a possibilidade que reiteradas decisões sobre matéria constitucional possam gerar súmulas vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, sendo um dos meios para garantir a duração razoável do processo, mas sem perder de vista a segurança jurídica.

## 2. O desafio da segurança jurídica

A complexa imbricação entre as relações de direito nacional, internacional e supranacional, sendo exemplo o Mercado Comum Europeu [2], cada qual com o seu sistema jurídico próprio, remete-nos a um

2. GRECO, Marco Aurelio. (*Internet e direito*, 2. ed. rev. e aum., São Paulo, Dialética, 2000, p. 13) observa: "Isto é particularmente nítido quando se examinam os movimentos regionalistas especialmente na Europa, como, por exemplo, o da Liga Lombarda, na Itália o que está ocorrendo com os bascos na Espanha, o caso na Irlanda do Norte ou, mais amplamente, o fracionamento ocorrido com a União Soviética que se desmembrou em vários Países ou, mais tristemente, o sucedido com a antiga Iugoslávia. Em todos estes exemplos, o conceito comum que os acompanha é o conceito de distanciamento de um mito universalista para a ampliação de um 'realismo local'. *Quarta* – Esta é a tendência de união de complementaridades. Na medida em que as individualidades são acentuadas, elas se apresentam insuficientes para enfrentar a complexidade do contexto mundial. Daí a tendência à aproximação integrando realidades distintas mas complementares. Isto fez com que surgissem as figuras da Comunidade Européia, do Mercosul, da Nafta etc., retratando a busca de sintonia da complexidade dentro da unidade, com todas as dificuldades que isto implica."

novo paradigma normativo que guarde correspondência com a realidade e possa absorver todas as alterações que sobrevierem.

Assim, a ciência tem sofrido com a velocidade e complexidade dos novos problemas, o que é manifesto reflexo do fato social, levando-nos a refletir de forma crítica sobre a adequação de métodos e princípios, revelando uma crise do direito pela perda de certeza e segurança. [3]

Daí a relevância da adoção de modelos jurídicos que possam atender a demanda da realidade cada vez mais exigente e intensa.

Mario Losano observa que a pirâmide tornou-se um vocábulo corrente do jurista, destacando que o sistema de Hans Kelsen é prático, porque facilita o entendimento do direito, e tem uma função psicológica ao transmitir a certeza de que o direito está completo e ordenado. [4]

Contudo, adeptos que somos da teoria tridimensional do direito, entendemos que a pirâmide de Kelsen não contempla a dinâmica da experiência jurídica [5] , sendo certo que a teoria tridimensional de Miguel Reale contempla exatamente essa realidade. Miguel Reale ao inserir o valor como um elemento fundamental, ao lado do fato e da norma, permite ao intérprete e ao aplicador do direito apresentar sua solução evitando um descompasso entre as funções do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) no exercício das suas competências, que muitas vezes pode resultar numa invasão.

---

3. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. (Historicidade e racionalidade na construção do direito brasileiro, *O direito civil no século XXI* (coord. Maria Helena Diniz e Roberto Senise Lisboa), São Paulo, Saraiva, 2003, p. 167-68) pondera: "Na história das ciências momento há em que, chegando a certo grau de maturidade, surge a necessidade de uma reflexão crítica sobre seus resultados particulares, estudando-se a formação do seu patrimônio teórico, a determinação do seu método e os princípios sobre os quais elas se desenvolvem. A ciência jurídica não foge a isso. Pelo contrário. Enfrentando novos problemas, decorrentes da inadequação ou até insuficiência dos modelos jurídicos da modernidade, o direito está em crise, sendo um dos seus mais evidentes sintomas a perda crescente da certeza e da segurança, valores históricos fundamentais da ordem jurídica."

4. Vide: LOSANO, Mario G. Modelos teóricos, inclusive na prática: da pirâmide à rede. Novos paradigmas nas relações entre direitos nacionais e normativas supraestatais (trad. Marcela Varejão), *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo,* n. 16, jul-dez. 2005, p. 269.

5. Vide: REALE, Miguel. *O direito como experiência : introdução à epistemologia jurídica*, 2. ed., 3. tir., São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 165-66.

Assim, é intuitivo identificar um modelo jurídico de rede no lugar da pirâmide, porque se apresenta muito mais flexível, e permite solucionar as intrincadas, e cada vez mais constantes, questões que ultrapassam os limites territoriais [6], quer seja pela globalização [7], quer seja pela tecnologia, buscando o máximo de segurança jurídica possível sem olvidar do princípio da legalidade que sustenta o Estado Democrático de Direito.

Cada vez mais, normas supranacionais adotadas em Declarações Universais ou por blocos de países, recepcionadas ou não pelos ordenamentos jurídicos nacionais, colocarão em xeque o comando de uma Constituição ou de uma norma especializada.

São os olhos de uma Justiça para o mundo e não somente para um país.

No Brasil, o nosso desafio é ainda maior porque se multiplicam diariamente as controvérsias entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, movimentados por uma gigantesca burocracia e a busca por direitos vinculados à natureza salarial ou indenizatória.

O caráter alimentar buscado pela força, no Poder Judiciário, é um dos sintomas dos males sofridos por uma sociedade dependente do Poder Público e que acentua cada vez mais suas desigualdades.

Para tanto, a Emenda Constitucional nº 45 conferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para aprovar súmulas que terão por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas,

6. Confira: ZITTRAIN, Jonathan. *Be careful what you ask for: reconciling a global internet and a local law*, Harvard Law School, research paper n. 60, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=395300> Acesso em: 11 mar. 2006.

7. Conforme observa José Joaquim Gomes Canotilho (*Direito constitucional*, 5. ed. totalmente refundida e aum., Coimbra, Livraria Almedina, 1991, p. 17): "O problema hoje, é o de saber se o *processo de institucionalização da modernidade* sucessivamente desenvolvido – *Estado Nacional – Estado de direito – Estado democrático – Estado social* – não teria chegado ao fim. Deixaremos de lado, e por agora, as querelas relacionadas com o 'Estado-providência' e concentremo-nos em mais um mote da pós-modernidade político-constitucional – *a perda do lugar e da inércia geográfica e territorial* (B. Guggenberg). Assim, os fenómenos da *globalização,* com os inerentes problemas de interdependência e modificações nas formas de direcção e controlo dos regimes e sistemas políticos, levam necessariamente à questão de saber como se devem estruturar deveres e obrigações para lá dos 'confins do Estado territorial' (S. Hoffman alude aqui, de forma sugestiva, a *'Duties beyond Borders'*). Como se poderão regular deveres e obrigações na 'ausência' de um centro político estadual?"

acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

## 3. Segurança ou insegurança jurídica?

Além de ser revelador o fato de que a Constituição Federal de 1988 não tenha feito, originalmente, nenhuma menção sequer ao tema da segurança jurídica, é, por demais, sintomático que tenha denominado o fenômeno como sendo insegurança jurídica na introdução do art. 103-A.

E mais, adjetivou como sendo grave a insegurança jurídica.

Reconhecer o problema é o primeiro passo para iniciar a construção de uma solução.

E à doutrina, cabe a missão de orientar com balizas teóricas consistentes como avançar na solução, apontando os erros e equívocos.

O reconhecimento do fenômeno da insegurança jurídica na Constituição Federal é mais grave do que o adjetivo que lhe foi conferido.

É grave porque não trata o tema como sendo uma promoção da segurança jurídica, como o faz com todos os direitos e garantias fundamentais.

A título de exemplo, não exaustivo, destaca-se que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição" (CF, art. 5º, I), ou seja, não se enunciou como homens e mulheres como desiguais. Destaca-se que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato" (CF, art. 5º, IV), ou seja, não se enunciou como sendo proibida a censura.

Ressalte-se, ainda que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata", como expressamente prevê o §1º do art. 5º da Constituição Federal, o que demonstra que a proposição adequada seria enunciar a promoção da segurança jurídica.

Nada obstante, a doutrina consolidou a segurança jurídica como um princípio, reconhecendo o seu *status* de direito e garantia constitucional, como nos ensina José Afonso da Silva: "a segurança jurídica consiste no 'conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida'. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída [8] "

A intepretação autorizada de José Afonso da Silva também tem suporte no §2º do art. 5º da Constituição Federal reconhecedor que "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

## 4. A difícil tarefa de vincular

A Emenda Constitucional nº 45, veio acompanhada da Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que regulamentou o art. 103-A da Constituição Federal e alterou a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

8. SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 133.

Porém, a tarefa de vincular é desafiada pela abundante produção de normas no Brasil.

Estudo recente, publicado em 15/10/2018 pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, registra que desde a Constituição Federal de 1988 foram editadas 5.876.143 (cinco milhões, oitocentos e setenta e seis mil, cento e quarenta e três) normas, o que representa em média que são editadas 774 normas por dia útil, em todas as esferas federais, estaduais e municipais. [9]

E um dado, ainda mais impactante, segundo o estudo, somente 4,13% das normas editadas no período não sofreram nenhuma alteração.

Logo, não é difícil concluir que a quantidade de normas editadas, bem como a sua constante mudança, resulta num potencial aumento dos processos administrativos e judiciais, provocando, como consequência, a insegurança jurídica.

Esse cenário impôs uma tarefa de gestão ao Poder Judiciário, por intermédio do Conselho Nacional de Justiça determinou a criação do Núcleo de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos (Nurer), no âmbito dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Tribunais Regionais Federais, com a finalidade de auxiliar na identificação de recursos representativos da controvérsia, o acompanhamento dos recursos paradigmas e o encaminhamento de relatório ao Supremo Tribunal Federal, ao Conselho Nacional de Justiça e ao Superior Tribunal de Justiça, trimestralmente, com dados referentes aos processos sobrestados que aguardam julgamento do mérito dos temas da repercussão geral e dos recursos repetitivos.

9. https://migalhas.com.br/arquivos/2019/10/art20191025-11.pdf

Tal providência resultou na criação do Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios, do Conselho Nacional de Justiça, a partir das informações fornecidas por cada Tribunal.

O cenário foi reforçado pelo Código de Processo Civil, editado em 2015, com as regras sobre demandas repetitivas e formação de precedentes judiciais.

Um movimento em direção da criação cada vez maior de precedentes obrigatórios decorrentes de repetição de ações judiciais, possibilitando decisões proferidas de forma concentrada para os casos repetitivos.

Portanto, muito além das súmulas vinculantes, o sistema tem, à sua disposição, a repercussão geral, recursos especiais ou de revista repetitivos, incidentes de resolução de demandas repetitivas e incidentes de assunção de competência.

Contudo, como destacamos acima, todos esses instrumentos lançaram um enorme desafio ao Supremo Tribunal Federal, criando gargalos que suspendem a tramitação de milhares de processos nas instâncias inferiores.

Basta citar que o Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios, do Conselho Nacional de Justiça, atualmente registra que 986.754 ações em tramitação nos órgãos do Poder Judiciário com movimentação suspensa em virtude de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Segundo o banco de dados, a maior parte das ações corresponde a demandas que questionam planos econômicos, desaposentação, correção monetária e fornecimento obrigatório de medicamentos pelo Estado.

O Supremo Tribunal Federal, com quase 40 mil ações em tramitação, tem enorme dificuldade de julgar os processos com repercussão geral

reconhecida, além de analisar os mais de 300 temas de repercussão geral pendentes.

## 5. "Pratrasmente" [10]: uma brevíssima reflexão sobre a modulação dos efeitos

Como se não bastasse toda a dificuldade acima exposta, ainda há uma variável imposta às súmulas vinculantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Ou seja, elas podem não ter eficácia temporal absoluta.

A competência conferida pela Constituição Federal ao Supremo Tribunal Federal para aprovar súmulas foi regulamentada pela Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, com a fixação de prazos e procedimentos, com destaque para o art. 4º que previu: "A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, **poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento**, tendo em vista **razões de segurança jurídica** ou de **excepcional interesse público**." (**grifos nossos**)

A modulação dos efeitos já era prevista no art. 27 da Lei 9.868/99, ao tratar do controle de constitucionalidade: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista **razões de segurança jurídica** ou de **excepcional interesse social**, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado." (**grifos nossos**)

10. Referência à expressão criada pelo folclórico personagem Odorico Paraguaçu do autor Dias Gomes.

É interessante notar que, em ambos os dispositivos legais, as razões de segurança jurídica foram invocadas para justificar a possibilidade do Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos da sua decisão.

O que seriam essas razões de segurança jurídica?

Ainda, é de se destacar que a possibilidade do Supremo Tribunal Federal restringir os efeitos da sua decisão, alternativamente às razões de segurança jurídica, também poderia ocorrer por excepcional interesse social ou excepcional interesse público.

São sinônimas as expressões "excepcional interesse social" e "excepcional interesse público"?

Mas, antes de tudo, poderiam leis infraconstitucionais criar o instituto da modulação dos efeitos que não foi previsto na Constituição Federal?

Maria Garcia responde:

"Primeiramente - é de notar - o tom 'constitucional' do dispositivo, pois quem poderá determinar competências ao STF ou qualquer outro órgão estatal - senão a Constituição?!

Tratando-se, no caso, de lei ordinária, fica patente a sua inconstitucionalidade.

Quanto à matéria veiculada pelo mesmo dispositivo legal: cuida-se, aqui, da denominação doutrinária à técnica de modulação dos efeitos da decisão, *in casu* do Supremo - pelo próprio Supremo - e pela mesma razão acima referida, também inconstitucional: as competências, seu alcance e abrangência, em nosso ordenamento, advêm unicamente da Constituição, ao instituir o órgão e suas atribuições.

Ademais - e sobretudo, há que considerar o princípio de segurança

jurídica o qual demanda, dentre outros aplicáveis, o princípio da claridade da lei (e aqui, *ad argumentandum tantum*, à vista das inconstitucionalidades ocorrentes) e a tal se opõe o dispositivo, porque ao referir o princípio da segurança jurídica vem alegá-la citando, ao mesmo tempo, o 'excepcional interesse social'." [11]

E, na sequência, Maria Garcia arremata:

"O que é, 'interesse social'?

Conceitos indeterminados ocorrem no Direito, alguns de alto grau de indeterminação e devem ser evitados: Bobbio registra apenas interesse nacional; Celso Bastos não registra; nem Nelson Saldanha ou De Plácido e Silva ou J. M. Othon Sidou ou Maria Chaves de Mello ou o Dicionário Aurélio.

E excepcional interesse social? Qual a medida, o critério que possa trazer segurança nessa aferição?

'A liberdade política - afirma Montesquieu no famoso Capítulo XI - em um cidadão, é aquela tranquilidade de espírito que provém da convicção que cada um tem da sua segurança. Para ter-se essa liberdade, precisa que o governo seja tal que cada cidadão não possa temer outro.'

Neste momento, precisamente, há que retomar o voto de Marshall, em 1803 - conclusivo sobre a não concessão de *writ* em *Marbury vs. Madison* dado que a Constituição não fixara tal competência originária à Suprema Corte.

Eis seus candentes termos, na parte principal:

'Dá-se, em suma, um caso evidente de *mandamus* para a entrega da comissão ou da certidão de seu registro e só nos falta examinar:

11. GARCIA, Maria. Inconstitucionalidades: o voto de Marshall (1803) e a modulação de efeitos da lei 9.868/1999. Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 73/2010. p. 206 – 223.

I - Se o Tribunal tem competência para expedi-lo.

A lei orgânica dos tribunais judiciários dos Estados Unidos autoriza o Supremo Tribunal 'a expedir alvarás de *mandamus* nos casos justificados pelos princípios e estilos legais, a quaisquer tribunais instituídos, ou pessoas que exerçam funções, sob a autoridade dos Estados Unidos.

(...)

A atribuição, portanto, dada ao Supremo Tribunal pela lei que estabelece os tribunais judiciários dos Estados Unidos, para expedir alvarás de *mandamus* a funcionários públicos, não se mostra assente na Constituição e obriga a examinar se pode ser exercida uma comissão assim conferida.

A questão se uma resolução da legislatura incompatível com a Constituição pode tornar-se lei do país, é uma questão profundamente interessante para os Estados Unidos, mas felizmente, de nenhuma dificuldade proporcional à sua magnitude. Para resolvê-la, basta o reconhecimento de certos princípios que foram longa e otimamente estabelecidos.

Que o povo tem direito originário de estabelecer para o seu futuro governo os princípios que se lhe antolharem mais concernentes à sua própria felicidade, são os alicerces sobre que se assenta todo o edifício americano.

(...)

É uma proposição por demais clara para ser contestada, que a Constituição veta qualquer deliberação legislativa incompatível com ela; ou que a legislatura possa alterar a Constituição pelos meios ordinários.

Não há meio termo entre estas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está

no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias de legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la.

Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição; se a segunda parte é verdadeira, então as constituições escritas são absurdas tentativas da parte do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável.'

Sempre atuais, as colocações de Marshall trazem à reflexão a necessidade de manter, ativa e vigilante, a ordem da supremacia da Constituição e da autoridade da lei, como norteios indispensáveis à segurança dos indivíduos e, no todo, à comunidade." [12]

É por demais curioso que não tenha havido o questionamento da constitucionalidade da modulação dos efeitos perante o próprio Supremo Tribunal Federal.

A inconstitucionalidade não se convola em constitucionalidade com o decurso do tempo, a despeito do próprio Supremo Tribunal Federal ter largamente utilizado da modulação dos efeitos, inclusive com ressalvas como no caso da ADI 3.794 ED (j. 18-12-2014, P, DJE de 25-2-2015), de relatoria do Ministro Roberto Barroso:

> *"A jurisprudência desta Suprema Corte não tem admitido a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em casos de leis estaduais que instituem benefícios sem o prévio convênio exigido pelo art. 155, § 2º, XII, da CF (...). A modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade no presente caso consistiria, em essência, incentivo à guerra fiscal, mostrando-se, assim, indevida."*

12. GARCIA, Maria. Inconstitucionalidades: o voto de Marshall (1803) e a modulação de efeitos da lei 9.868/1999. Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 73/2010. p. 206 – 223.

Por mais engenhoso que pareça, até se poderia distinguir a modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade daquela modulação dos efeitos imposta às súmulas vinculantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Mas, no caso das súmulas vinculantes, admitir que a Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, diga além do que o art. 103-A da Constituição Federal tenha dito, ou autorizado, representa uma grave inversão da ordem constitucional que somente revela quão difícil é garantir a segurança jurídica no Brasil.

# 18

# A Assistência Material e os Reembolsos diante do Cancelamento do Transporte Aéreo de Passageiros no decorrer da Pandemia COVID-19: o Termo de Ajustamento de Conduta firmado pela SENACON e o Direito Fundamental dos Consumidores

**JOSEANE SUZART LOPES DA SILVA**

**ANA CLARA SUZART LOPES DA SILVA**

*SUMÁRIO: 1 Introdução; 2. A relevância do transporte aéreo de passageiros e os reflexos da COVID-19 para as relações de consumo; 2.1 A Medida Provisória n.o 925/20 e os impactos para o transporte aéreo de passageiros no atual estado de calamidade pública; 2.2 O transporte aéreo de passageiros e o posicionamento da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON) através de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) firmado; 2.3 A assistência material e os reembolsos para os passageiros no serviço de traslado aéreo: institutos previstos na Resolução Normativa ANAC n.o 400/16 e a imperiosa tutela dos destinatários finais de bens; 3 A responsabilidade dos fornecedores durante a calamidade pública vivenciada: a imperiosa adoção de uma concepção solidária e ética; 3.1 A objetivação da responsabilidade civil dos fornecedores em face de práticas e cláusulas abusivas; 3.2 A configuração de vantagem exagerada e a violação à cláusula geral da boa-fé objetiva no âmbito do transporte aéreo de passageiros; 4 A proteção do consumidor pela Constituição Federal de 1988: direito fundamental e pilar da Ordem Econômica do Brasil; 5 Conclusão; 6. Referências.*

> *A promulgação da Constituição de 1988 marca uma nova etapa do Direito Privado no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que a centralidade do sistema não estivesse mais no Código Civil e leis especiais, portanto, na proteção do patrimônio, mas na própria Carta Política, primando pela defesa da dignidade da pessoa humana — bem maior a ser resguardado pelo ordenamento e que constitui uma barreira intransponível no que concerne a atuação dos indivíduos e do próprio Estado em suas relações jurídicas, pois fundamento da República, nos termos do no artigo 1º, inciso III, da CF/88.* (MARQUES & SQUEFF) [1]

## 1. Introdução

Objetiva-se, no presente artigo, analisar a responsabilidade civil das empresas que executam o transporte aéreo de passageiros no que concerne à assistência material e aos reembolsos devidos aos consumidores. Diante de normas que estão sendo editadas por órgãos públicos, bem como de notas técnicas e de acordos de natureza coletiva que vêm sendo firmados, aponta-se, como problema, que será objeto desta explanação, como compatibilizar os interesses econômicos com os direitos dos destinatários finais de bens. A hipótese central prevista consiste em verificar que estão mais valorizados os interesses econômicos em detrimento dos vulneráveis.

Na primeira parte desta exposição, serão tecidas considerações acerca do cenário estigmatizado pela COVID-19, atribuindo-se enfoque aos principais atos normativos editados pelo Brasil, transpondo-a, em seguida, para os reflexos acarretados no mercado no que diz respeito ao transporte aéreo de passageiros. Serão examinadas as alterações implementadas pela Medida Provisória n.o 925/20; após, será abordado o conteúdo do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) firmado pela Secretaria Nacional

1. MARQUES, Claudia Lima.; SQUEFF, Tatiana de A.F.R. Cardoso. As regras da Convenção de Montreal e o necessário diálogo com o CDC. São Paulo, *Revista Consultor Jurídico*, Coluna Garantias de Consumo, 21 de junho de 2017.

do Consumidor (SENACON). Destinar-se-á um tópico específico para a assistência material e o reembolso de valores, ambos constantes na Resolução Normativa n.o 400/16. A responsabilidade civil dos fornecedores e o direito fundamental dos consumidores serão adrede explanados.

No que concerne à metodologia, urge explicitar que foram utilizados os métodos dialético e argumentativo. Quanto às linhas metodológicas, seguiu-se a de natureza crítica e dentre os tipos genéricos de investigação, a jurídico-exploratória. Utilizou-se a pesquisa exploratória, bibliográfica e documental. Do ponto de vista da natureza do empreendimento, trata-se de pesquisa aplicada e no pertinente à forma desta, manejou-se a qualitativa. No campo das técnicas, optou-se pela documentação indireta, abrangendo a pesquisa bibliográfica e documental [2].

## 2. A relevância do transporte aéreo de passageiros e os reflexos da COVID-19 para as relações de consumo

A pandemia vivenciada pelo mundo tem gerado reflexos para os negócios jurídicos entabulados entre fornecedores e consumidores e requer que os operadores do direito se debrucem sobre as normas que estão sendo editadas sem relegar o quanto consagrado pela Lei Federal n.º 8.078/90. Os direitos básicos contidos no microssistema consumerista jamais poderão ser desprezados [3], não obstante a análise dos fatores econômicos seja relevante, mormente neste momento em que o equilíbrio das relações contratuais urge que seja preservado, evitando-se a desestruturação de empresas e a afetação de milhares de trabalhadores e prestadores de serviços. O Sistema

2. Examinar: WITKER, Jorge. *Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho*. Madrid: Civitas, 1985. p. 89. HERRERA, Enrique. *Práctica metodológica de la investigación jurídica*. Buenos Aires: Astrea, 1998. p. 86.

3. Sobre a proteção do consumidor, consultar: MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 67. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 101. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2017, volume I, p. 89.

Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), constituído por diversos entes públicos [4] e pela sociedade civil organizada, necessita agir para se prevenir e combater a disseminação dos malefícios do fator infeccioso, eis que há um sentimento de preocupação geral e simétrica [5].

O contrato de transporte é o vínculo jurídico, segundo Pontes de Miranda, pelo qual "alguém se vincula, mediante retribuição, a transferir de um lugar para outro pessoa ou bens" [6]. O art. 730 do Código Civil vigente alberga conceito similar [7] e o Código Brasileiro de Aeronáutica, no art. 222, o define como o meio através do qual uma das partes se encarrega do dever de transportar, por meio de aeronave, pessoa, pertences, encomenda, mala postal ou carga, mediante determinado pagamento. O passageiro seria, então, conforme Luis Tapia Salinas "la persona que, según el contrato de transporte expedido u obligación contraída de acuerdo con el transportista, sea o no deba ser efectivamente transportada en una aeronave con arreglo a las condiciones previstas" [8].

Os usuários dos serviços de transporte aéreo de passageiros são consumidores e devem ser tratados e protegidos pelas normas constantes na Lei n.º 8.078/90, que, como preleciona Antônio Herman Benjamim "têm por função, não regrar uma determinada matéria, mas proteger sujeitos particulares, mesmo que estejam eles igualmente abrigados sob outros regimes jurídicos" [9]. Resulta daí "o caráter 'especialíssimo' do direito

4. Conferir a Recomendação n.º 002/2020, editada, em 19 de março de 2020, pelo GPGJ, bem como a Nota Técnica Conjunta n.º 1/2020 do CNMP e da 1ª CCR.

5. Cf.: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Alemanha aprova legislação para controlar efeitos jurídicos da Covid-19. São Paulo, *Revista Consultor Jurídico*, Coluna Direito Civil Atual, 25 de março de 2020.

6. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado.* 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. XLV, § 4.852, n. 2, p. 8.

7. Cf.: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contrato de transporte de pessoas e o Novo Código Civil. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Carlos Renato Duvivier de Albuquerque (org.). *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 15.

8. SALINAS, Luis Tapias. *Derecho aeronautico*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1993. p. 437.

9. BENJAMIN, Antonio Herman V. O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais. abr.- jun., 1998. p. 33-44.

do consumidor. Enquanto que o direito aeronáutico é disciplina especial em decorrência da modalidade de prestação, o direito do consumidor é disciplina especial em razão do sujeito tutelado" [10]. Nessa linha de raciocínio, conclui que "prepondera o sistema protetório do indivíduo em detrimento do regime protetório do serviço ou produto" [11].

## 2.1. A Medida Provisória n.o 925/20 e os impactos para o transporte aéreo de passageiros no atual estado de calamidade pública

O contexto vivenciado afetou inúmeros segmentos, inclusive, o transporte aéreo. Com a declaração do estado de pandemia, em decorrência do COVID-19, muitos consumidores começaram a buscar o cancelamento e/ou o reagendamento das passagens áreas adquiridas. Esse comportamento se pautou nas orientações do Ministério da Saúde, acerca da necessidade de evitar aglomerações, especialmente em locais fechados, o que potencializa as chances de proliferação do coronavírus, diante da sua rápida disseminação [12]. No entanto, diversas companhias aéreas recusavam-se a realizar o cancelamento com o reembolso integral do valor ou o reagendamento sem multas, o que gerou grande insatisfação nos consumidores e, inclusive, motivou a elaboração de Ações Civis Públicas, baseadas em inúmeras reclamações constantes no sitio eletrônico "ReclameAqui", pela Associação Baiana de Defesa do Consumidor (ABDECON) [13].

10. Ibidem, idem.

11. Ibidem, idem.

12. Disponível em: https://gauchazh.clicrbs.com.br/saude/noticia/ 2020/ 03/coronavirus -avanca-a - um-ritmo-quase-70-superior-ao-da-pandemia-de-gripe-a-ck7qiak2a04by01pq02reidrx.html. Acesso em 18 mar. 2020.

13. A Associação Baiana de Defesa do Consumidor ingressou com Ações Civis Públicas em face das seguintes companhias aéreas: TAM LINHAS AÉREAS (processo n.º 8028773-03.2020.8.05.0001); AZUL LINHAS AÉREAS (processo n.º 8029309-14.2020.8.05.0001) e GOL LINHAS AÉREAS (processo n.º 8029312-66.2020.8.05.0001), pleiteando – a abstenção de impor qualquer penalidade, cobrar multas ou qualquer tipo de taxa adicional para efetuar cancelamentos ou remarcações de quaisquer tipos de voos (nacionais ou internacionais), inclusive aqueles adquiridos através da "*tarifa light*" e das milhas aéreas, bem como a realização do reembolso integral, na hipótese de cancelamento dos voos, em virtude da pandemia do COVID-19.

Diante desse panorama, no dia 18 de março de 2020, a Medida Provisória n.º 925 dispôs sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira, em razão da pandemia da COVID-19. No art. 3º, *caput*, previu que para os contratos de transporte aéreo firmados até 31 de dezembro de 2020, "o prazo para o reembolso do valor relativo à compra de passagens aéreas será de doze meses, observadas as regras do serviço contratado e mantida a assistência material, nos termos da regulamentação vigente". Em seguida, no §1º do citado dispositivo, consignou-se que "os consumidores ficarão isentos das penalidades contratuais, por meio da aceitação de crédito para utilização no prazo de doze meses, contado da data do voo contratado".

A despeito de se tratar de uma iniciativa supostamente equilibrada no sentido de proteger os consumidores e a economia, entende-se que não é razoável estabelecer que os sujeitos aguardem o prazo de 12 (doze) meses para serem ressarcidos. Insta salientar que esta Medida Provisória, irrefutavelmente, não deve atingir os contratos celebrados antes da sua vigência, mesmo que a desistência do consumidor ocorra após a edição deste diploma, justamente em decorrência da segurança jurídica, considerando-se a vedação da irretroatividade, mesmo mínima, de norma que não seja constitucional originária, diante de ato jurídico perfeito [14].

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n.º 1.498.484/DF [15], decidiu, recentemente, de forma similar para o caso da Lei do Distrato, no sentido de que não se deve cogitar a aplicação simples e direta da nova Lei n.º 13.786/2018 para soluções de casos anteriores ao advento do citado diploma legal, prestigiando a segurança jurídica [16]. Neste mesmo sentido, defende-se que a citada Medida Provisória não seja manejada, de

14. Disponível em: https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/823511400/a-medida-provisoria-925-2020-aplicabilidade-apenas-para-contratos-anteriores-e-sua-possivel-inconstitucionalidade?ref=serp. Acesso em: 25 mar. 2020.

15. STJ, Questão de Ordem no REsp 1.498.484/DF, 2ª Seção, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 25/06/2019.

16. http://www.stj.jus.br/sites/v/index.jsp?vgnextoid=5396e76366d99610VgnVCM100000df000f0aRCRD

modo que o consumidor tenha o seu dinheiro devolvido imediatamente, sob pena de a companhia aérea se sujeitar aos encargos moratórios, previstos no art. 406 do Código Civil, durante o período de atraso.

Observa-se que a situação vivenciada, de fato, se trata de um evento de força maior, autorizando a revisão ou quebra antecipada dos contratos [17] . Em geral, os passageiros em voos aéreos, estão sujeitos ao risco de contaminação na própria aeronave e no local de destino e, considerando a virulência e a taxa de letalidade da COVID-19, verifica-se a impossibilidade de obtenção dos fins originalmente estabelecidos contratualmente [18] . Segundo o professor Bruno Miragem, a repercussão da pandemia inviabiliza o cumprimento de alguns contratos; o que pode decorrer das medidas de polícia adotadas pelo próprio Poder Público, com o intuito de reduzir os contágios e, por conseguinte, são situações que não podem ser impedidas ou evitadas pelo contratante, amoldando-se ao conceito de caso fortuito ou de força maior, conforme o art. art. 393, parágrafo único, do Código Civil. Nestas hipóteses, autoriza-se a resolução dos contratos, sendo imperiosa a restituição das partes ao estado anterior, ou seja, da restituição do que foi pago pelo consumidor, extinguindo-se o contrato [19] .

Do mesmo modo, o consumidor deve ter a opção de cancelar a passagem, com estorno integral, justamente em decorrência da incerteza sobre a própria utilidade da prestação, haja vista que o compromisso ou o evento que fez com que o sujeito necessitasse se deslocar pode ter sido suspenso, terminantemente cancelado ou ter ocorrido sem a sua presença, de modo que não faria sentido reagendar a viagem. Ainda em conformidade

17. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/321885/o-coronavirus- a-quebra-antecipada-nao-culposa-de-contratos -e-a-revisao-contratual-o-teste -da-vontade -presumivel. Acesso em 25 mar. 2020.

18. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322574/resolucao-contratual-nos-tempos-do-novo-coronavirus. Acesso em 26 mar. 2020.

19. MIRAGEM, Bruno. Nota Relativa à Pandemia de Coronavírus e suas repercussões sobre os Contratos e a Responsabilidade Civil. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 20, v. 1015, mai. 2020.

com o doutrinador Bruno Miragem, nessa hipótese abre-se a possibilidade de revisão do contrato, permitindo exonerá-los do que foi pactuado, pela teoria da quebra da base do negócio jurídico, de Karl Larenz, devendo-se aplicar a teoria da imprevisão ou permitir a sua resolução por onerosidade excessiva [20], com a devolução dos valores para os consumidores.

No que concerne à alegação de muitas companhias aéreas de que não compete ao Poder Judiciário rever, neste momento, a legalidade ou não da MP 925/2020, registra-se que, certamente, cabe ao Judiciário assegurar o princípio da segurança jurídica que, segundo José Afonso da Silva, se trata de preservar o "conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida [21]".

Imprescindível destacar, por fim, que, se o setor aéreo vem enfrentando uma crise sem precedentes, com uma pujança financeira, com muito mais razão os consumidores têm enfrentado grandes dificuldades, em decorrência do panorama de pandemia vivenciado e não devem ser obrigados a aguardar 12 (doze) meses para obterem o devido ressarcimento das quantias pagas. Inúmeros sítios eletrônicos noticiam as situações dos brasileiros que penam para manter a renda neste contexto [22]. O agravamento das dificuldades financeiras enfrentadas pelos brasileiros devido à pandemia é uma realidade, o que, inclusive, motivou senadores a apresentarem projetos de lei para suspender o prazo de pagamento de contas básicas durante a crise, a exemplo de aluguéis, execuções financeiras com ordem de despejo e até multas de trânsito [23].

20. Ibidem, idem.

21. SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 133.

22. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/03/24/internas_economia,836226/autonomos-e-informais-penam-para-manter-a-renda-durante-pandemia.shtml. Acesso em 26 mar. 2020.

23. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/25/projetos-preveem-suspensao-da-cobranca-de-contas-basicas-durante-crises. Acesso em 04 abr. 2020.

Os consumidores são reconhecidamente vulneráveis pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme o art. 4º, incido I, do CDC, sendo assolados por diferentes espécies de fragilidades, inclusive a econômica, considerando que possuem menos força e capacidade econômica para enfrentar o período de quarentena, de recessão e de crise do que as companhias aéreas, que apresentam acesso aos níveis de concentração de mercado e de uniões empresariais [24]. Neste sentido, "este desequilíbrio é particularmente grave no caso do consumidor perante o fabricante, pela disparidade de forças com que se apresentam no mercado [25] ". Desse modo, defende-se que as companhias aéreas se abstenham de impor penalidade, cobrar multas ou qualquer tipo de taxa adicional para efetuar cancelamentos ou remarcações de quaisquer tipos de voos (nacionais ou internacionais), inclusive aqueles adquiridos através da "*tarifa light*" e das milhas aéreas, bem como a realização do reembolso integral imediato, na hipótese de cancelamento dos voos, em virtude da pandemia da COVID-19.

## 2.2. O transporte aéreo de passageiros e o posicionamento da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON) através de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) firmado [26]

O Ministério da Justiça e da Segurança Pública, por meio da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), juntamente com o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, firmaram Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com a Associação Brasileira das Empresas Aéreas (ABEAR) e empresas que executam o transporte neste

24. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor*: O Princípio da Vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas abusivas. 3.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009. p. 177.

25. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora RT, 1992. p. 32.

26. Sobre a proteção do consumidor, examinar as seguintes obras: ALPA, Guido.; CATRICALÀ, Antonio.; PANIN, Manuele Amedeo. Il codice del consumo. In: ALPA, Guido.; CATRICALÀ, Antonio (a cura di). *Diritto dei consumatori*. Bologna: il Mulino, 2016, p. 51-98. BARENGHI, Andrea. *Diritto dei consumatori*. Milano: Wolters Kluwer Italia, 2018, p. 20-77. BAZIN-BEUST, Delphine. *Droit de la consommation*. 3. ed. FAC Universités/Mementos LMD. Gualino, 2018, p. 33-78. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2017, volume I, p. 67-98.

setor [27]. A vigência do pacto inicia-se em 20 de março de 2020 e estender-se-á 19 de março de 2021, podendo ser prorrogado em razão de eventual manutenção do cenário epidêmico nacional ou pandêmico mundial. Restou também previsto que "Apesar da decretação de pandemia a partir de 11/03/2020, as Companhias Aéreas comprometem-se a aplicar os mesmos critérios para voos operados a partir de 01/03/2020". Quanto à amplitude do instrumento, consta que "abrange, de um lado, todos os consumidores submetidos ao Sistema Brasileiro de Defesa do Consumidor" e os entes subscritores".

Foram previstas disposições para a flexibilização das regras referentes à remarcação e ao cancelamento de passagens aéreas e ao reembolso dos consumidores no que concerne exclusivamente aos voos a "serem operados entre 01 de março de 2020 e 30 de junho de 2020" [28]. Restou assegurado que o passageiro que tiver adquirido o bilhete "até a data de assinatura deste TAC", nacional ou internacional, a ser operado naquele espaço temporal, poderá remarcar a sua viagem por "uma única vez, respeitada a mesma origem e destino". Excetuou-se os casos de voos "operados em 'code-share', (acordo de compartilhamentos de voos com outras companhias), por companhias que possuam parceria de plano de milhagem e voo 'charter'". Viabilizou-se a remarcação "para qualquer período dentro do intervalo de validade da passagem, sem a cobrança de taxa de remarcação ou diferença tarifária".

Contudo, foram previstas exceções para os usuários que, na data de assinatura do TAC, "possuam tickets de passagem para voos a serem operados em alta temporada" [29], podendo "remarcar gratuitamente os seus bilhetes de passagem para todo o período de tempo compreendido

27. Subscrevam o TAC as empresas TAM, GOL, AZUL, Passaredo e a MAP Transportes Aéreos S.A, admitindo a inserção de demais interessadas.

28. No entanto, este período "poderá ser revisto a depender da manutenção da epidemia/pandemia bem como do cenário econômico das Companhias Aéreas", devendo as partes, ao cabo de 90 dias, realizar reunião para o tratamento da temática.

29. "ou seja, para os meses de julho, dezembro e janeiro ('Alta Temporada') e feriados (véspera, dia do feriado e dia seguinte a feriados), ('Feriados').

pela validade do bilhete". No que concerne aos que tiverem adquirido passagens para períodos não compreendidos naquela etapa temporal, poderão redesigná-las sem quaisquer ônus desde que para datas que não compreendam "Alta Temporada ou Feriados". Caso optem para voos neste período, ficarão sujeitos "ao pagamento de diferença tarifária, durante toda a validade do bilhete" [30].

Requerendo o passageiro o cancelamento da sua viagem, será mantido o valor integral do ticket em crédito válido por 01 (um) ano a contar da data do voo, sem a aplicação de taxas ou de eventuais multas. Quando da sua utilização, caso o passageiro opte pela aquisição de produto ou serviço em valor superior, poderão ser exigidas as eventuais diferenças, "mas não poderão ser cobradas tarifas de remarcação e multas". Diante de solicitação de reembolso por parte do passageiro, "aplicar-se-ão as multas e taxas contratuais previstas nas regras tarifárias e o valor residual será reembolsado em até 12 (doze) meses, a contar da data da solicitação de reembolso feita pelo passageiro" [31].

Sob o argumento de que a "baixa demanda por voos e o fechamento de fronteiras têm obrigado as Companhias Aéreas a reduzirem as suas operações em até 70%, podendo esse percentual, inclusive, chegar a 100%", a SENACON admitiu a diminuta de multa diária no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para os eventuais descumprimentos de cláusulas do TAC. Foram consignadas ainda a não exigência da assistência material em caso de atrasos ou cancelamento de operações decorrentes de fechamento de

30. Na hipótese de o voo efetivado pela companhia aérea, no que tange a sua origem e destino, não seja mais ofertado, poderá o passageiro solicitar "a conversão do valor do bilhete aéreo em créditos para a aquisição de outros voos ou produtos". Em caso de ser operacionalizado um pool entre as empresas aéreas, visando operações conjuntas, "aplicar-se-ão as regras que serão normatizadas em momento posterior caso haja previsão específica". Note-se que o direito de remarcação não será transferível, proibindo-se "a negociação de tais direitos com terceiros, inclusive, mas não se limitando a empresas de tecnologia (*law techs*) que adquirem esses direitos de passageiros e promovem Judicialização". Optando o consumidor por para diferente origem ou/e destino, dentro do intervalo de validade da passagem, ficará obrigado a arcar com eventual diferença de tarifa.

31. "Assim, um prazo de doze meses para a devolução dos valores relativos às passagens áreas me parece algo excessivo". TARTUCI, Flávio. O coronavírus e os contratos. Extinção, revisão e conservação. Boa-fé, bom senso e solidariedade. São Paulo, *Gen Jurídico*, Seção de Artigos, 01 de abril de 2020.

fronteiras foram admitidas, bem como alterações programadas. Outrossim, foi assegurada a suspensão da cobrança e do pagamento de multas pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias [32]. Atribuiu-se prioridade aos canais de atendimento telefônico e *online* disponibilizados pelas operadoras, concedendo-lhes o prazo de até 45 (quarenta e cinco) dias, para resposta, e caso a demanda não seja sanada, o passageiro "poderá registrar reclamação na plataforma consumidor.gov.br".

As previsões, acima expostas, beneficiam sobremaneira o setor empresarial, não se observando contrapartidas profícuas para os consumidores, especialmente a que veda a cobrança de sanções pecuniárias impostas devido às infrações cometidas em períodos anteriores. O TAC, firmado pela SENACON, e a Medida Provisória 925, "procuram muito mais beneficiar as transportadoras aéreas e os interesses do setor para evitar o seu colapso do que resguardar os interesses dos passageiros-consumidores" [33]. A eliminação da assistência material, garantida pela Resolução ANAC n.º 400/16, é também inaceitável, conquanto se considere a pandemia caso fortuito ou força maior, eis que os passageiros são a parte mais frágil do contrato e não podem sofrer prejuízos desta natureza [34]. O prazo para que as empresas respondam às solicitações destes é por demais extenso e a eleição da plataforma digital para a busca de soluções não pode obliterar o direito constitucional de acesso à justiça [35].

32. A plena existência, validade e eficácia das Convenções de Varsóvia e de Montreal, reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal, em Repercussão Geral - Tema 210 também foram objeto de referência.

33. TARGA, Maria Luiza Baillo.; SQUEFF, Tatiana Cardoso. Os direitos dos passageiros-consumidores de transporte aéreo em tempos de pandemia, *Revista de Direito do Consumidor* 19, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 129, maio/jun. – 2020 [versão eletrônica].

34. Afirma Bruno Miragem que "Isso não o exonera, contudo, dos deveres acessórios em relação aos passageiros, como é o caso de providenciar hospedagem e alimentação pelo período da interrupção, e de concluir o transporte por outro meio. O que aliás não apenas exsurge do dever genérico de qualidade do serviço previsto no Código de Defesa do Consumidor, como também de regras específicas do contrato de transporte (art. 741 do Código Civil)". MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. São Paulo, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 1015/2020, p. 1-9, maio 2020.

35. A SENACON emitiu a Nota Técnica n.º 17/2020/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ, referente ao Processo nº 08012.000737/2020-57, determinando a compulsoriedade do cadastramento dos fornecedores na plataforma consumidor.gov.br, quando se enquadrem nos critérios da Portaria GAB-SENACON nº 15, de 27 de março de 2020.

Por fim, conquanto o TAC mencione o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e a Portaria do Ministério da Justiça n.º 71/20 discipline a sua formalização pelos órgãos públicos, não há vinculação dos entes que o integram e que, porventura, considerem pertinente ingressar com medidas judiciais coletivas em prol dos consumidores por discordarem de cláusulas do ajuste firmado. O referido documento tem validade ilimitada, como a natureza dos direitos coletivos o exige, vinculada às normas legais que sustentam suas cláusulas [36] . Ocorre que, conforme abordado no tópico acima, a MP 95/2020, que serve como fundamento ao citado documento não deve ser aplicada por uma questão de segurança jurídica. A proteção do consumidor constitui direito fundamental, nos moldes do art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal de 1988. Fator este de inquestionável relevância, mas que não pode olvidar da situação dos presumidamente vulneráveis, nos termos do art. 4º, inciso I, do CDC [37] .

## 2.3. A assistência material e os reembolsos para os passageiros no serviço de traslado aéreo: institutos previstos na Resolução Normativa ANAC n.o 400/16 e a imperiosa tutela dos destinatários finais de bens

A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), na parte introdutória da Resolução n.º 400/2016, menciona a competência que lhe fora outorgada pelos arts. 8º, incisos I e X, e 11, inciso V, da Lei n.º 11.182/05, bem como os dispositivos 222 a 260 e 302 da Lei n.º 7.565/86, que instituiu o Código Brasileiro de Aeronáutica. Nota-se que a autarquia reguladora se refere também às Leis nos 8.078/90 e 10.406/02 que instituíram, respectivamente, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e o Código Civil Pátrio.

36. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-fev-17/mp-debate-mp-905-torna-eficacia-tacs-mpt. Acesso em 25 mar. 2020.

37. Cf.: BÜLOW, Peter.; ARTZ, Markus. *Verbraucherprivatrecht*. 6. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller GmbH, 2018, p. 26. CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank Steinmetz. *Droit de la consommation*. Paris: Dalloz, 2016, p. 55.

Entretanto, conquanto registre, expressamente, tais diplomas legais, determinados artigos da Resolução em epígrafe, se interpretados de forma isolada do microssistema consumerista, podem violar os direitos basilares dos usuários do serviço de transporte aéreo. Embora a Agência goze de autonomia para estabelecer regras regulamentadoras [38], urge que sejam apreciadas e aplicadas com esteio na proteção dos passageiros deferida pelos conjuntos normativos vigentes anteriormente referidos.

A despeito de a ANAC asseverar que as novas regras se coadunam com as práticas adotadas na maior parte do mundo e contribuem para a diversificação de serviços oferecidos ao público consumidor, incentivando a concorrência no setor e propiciando preços mais atraentes, não poderão transgredir a proteção estabelecida pelo CDC e CC/2002. A ampliação do acesso ao transporte aéreo é salutar desde que acompanhada do necessário respeito aos direitos dos usuários do serviço prestado, que se enquadra na definição de consumidor, nos termos do art. 2º da Lei n.º 8.078/90, visto que se trata de negócio regido pelas normas que compõem tal arcabouço jurídico [39].

Sedimentou-se, por meio do art. 12, a possibilidade de alterações no contrato de transporte programadas pelo transportador, em especial, quanto ao horário e itinerário originalmente previstos, desde que sejam informadas aos passageiros com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas. Nas hipóteses em que a alteração for informada em prazo inferior ou que o horário de partida ou de chegada seja superior a 30

38. Dispõe o art. 4º da Lei 11.182/2015 que a natureza de autarquia especial conferida à ANAC é caracterizada por independência administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica e mandato fixo de seus dirigentes.

39. Sobre a proteção do consumidor, examinar: VERDURE, Christophe (Dir.). *Contrats et protection des consommateurs*. Paris : Anthemis, 2016, 214 p. GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *Dos Contratos de Hospedagem, de Transporte de Passageiros e de Turismo*. São Paulo: Saraiva, 2009, 337 p; MARQUES, Cláudia Lima. A Responsabilidade do Transportador Aéreo pelo Fato do Serviço e o Código de Defesa do Consumidor. Antinomia entre Norma do CDC e de Leis Especiais. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 3/1992, p. 155-197, jul.-set. 1992; MIRAGEM, Bruno. *Contrato de Transporte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, 224 p. STIGLITZ, Rubéns S. e Gabriel A. Stiglitz. *Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección Al Consumidor*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 114, 115.

(trinta) minutos, em caso de voos domésticos, ou ultrapasse 1 (uma) hora, nos voos internacionais, o transportador deverá oferecer as alternativas de reacomodação e reembolso integral, ficando a escolha a cargo do usuário [40]. Verificando-se falha na prestação da informação sobre a alteração e comparecendo, assim, o passageiro ao aeroporto, deverá o transportador oferecer assistência material, bem como as alternativas de reacomodação; reembolso integral; e execução do serviço por outra modalidade de transporte, competindo a escolha ao consumidor [41].

Sucedendo atraso na execução do serviço, determina o art. 27, incisos I a III, da Resolução que, mesmo que os passageiros encontrem-se a bordo da aeronave com portas abertas, o transportador deverá prestar-lhes assistência material. Se o tempo de espera for superior a 1 (uma) hora, restaram garantidas facilidades de comunicação; ultrapassando 2 (duas) horas, foram asseguradas alimentação por meio do fornecimento de refeição ou de voucher individual. Detectando-se atraso que vá além de 4 (quatro) horas, terá que será fornecido serviço de hospedagem, em caso de pernoite, e traslado de ida e volta, mas o transportador poderá deixar de oferecê-lo para o passageiro que residir na localidade do aeroporto de origem, garantido apenas o transporte. Quando o passageiro optar pela reacomodação em voo próprio do transportador, a ser realizado em data e horário de conveniência do passageiro, ou pelo reembolso integral da passagem aérea [42].

O controle dos fatores internos de risco, contudo, como assevera Agostinho Alvim, "cabe a quem tem o comando da organização e, neste

40. Vide o parágrafo 1º do art. 12 da Resolução.

41. Com relação ao contrato de transporte aéreo de passageiros, tratam do tema: ALVIM, Eduardo Arruda; JORGE, Flávio Cheim. A Responsabilidade Civil do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e o Transporte Aéreo, *Revista de Direito do Consumidor* 19, São Paulo, Revista dos Tribunais, São Paulo, jul./set. - 1996, p. 126 e ss; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contrato de transporte de pessoas e o novo Código Civil. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Carlos Renato Duvivier de Albuquerque (org.). *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; ALMEIDA, Carlos Alberto Neves. *Do Contrato de Transporte Aéreo e da Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo*. Coimbra: Almedina, 2010.

42. Consultar os parágrafos 1º e 3º. No caso de Passageiro com Necessidade de Assistência Especial (PNAE) e de seus acompanhantes, dispõe o parágrafo 2º, que a hospedagem deverá ser fornecida "independentemente da exigência de pernoite, salvo se puder ser substituída por acomodação em local que atenda suas necessidades e com concordância do passageiro ou acompanhante".

caso, o caso fortuito propriamente dito ou caso fortuito interno não pode ser reconhecido como excludente" [43]. Por outro lado, a assistência material garantida para os consumidores a depender do tempo de espera não elide o direito destes de peticionarem pela indenização devida perante o Poder Judiciário. Não serão as facilidades de comunicação, alimentação e hospedagem que solucionarão todos os problemas dos usuários que se deparam com atrasos na partida e a consequente chegada dos voos nos seus destinos [44]. Os danos materiais e morais devem ser reconhecidos pelo poder judiciário mesmo que o passageiro seja reacomodado em outro voo e consiga embarcar [45].

O fato de o passageiro aguardar por mais de quatro horas pelo embarque, o cancelamento do voo, a preterição e a perda do subsequente da conexão por causa de fator que não tenha gerado engendrarão não somente a assistência material e a escolha de uma das alternativas previstas na Resolução. Ainda que o usuário opte pelo reembolso ou pela execução do transporte através de outro meio, a sua indenização integral terá como fundamento o quanto disposto pela Lei n.º 8.078/90. A reparação deverá sempre refletir todos os prejuízos materiais e morais sofridos pelo consumidor, devendo-se também observar a impropriedade da Resolução quando determina que o usuário aguarde 7 (sete) dias para que o reembolso ocorra, inclusive, nos mesmos moldes do pagamento para a aquisição da passagem aérea. Além de sofrer com os atrasos, preterição, cancelamento ou perda de voo, o passageiro terá que suportar um prazo extenso para ter acesso ao valor que desembolsou – situação que corrobora o intento da

43. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949. Cf. também: ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 1.074. MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo* cit., p. 26 e ss. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 89.

44. Observe-se a decisão do STJ sobre atraso de voo superior a quatro horas: STJ, 3.ª T., j. 07.10.2014, REsp 1.280.372/SP (2011/0193563-5), rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, *DJe* 10.10.2014.

45. Para Fábio Morsello, uma vez comprovado o dano, ele é indenizável, independentemente do lapso temporal mínimo estabelecido nas normas domésticas, ressalvadas as hipóteses de força maior extrínseca, fato de terceiro ou da vítima. MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 167.

Resolução de atender aos interesses das operadoras do transporte aéreo em detrimento dos direitos dos consumidores passageiros [46].

Reitera-se a observação de que o consumidor é um ser humano, pleno de atividades, deveres e obrigações, sendo que não serão facilidade de comunicação, alimentação, reacomodação ou embarque em outro voo que solucionarão os problemas advindos daquelas situações indesejadas e que obstaculizam o traslado esperado por via aérea. Diante da legislação que disciplina o transporte aéreo nacional, concluem Maria Luiza Targa e Tatiana Squeff que, sem quaisquer dúvidas, "as recentes orientações e normas expedidas são bastante prejudiciais aos passageiros, que acabam tendo que abrir mão de uma gama de direitos que lhe seriam assegurados se aplicadas as normas já existentes antes da pandemia" [47].

## 3. A responsabilidade dos fornecedores durante a calamidade pública vivenciada: a imperiosa adoção de uma concepção solidária e ética

Na esfera consumerista, a responsabilidade do fornecedor de produtos e/ou serviços é objetiva e as empresas que realizam o transporte aéreo de passageiros não poderão se desobrigar dos deveres legais que lhes foram atribuídos. Desde as obras pioneiras de Saleilles [48] e Josserand [49], os fatos sociais clamavam pela objetivação da responsabilidade civil – premissa

46. Sobre a proteção dos consumidores, examinar: LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005; ITURRASPE, Jorge Mosset. *Defensa del Consumidor*. 2. ed. atual. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003; STIGLITZ, Rubéns S. e Gabriel A. Stiglitz. *Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección Al Consumidor*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 114 e 115.

47. TARGA, Maria Luiza Baillo.; SQUEFF, Tatiana Cardoso. Os direitos dos passageiros-consumidores de transporte aéreo em tempos de pandemia, *Revista de Direito do Consumidor* 19, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 129, maio/jun. – 2020 [versão eletrônica].

48. **Segundo Saleilles, "a teoria objetiva é uma teoria social que considera o homem fazendo parte de uma coletividade e que o trata como uma atividade em confronto com as individualidades que o cercam". SALLEILES, Raymond. *De la declaracion de volonté*. Paris: Rousseau, 1901.**

49. JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *RF*, Rio de Janeiro, v. 38, n. 86, p. 539, abr., 1941.

reforçada nos escritos de Gaston Morin [50] e Georges Ripert [51] - consagrada, hodiernamente, tanto no Código de Defesa do Consumidor quanto no Código Civil de 2002 [52] . Nesse diapasão, como enuncia Carbonier "não importa em nenhum julgamento de valor sobre os atos do responsável. Basta que o dano se relacione materialmente com estes atos, porque aquele que exerce uma atividade deve-lhe assumir os riscos" [53] . Na prestação do serviço de transporte aéreo de passageiros, a responsabilidade da operadora é objetiva e não poderá ser elidida perante atrasos e cancelamentos de voos, do mesmo modo que quando houver preterição ou perda de voo por fato atribuível ao fornecedor. Com relação à assistência material para os passageiros, bem como os reembolsos devidos, as empresas não podem se eximir de sua responsabilidade, respeitando-se os prazos decadenciais constantes no CDC.

## 3.1. A objetivação da responsabilidade civil dos fornecedores em face de práticas e cláusulas abusivas

Existem basicamente três argumentos que servem de suporte para a responsabilidade objetiva, consoante pondera João Calvão da Silva [54] . O primeiro consiste na "disseminação do risco de dano pela sociedade" (*risk of loss spreading*); o segundo é a "dissuasão e controle do risco"; o terceiro corresponde à "proteção das expectativas do consumidor"; e o derradeiro . No campo do transporte aéreo de passageiros, os riscos sobre a sua prestação devem ser assumidos pelas empresas do ramo, não sendo transferidos, indevidamente, para os usuários. Compete aos instrumentos

50. MORIN, Gaston. *La revolte des faits contre le code*. Paris: B. Grasset, 1920.

51. RIPERT, Geoges. *O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno*. Trad. J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937, p. 48.

52. Cf.: GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1981; GOMES, Orlando. *Contrato de Adesão.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972; GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações* 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1967; GOMES, Orlando. *A Crise do Direito*. São Paulo: Max Limonad. 1955; GOMES, Orlando. A caminho dos microssistemas. In: GOMES, Orlando (coord.). *Novos temas do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

53. CARBONNIER, Jean. *Derecho flexible*. Madrid: Editorial Tecnos, 1974. p. 155.

54. SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra, Livraria Almedina, 1990. p. 498-495.

que compõem a Política Nacional das Relações de Consumo, elencados no art. 5º da Lei nº 8.078/90, fiscalizarem as práticas abusivas na sua prestação, prevenindo-as e combatendo-as. Os consumidores esperam pagar por um serviço que não seja marcado por modificações unilaterais ou a isenção de responsabilidade civil.

Todo o Direito tem função social, verbera Cláudia Lima Marques, visto que integra a estrutura da sociedade, "é um de seus sistemas parciais, logo a expressão que estamos utilizando, 'lei de função social', deve ser entendida não como uma repetição da própria essência da norma, mas como destaque de uma característica ímpar de determinadas leis" [55]. O Código de Defesa do Consumidor é uma lei intervencionista, de ordem pública econômica, e que visa realizar, segundo a doutrinadora "o que Ihering denominava *função social do direito privado*" [56]. Manter-se inerte ante práticas leoninas que sobressaem e destoam do panorama protecionista que se obteve vitoriosamente com a edição do CDC, seria obliterar anos de conquistas normativas que não foram facilmente edificadas.

O art. 39, inciso V, da Lei n. 8.078/90 estatui que constitui prática abusiva "exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva", ocasionando o desequilíbrio da estrutura contratual estabelecida. As operadoras de transporte aéreo de passageiros, ao pretenderem se eximir da responsabilidade sobre o custeio da assistência material e o reembolso dos valores devidos, disponibilizando apenas crédito, objetivam obter benefício exacerbado em prejuízo dos consumidores [57]. [58] D'Aquino e

55. MARQUES, Cláudia Lima. A Responsabilidade do Transportador Aéreo pelo Fato do Serviço e o Código de Defesa do Consumidor. Antinomia entre Norma do CDC e de Leis Especiais. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 3, jul.-set. 1992, p. 170. Cf. também: BENJAMIN, Antonio Herman V. O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais. abr.- jun., 1998. p. 33-44.

56. Ibidem, idem. Sobre o tema, a autora também indica consultar: LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, p. 47.

57. CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank Steinmetz. *Droit de la consommation*. Paris: Dalloz, 2016, p. 136.

58. 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, maio-jun. 2020 [versão eletrônica].

Mucelin afirmam que os direitos básicos dos passageiros, assegurados pelo artigo 6º do CDC7, podem e devem ser aplicados "para uma melhor proteção em casos como o aqui analisado, em que uma pandemia imprevisível afetou mundialmente a circulação de pessoas". Para os consumidores que estavam com viagens agendadas, "seja por qual motivo for, deve o Direito dar respostas adequadas à proteção de quem se tornou ainda mais vulnerável".

A previsão da possibilidade de modificação potestativa do contrato por parte das empresas que prestam serviços de transporte aéreo consumidor constitui cláusula vexatória vedada pelo art. 51, inciso XIII, do CDC. Toda disposição que permita ao fornecedor a alterar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração, encontra-se desautorizada pelo inciso XIII da multicitada norma [59]. Quando a Medida Provisória e o Termo de Ajustamento de Conduta, em epígrafe, admitem que as operadoras de transporte aéreo de passageiros modifiquem a sua execução quanto à assistência material devida e o reembolso em caso de cancelamento termina por aquiescer com a alteração unilateral do contrato. A transmutação do contrato de transporte somente deverá ser acatada quando arrazoados plausíveis e plenamente justificados sejam apresentadas e comprovadas pelas operadoras do setor.

## 3.2. A configuração de vantagem exagerada e a violação à cláusula geral da boa-fé objetiva no âmbito do transporte aéreo de passageiros

Práticas abusivas são todas as condutas ou omissões que o fornecedor de produtos ou serviços venha a concretizar, ou tente o fazer, de modo a descumprir as normas jurídicas aplicáveis às relações de consumo. Toda arbitrariedade tentada ou efetivada pelo fornecedor de bens de consumo

59. **PAISANT, Gilles.** ***Défense et illustration du droit de la consommation.*** **Paris : LexisNexis, 2015, p. 132.**

causa um impacto negativo mesmo antes de qualquer contrato vir a ser firmado [60]. Em sentido amplo, as práticas abusivas açambarcam todo ato ou inércia do fornecedor que viole os ditames legais referentes à proteção dos interesses e direitos dos consumidores, ou seja, como aduz Antônio Herman Vasconcellos e Benjamin "Prática abusiva (*lato sensu*) é a desconformidade com os padrões mercadológicos da boa conduta em relação ao consumidor" [61].

Estão "espalhadas" por todo o Código de Proteção e Defesa do Consumidor – leciona Bruno Miragem [62]. De fato, os capítulos, seções e artigos que disciplinam os acidentes de consumo, responsabilidade em decorrência dos vícios dos produtos e serviços, as práticas comerciais, a publicidade ilícita e a proteção comercial trazem ínsitas situações normativas que, se descumpridas, constituem práticas abusivas. O autor também sublinha que as práticas abusivas podem ser localizadas em diplomas esparsos, nas leis que tratam da proteção do consumidor sobre assuntos específicos ou peculiares. Não se pode também olvidar que a Constituição Federal, assim como as constituições estaduais, são cartas políticas que sempre guiarão o hermeneuta jurídico [63]. O universo jurídico das relações de consumo é extremamente amplo e variado e, a depender do tipo de produto ou serviço utilizado ou usufruído pelo consumidor, será possível encontrar-se normas jurídicas disciplinadoras e proibitivas de práticas abusivas variadas.

Dois elementos compõem o conceito de práticas abusivas, sendo um de natureza material e o outro de cunho procedimental. O primeiro

60. Para Gabriel Stiglitz são "condições irregulares de negociação nas relações de consumo" que terminam por malferir "os alicerces da ordem jurídica, seja pelo prisma da boa-fé, seja pela ótica da ordem pública e dos bons costumes". STIGLITZ, Gabriel. *Protección juídical del consumidor*. Buenos Aires, Depalma, 2007, p. 81.

61. BENJAMIN, Antônio Herman V. et ali. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 215.

62. MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 217.

63. Ibidem, idem. Sobre a proteção constitucional do consumidor, consultar: NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A Proteção Constitucional do Consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

requer que a conduta ou omissão esteja em descompasso com os padrões jurídicos vigentes – é a expressa irreverência do fornecedor para com as regras normativas norteadoras das relações de consumo. No entanto, a abusividade, sedimentada pelo CDC, não se confunde com a noção clássica e tradicional de abuso de direito, não se exigindo, para a sua configuração, uma análise dos elementos subjetivos que levaram a tal situação. Quanto ao procedimento para que as práticas abusivas venham a ocorrer, o microssistema consumerista não trouxe nenhuma exigência específica a respeito, apresentando apenas um rol exemplificativo nos incisos I a XIII do art. 39 da Lei n. 8.078/90.

O legislador infraconstitucional foi bastante sábio ao inserir no rol do art. 39 do CDC o inciso V segundo o qual considera-se prática abusiva "exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva". Ora, a obtenção de resultados positivos nas relações negociais é algo produtivo e esperado em um sistema capitalista, como o brasileiro, mas, quando a vantagem em prol de uma partes ultrapassa os limites razoáveis, passa ser exagerada e desemboca para o conceito de excesso. Como seria impossível e impraticável o detalhamento das variadas e incontáveis situações marcadas pela busca arbitrária de proveito de uma parte – *in casu*, o fornecedor detentor da posição privilegiada no mercado – o microssistema consumerista registrou apenas a expressão fluída e genérica "vantagem excessiva".

Torna-se possível encaixar uma infinita gama de situações no conceito de vantagem desmedida, ou seja, tudo aquilo que, segundo Bruno Miragem, "dá causa ao desequilíbrio da relação jurídica de consumo" [64]. Não se pode olvidar que o parágrafo 1º do art. 51 do CDC também menciona a vantagem exagerada como causa geradora da abusividade de cláusulas

64. MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 192. O autor, inclusive, complementa que "A identificação dos critérios para determinação do caráter excessivo ou não de pretensão negocial do fornecedor verifica-se em acordo com o disposto – com finalidade idêntica – para determinação da abusividade de cláusula contratual por consignar vantagem exagerada ao consumidor (art. 51, parágrafo 1º, do CDC)".

contratuais. Antônio Herman Vasconcellos e Benjamin questiona "Mas o que vem a ser a vantagem excessiva? O critério para o seu julgamento é o mesmo da vantagem exagerada (art. 51, p. 1º). Aliás, os dois termos não são apenas próximos – são sinônimos" [65]. Note-se que, neste ponto, redargui o doutrinador, "mostra a sua aversão não apenas à vantagem excessiva concretizada, mas também em relação à mera *exigência*. Ou seja, basta que o fornecedor, nos atos preparatórios ao contrato, solicite vantagem dessa natureza para que o dispositivo legal tenha aplicação integral". Para a configuração da vantagem nefasta, não é necessário que o fornecedor consiga receber o montante desajustado, mas apenas que tenha tentado.

## 4. A proteção do consumidor pela Constituição Federal de 1988: direito fundamental e pilar da Ordem Econômica do Brasil

Na Constituição Federal de 1988, foi atribuída importância premente aos direitos fundamentais, vindo a ser positivados, na parte inicial das suas disposições, consistindo em uma inovação de cunho topográfico intencional cujo objetivo era reconhecer a relevância do tema. A ampliação do catálogo dos direitos fundamentais e a adoção da "cláusula de abertura material ou de não tipicidade dos direitos fundamentais" são duas outras notas que os caracterizam no âmbito da CF/88. A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais é outro notável aspecto, envolvendo até mesmo aquelas normas de natureza programática – como ocorre com o direito do consumidor que exige "mediação legislativa" [66].

Com relação ao direito do consumidor, a elaboração de um Código específico, contemplando os direitos da categoria já ocorreu há mais de

65. BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de Direito do Consumidor*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 221.

66. Afirma Ingo Sarlet que "os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana". SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 109.

duas décadas e, ainda assim, tem-se que recorrer à Constituição Federal para solver problemas de interpretação e aplicação das normas infralegais. Situada no ápice de todo o ordenamento jurídico, a Carta Maior é um baluarte que se deve utilizar para que problemas diversos sejam pacificados, como bem prelecionam Canotilho e Vital Moreira [67]. A criação de um diploma específico para reger as relações jurídicas entre consumidores e fornecedores não significa que a essência normativa do Texto Maior não deva sempre servir de parâmetro para que os múltiplos problemas sejam resolvidos [68].

Os problemas atinentes às relações de consumo exigem sempre uma hermenêutica sobre as normas constitucionais que regem a matéria diante da importância e da hierarquia dessas [69]. A imperatividade das normas constitucionais é fator que auxiliará na interpretação das normas infralegais que dispõem sobre as múltiplas matérias e, na situação em epígrafe, que trata dos direitos dos consumidores, como aduz F. Müller, a *força dirigente* e *vinculante* dos direitos e garantias de cunho fundamental não pode ser ignorada por quem esteja incumbido da séria missão de bem interpretar as normas infraconstitucionais [70].

A matriz constitucional e fundamental do direito do consumidor constitui "prerrogativa diretamente aplicável pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário [71]. Não são, como aduz Canotilho, "simples *norma normarum* mas *norma normata*, isto é, não são meras normas para a reprodução de outras normas, mas, sim, normas diretamente reguladoras de

67. CANOTILHO, J. J.; MOREIRA, Vital Moreira. *Constituição da República portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, v. 01, p. 164.

68. ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. reimp. Madrid: Civitas, 2001, p. 73.

69. GUERREIRO, Medina. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996, p. 4.

70. MÜLLER, F. *Métodos de trabalho do direito constiticional*. 2. ed. rev. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 78-79.

71. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 92.

relações jurídico-materiais" [72]. Como instrumentos reguladores de todas as hipóteses emergentes, as normas constitucionais, obrigatoriamente, devem ser evocadas na hipótese em análise.

A eficácia vertical dos direitos fundamentais vincula todos os órgãos públicos, incluindo-se o Poder Judiciário que, com base no art. 5o, inciso XXXV, da CF/88 e no art. 4o, da LICC, não se pode furtar do dever de concretizá-los. Os direitos fundamentais devem ser considerados como "posições jurídicas subjetivas", essenciais, à proteção da pessoa e como "valores objetivos básicos" do Estado Constitucional de Direito, manifestando-se como "carta de concessões subjetivas" e como "limites objetivos de racionalização" [73]. Sobre a dimensão jurídico-objetiva, Paulo Bonavides enumera importantes inovações trazidas pelos direitos fundamentais: a) irradiação para o Direito Privado; b) elevação à categoria de princípios; c) eficácia vinculante para os três Poderes; d) aplicabilidade direta e imediata; e) dimensão axiológica; f) eficácia *inter privatos*; g) duplo caráter (subjetivo e objetivo); h) conceito de concretização; i) princípio da proporcionalidade na hermenêutica concretizante; e j) introdução do conceito de pré-compreensão [74].

No que concerne ao duplo caráter das normas relativas aos direitos fundamentais, afirma Robert Alexy que deve prevalecer a dimensão subjetiva com base em dois argumentos: a) a finalidade principal desses direitos é a proteção do indivíduo e a dimensão objetiva exerce a função de reforço da tutela jurídica; b) o argumento de otimização refere-se ao caráter principiológico dos direitos, dando-se prioridade à realização e não às obrigações de natureza meramente objetiva [75]. Aquiesce-se com tais

72. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 175.

73. Essa dupla dimensão encontra-se bem delineada na decisão proferida, em 1958, pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso *Lüth*.

74. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 541-542.

75. ALEXY, R. Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen. In: *Der Staat* n. 29 (1990), p. 60 e ss.

considerações, visto que os direitos fundamentais não são dados fechados e prontos, estando abertos a uma análise axiológica pautada nos valores reinantes [76].

> Afirma Ian Martin que muitos acreditam que "a liberdade de mercado é o coração de uma economia eficiente e que comandos econômicos causam um desastre econômico". Contudo, uma economia de mercado, absolutamente não regulada, complementa o Autor, não constitui um princípio de direitos humanos e, nessa linha de pensamento, urge que o direito do consumidor à informação e à liberdade de mercado sejam harmonizados. A livre iniciativa do fornecedor, embora acolhida em sede constitucional, não ocupa a mesma posição que o direito fundamental do consumidor e não podem concorrer em um mesmo plano. A liberdade, sendo um poder de autodeterminação, afirmam Jean Rivero e Hugues Moutouh, é exercida pelo homem sobre si mesmo, "mas o seu reconhecimento jurídico acarreta consequências com relação aos outros – o que justifica asseverar que "*não existem liberdades 'privadas'*" [77]. Por mais que os fornecedores disponham de autonomia para organizar e concretizar as suas atividades, devem adequá-las à proteção constitucional concedida ao consumidor.

O direito fundamental do consumidor demanda uma atuação perspicaz de todos os poderes, instituições e agentes que estejam envolvidos com a questão. A prestação de informações para o consumidor sobre a garantia legal dos produtos e serviços é exigência a ser efetivada pelo poder público e, também, pelos próprios interessados, com fundamento nos status do direito fundamental que a agasalha. A liberdade e a autonomia privada do fornecedor não serão eliminadas com tal exigência, havendo a sua harmonização com um direito reconhecido no âmbito constitucional como fundamental e que, de acordo com o Constitucionalismo pós-moderno, merece maior prestígio e destaque.

76. MARTIN, Ian. *The new world order: opportunity or threat for human rights*, A lecture by Edward A Smith Visiting Fellow presented by the Harvad Law School Human Rights Program, 1993, p. 22.

77. RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades **Públicas***. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 64.

## 5. Conclusão

A pesquisa empreendida para a confecção deste artigo, tanto no campo normativo quanto doutrinário, corrobora a existência do problema, inicialmente, enunciado sobre a necessidade de se examinar, de modo crítico, a responsabilidade civil dos fornecedores em face de serviços públicos fundamentais e de contratos que tratam de relevantes bens. Confirmou-se a hipótese central arregimentada no sentido de que os interesses e os direitos dos consumidores não estão sendo, plenamente, assegurados, sendo concedidas algumas benesses que, sob um perfunctório exame, parecem resguardá-los. Entrementes a averiguação de certas concessões para o setor empresarial tem causado impactos negativos para os destinatários finais.

As alterações programadas das viagens quanto ao itinerário e horário, mesmo que previamente informadas para os consumidores, podem gerar situações conflituosas que suscitem indenização. Da mesma forma, os atrasos dos voos, ainda que causados pela pandemia, ensejam assistência material, e, sem sombras de dúvidas, os danos causados para os consumidores devem ser aquilatados pelo aparato jurisdicional. Situação similar verificar-se-á com o cancelamento de voos, uma vez que muitas pessoas possuem as suas atividades pessoais e profissionais programadas.

Quanto à possibilidade de preterição de passageiros, adota-se o mesmo posicionamento supra registrado no sentido de que a operadora de transporte aéreo que a pratique terminará por assumir o ônus de arcar com a assistência material em prol do consumidor, mas também responderá pelos demais danos materiais e morais engendrados. Não se pode aceitar que alguém adquira um bilhete aéreo confiando que irá embarcar em determinado dia e horário e seja tomado pela surpresa de vir a ser rejeitado. Inexiste justificativa plausível e aceitável para esta espécie de prática

arbitrária, mas se as operadoras objetivam assumir o risco de não aceitar o consumidor que atenda aos requisitos para embarcar, que também arquem com o ônus de indenizá-lo.

A análise econômica dos resultados das normas jurídicas constitui uma importante faceta da contemporaneidade e contribui para que se possa ter uma noção ampla dos fenômenos decorrentes da aplicação do Direito. No entanto, a proteção do consumidor encontra-se consagrada na Constituição de Federal de 1988 como um direito fundamental e vetor da Ordem Econômica. A liberdade mercadológica também consiste uma das vigas basilares desta importante esfera, mas não pode sobrepujar os direitos basilares instituídos pelo microssistema constante na Lei Federal n.o 8.078/90

## 6. Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contrato de transporte de pessoas e o Novo Código Civil. In: PEREIRA, Antônio Celso Alves; MELLO, Carlos Renato Duvivier de Albuquerque (org.). *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

ALMEIDA, Carlos Alberto Neves. *Do Contrato de Transporte Aéreo e da Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo*. Coimbra: Almedina, 2010.

ALPA, Guido.; CATRICALÀ, Antonio.; PANIN, Manuele Amedeo. Il codice del consumo. In: ALPA, Guido.; CATRICALÀ, Antonio (a cura di). *Diritto dei consumatori*. Bologna: il Mulino, 2016.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949.

ALVIM, Eduardo Arruda; JORGE, Flávio Cheim. A Responsabilidade Civil do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e o Transporte Aéreo, *Revista de Direito do Consumidor* 19, São Paulo, Revista dos Tribunais, São Paulo, jul./set. - 1996, p. 126 e ss.

BARENGHI, Andrea. *Diritto dei consumatori*. Milano: Wolters Kluwer Italia, 2018.

BAZIN-BEUST, Delphine. *Droit de la consommation*. 3. ed. FAC Universités/ Mementos LMD. Gualino, 2018.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2017, volume I.

BENJAMIN, Antonio Herman V. O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor,* n. 26. São Paulo: Revista dos Tribunais. abr.- jun., 1998. p. 33-44.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe Bessa. *Manual de Direito do Consumidor*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BÜLOW, Peter.; ARTZ, Markus. *Verbraucherprivatrecht*. 6. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller GmbH, 2018.

CACHARD, Olivier. *Le transport international aérien des passagers*. Haye: LPRecueils de Cours, 2015.

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank Steinmetz. *Droit de la consommation*. Paris: Dalloz, 2016.

CARBONNIER, Jean. *Derecho flexible*. Madrid: Editorial Tecnos, 1974.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES, Orlando. A caminho dos microssistemas. In: GOMES, Orlando (coord.). *Novos temas do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GOMES, Orlando. *A Crise do Direito*. São Paulo: Max Limonad. 1955;

GOMES, Orlando. *Contrato de Adesão.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972;

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1981;

GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações* 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 1967;

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *Dos Contratos de Hospedagem, de Transporte de Passageiros e de Turismo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

HERRERA, Enrique. *Práctica metodológica de la investigación jurídica*. Buenos Aires: Astrea, 1998.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Defensa del Consumidor*. 2. ed. atual. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *RF*, Rio de Janeiro, v. 38, n. 86, p. 539, abr., 1941.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor*. São Paulo: Editora RT, 1992.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. A Responsabilidade do Transportador Aéreo pelo Fato do Serviço e o Código de Defesa do Consumidor. Antinomia entre Norma do CDC e de Leis Especiais. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 3/1992, p. 155-197, jul.-set. 1992;

MARQUES, Cláudia Lima. A Responsabilidade do Transportador Aéreo pelo Fato do Serviço e o Código de Defesa do Consumidor. Antinomia entre Norma do CDC e de Leis Especiais. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 3, jul.-set. 1992.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARQUES, Claudia Lima.; SQUEFF, Tatiana de A.F.R. Cardoso. As regras da Convenção de Montreal e o necessário diálogo com o CDC. São Paulo, *Revista Consultor Jurídico*, Coluna Garantias de Consumo, 21 de junho de 2017.

MIRAGEM, Bruno. *Contrato de Transporte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: RT, 2019.

MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. São Paulo, *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 1015/2020, p. 1-9, maio 2020.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor*: O Princípio da Vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas abusivas. 3.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

MORIN, Gaston. *La revolte des faits contre le code*. Paris: B. Grasset, 1920.

MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2007.

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, maio-jun. 2020 [versão eletrônica].

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A Proteção Constitucional do Consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

PAISANT, Gilles. *Défense et illustration du droit de la consommation*. Paris : LexisNexis, 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado.* 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. XLV, § 4.852, n. 2.

RIPERT, Geoges. *O Regime Democrático e o Direito Civil Moderno*. Trad. J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Alemanha aprova legislação para controlar efeitos jurídicos da Covid-19. São Paulo, *Revista Consultor Jurídico*, Coluna Direito Civil Atual, 25 de março de 2020.

SALINAS, Luis Tapias. *Derecho aeronautico*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1993.

SALLEILES, Raymond. *De la declaracion de volonté*. Paris: Rousseau, 1901.

SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra, Livraria Almedina, 1990.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

STIGLITZ, Rubéns S. e Gabriel A. Stiglitz. *Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección Al Consumidor*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985.

STIGLITZ, Gabriel. *Protección juídical del consumidor*. Buenos Aires, Depalma, 2007.

TARGA, Maria Luiza Baillo.; SQUEFF, Tatiana Cardoso. Os direitos dos passageiros-consumidores de transporte aéreo em tempos de pandemia, *Revista de Direito do Consumidor* 19, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 129, maio/jun. – 2020 [versão eletrônica].

TARTUCI, Flávio. O coronavírus e os contratos. Extinção, revisão e conservação. Boa-fé, bom senso e solidariedade. São Paulo, *Gen Jurídico*, Seção de Artigos, 01 de abril de 2020.

VERDURE, Christophe (Dir.). *Contrats et protection des consommateurs*. Paris : Anthemis, 2016.

WITKER, Jorge. *Como elaborar una tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho*. Madrid: Civitas, 1985.

# 19

# Biopoder, Necropolítica e a Negação da Pandemia

JULIANA PAIVA COSTA SAMÕES

LEANDRO REINALDO DA CUNHA

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Biopoder em Agamben: Uma Análise a partir da Obra "Homo Sacer, O Poder Soberano e a Vida Nua I"; 3. O Biopoder e a Análise Agambeniana da Pandemia no Contexto Italiano; 4. Ponderação entre Direitos e Deveres e Interesses Individuais e Coletivos; 5. Considerações Finais; 6. Referências.*

## 1. Introdução

A realidade social em que o mundo se encontra inserido no presente momento faz com que inúmeras questões possam ser postas, mormente se considerando que a pandemia da COVID-19 teve o condão de descortinar algumas mazelas da sociedade que sempre se fizeram presentes mas que se mostravam escondidas sob um véu de ignorância conveniente em muitos dos casos.

Dentre esses questionamentos que se colocam podemos destacar, e esse é o escopo do presente texto, como a identificação do biopoder amalgamado pela políticas públicas pode impactar na vida dos indivíduos que permanecem sendo excluídos, mesmo quando contemplados por garantias fundamentais, neste período de pandemia?

Para responder a tal questionamento nos escoraremos no estudo do conceito de biopoder apresentado por Giorgio Agamben, tentando apreender a forma pela qual seus pensamentos se inserem na realidade atual, mormente quando dos artigos trazidos em "Reflexões sobre a peste" publicado no corrente ano.

Considerando o sujeito sobre o qual incide a presente apreciação é de se verificar a grande importância social e acadêmica que o permeia, tendo em vista o propósito de questionar o processo de supressão de direitos fundamentais em virtude de um estado de exceção, decretado por conta da pandemia, vinculado com a obrigação coletiva de preservação de cada vida humana.

Sendo assim, estabeleceu-se como objetivo geral, pesquisar o conceito de biopoder apresentado por Agamben numa perspectiva de análise que leva em consideração as diretrizes normativas adotadas pelo governo brasileiro para a contenção da pandemia, bem como das bases narrativas do autor utilizadas com o escopo de sustentar de sua teoria, questionando a dimensão do contágio e suas consequências, bem como as medidas implementadas pelo governo italiano para a contenção da pandemia.

## 2. O Biopoder em Agamben: Uma Análise a Partir da Obra "Homo Sacer, o Poder Soberano e a Vida Nua I"

Giorgio Agamben, em sua obra "Homo Sacer, o Poder Soberano e a Vida Nua I", parte da premissa de que há um ponto de intersecção entre o modelo jurídico-institucional e o modelo biopolítico de poder, ressaltando que a análise de um depende necessariamente da análise do outro. Assim, através do método arqueológico, paradigmático e genealógico ele expõe conceitos do direito greco-romano clássico e conclui que a biopolítica existe desde o estabelecimento da exceção soberana (PIN e CORNELLI, 2017).

O autor refuta a ideia de Foucault de que a biopolítica é um fenômeno que se observa a partir do século XVIII com a Revolução Industrial, entendendo que este limite cronológico é inexato, uma vez que, no mundo ocidental, desde que existe o poder soberano, o controle sobre a vida dos seres humanos se perfaz (DECOTHÉ JUNIOR, 2017). Assim, na visão de Agamben a vida nua é o fundamento do poder soberano e, para comprovar sua hipótese, o autor remonta à Grécia de Aristóteles e Platão, analisando algumas figuras jurídicas daquele momento histórico, como o **Zóe**, o **Bios**, o **Oikonómos**, o **despótes** e o **homo sacer**. Em seguida, utiliza o significado atribuído a tais termos no passado para analisar o controle sobre corpos operado pelo estado nazista, por exemplo, demonstrando que o fenômeno que fez surgir estas figuras se repete em outro momento e em outro lugar, mantendo, entretanto, a sua essência de policiamento sedimentada pela biopolítica (AGAMBEN, 2007).

> **"Em Agamben o passado não apenas está personificado e vivo no tempo presente, porém, o presente é uma construção contínua do passado e aqui entra em curso a ideia de operatividade na sua genealogia teológica. Esta tem a tarefa de tecer uma ontologia do presente. Assim, a temporalidade é atingida por um anacronismo substancial, pois os eventos passados são projetados no tempo presente e o tempo presente é entendido como um constructo do tempo passado em termos genealógicos". (DECOTHÉ JUNIOR, 2017: 73)**

Contrariamente ao que se deduz, no nazismo não ocorreu uma mera apropriação dos conceitos biológicos para fundamentar os discursos sobre raça e patologias hereditárias. Houve uma verdadeira simbiose entre a formação das estruturas conceituais biológicas e a supremacia do biopoder que, em outras palavras, significa que o desenvolvimento do que se colocava como puramente científico não era externo ao ideológico já que um e outro estavam intimamente vinculados (AGAMBEN, 2007).

Partindo, então, do método investigativo genealógico, Agamben analisa em sua obra os fatos com o intuito de delinear a afetividade que move a vontade de poder de cada um (PEREIRA, 2017). Tinha, portanto, o objetivo de fazer um uso instrumental da história para entender a forma como o poder no Ocidente se estrutura no presente (PIN e CORNELLI, 2017).

Discípulo de Spinoza e no uso da genealogia como método, o autor aqui referido a entende como uma análise histórica da formação de determinados discursos que constituem um saber, relacionando-os com o exercício do poder em um determinado contexto social e cultural (PEREIRA, 2017: 121). A genealogia analisa os fatos, a experiência moral realmente vivida com o escopo de entender quais valores prevalecem na luta axiológica presente nos processos sociais vivenciados pela humanidade. Nestes termos, o método em questão permite que a análise histórica da moral se dê na perspectiva dos dominantes e dos excluídos. Para tanto, perpassa pelos grandes acontecimentos, pelos micropoderes e pelos acidentes de percurso que retiram a linearidade, impõem contradições e revelam astúcias na construção dos fatos históricos (AZAMBUJA, 2013).

> **"Insurge-se a genealogia contra os metarrelatos da história. Ela quer colocar em cena os saberes marginalizados (dos loucos, dos presos, por exemplo) como elementos importantes na construção de um saber. Ela é uma pesquisa que se assume engajada em um projeto de luta. É uma pesquisa que faz-se na crítica à ciência e, ao mesmo tempo, assume em seu processo elementos valorativos que permitem avaliar e não somente descrever". (AZAMBUJA, 2013: 129)**

Ao analisar Foucault e Arendt, Agamben verifica que ambos entendem o biopoder como um aparato tecnológico adequado à formação dos corpos dóceis necessários para o poder soberano. Para o filósofo, o poder soberano se instaura como um paradoxo no qual a autoridade estatal se encontra dentro e fora do ordenamento jurídico, pois declara a lei e não

se submete à ela. O autor elucida que o poder do soberano não se evidencia nas situações médias homogêneas e sim na exceção, uma vez que esta seria a condição de possibilidade da validade da norma jurídica (AGAMBEN, 2007). Deste modo, a exceção mantém sua relação com a norma na medida em que define o espaço no qual a ordem jurídico-política tem valor.

O autor defende, ainda, que a exceção se projeta para os indivíduos por meio de um processo de exclusão que não se dá a partir de uma retirada do ordenamento jurídico e sim por meio de um abandono consumado pela indiferença do soberano que não se mostra apenas como aquele que deixa viver, relegando todos os homens a uma lei que está em vigor, mas não "significa" (AGAMBEN, 2007, 59). Utilizando-se de estruturas do antigo direito greco-romano, Agamben elucida como a vida nua (**zóe** sem **bios**), o homem sem cidadania – sem qualificação política, perde seu valor frente ao poder soberano.

Para Agamben, a soberania é um paradoxo, considerando que o soberano se encontra dentro e fora do ordenamento jurídico, pois declara a lei, mas não se submete a esta. Elucida que, como a situação média, tida como normal, não evidencia o poder do soberano, a exceção seria necessária para demonstrar a existência da lei, desaplicando-a (AGAMBEN, 2007: 25). Por conta disto, mantém sua relação com a norma, na medida em que define o espaço no qual a ordem jurídico-política tem valor. Com isso, Agamben demonstra que a falsa dicotomia entre interno e externo, normal e caos, em verdade são apenas dois polos de um mesmo ordenamento, que tem, entre eles, o estado de exceção, garantindo a estrutura da soberania. (AGAMBEN, 2007: 26 e 35)

O autor defende que aquele que foi excluído, continua a ter relação com o seu bando, através desta exclusão. Não se trata, portanto, de mantê-lo fora da lei, mas de ser abandonado por esta (AGAMBEN, 2007: 36),

entendendo que toda violência que se pratica com o abandonado somente se faz por conta da indiferença do soberano (AGAMBEN, 2007: 38). Para Agamben, atualmente, o soberano não se mostra mais como quem determina a morte, mas apenas deixa viver, abandonando todos os homens a si submetidos a ~~**"uma lei que vigora, mas não significa".**~~ (AGAMBEN, 2007: 59).

O soberano somente afirma o seu poder no estado de exceção, quando decide quem está dentro ou fora da lei, que violência afronta o direito e que violência o conserva (AGAMBEN, 2007: 72). O Homo Sacer [1] é um ser completamente submetido ao poder soberano, mas que não pode gozar da proteção que é o fundamento deste poder soberano, a razão pela qual os homens abrem mão da própria liberdade e se submetem às ordens de outro.

Nestes termos, o **Homo Sacer** emerge como um ser completamente submetido ao poder soberano e ao mesmo tempo à margem da proteção que fundamenta a soberania do ente estatal, em posição por si só conflitante. Retomando a referência que lhe dá base, tem-se aquele que tendo cometido um delito, não poderia ser condenado à morte por estar sob a jurisdição divina, contudo quem o matasse não seria considerado homicida. Desse modo, elidido da jurisdição humana e divina, o **Homo Sacer** corresponde à vida nua, matável e indigna de ser vivida. (AGAMBEN, 2007)

O autor assinala que todas as pessoas têm a possibilidade de se tornarem **homo sacer**, uma categoria cuja marginalidade o coloca à mercê do poder soberano que pode ser exercido pelo ente estatal e por aqueles que não se encontram excluídos. Ademais, cabe ao soberano decidir quem pertence ao bando e quem pode ser banido por meio de uma política

1. Este homem, de vida desprotegida, é chamado por Agamben de Homo Sacer, em referência à figura do direito romano que, tendo cometido um delito, não poderia ser condenado à morte (por ser um ser posto sob a jurisdição divina), mas quem o matasse não seria considerado homicida (porque ele também já não se encontrava mais sob o manto de proteção da jurisdição humana). Assim, este ser, posto fora da jurisdição humana sem ainda se encontrar sob a jurisdição divina (AGAMBEN, 2007: 89), exprime que a dignidade da pessoa humana (a sacralidade da vida) em verdade, submete a vida a um poder de morte (poder soberano). O autor demonstra que todas as pessoas se encontram na possibilidade de se tornarem homo sacer, diante da exceção que pode ser imposta pelo poder soberano. E, em relação ao homo sacer, todos os demais podem ser vistos como soberano.

do medo revelada pelo poder de exceção expresso no local de eminente prática da biopolítica: o campo. Vários são os exemplos de campos que subsistem atualmente, quais sejam, os campos de refugiados, os aeroportos franceses, os campos de estupros étnicos, as periferias das grandes cidades, o terceiro mundo, as cobaias humanas e os prisioneiros condenados à morte (AGAMBEN 2007).

Neste contexto, o campo se estabelece como o local específico para operacionalizar a suspensão da lei e permitir que o banimento seja convertido em perda da **bíos** fazendo remanescer a vida nua do denominado **Homo Sacer**. É importante ressaltar que a vida nua pode ser definida como aquela que faz parte do corpo biológico que cada ser vivente porta e que, com a Declaração de Direitos, passou a ser inscrita na ordem jurídico-política do Estado-Nação. Com a vinculação da identidade do **zoé** ao **bios**, o nascimento do sujeito passou a ocorrer no mesmo instante do nascimento do cidadão, transformando-se este no próprio fundamento de legitimidade e soberania do Estado. (AGAMBEN, 2007).

Sob essa perspectiva, o biopoder se revela como um conceito de poder destinado a compreender a estrutura da reificação do homem com base em uma normalidade pensada e produzida para utilizar o sujeito como alicerce do poder soberano através do adestramento da mente e do controle dos corpos.

Evidente que muito se poderia considerar acerca do que é entendido por normal ou anormal, ou mesmo quais os parâmetros que norteiam tais concepções, mas para o presente contexto não se pode ignorar que de regra o estabelecimento desses conceitos perpassa, inquestionavelmente, por quem tem o poder de fixá-los, bem como que a inserção no que se entende por normal tem o poder de definir a posição que se conferirá ao sujeito em uma sociedade (CUNHA, p. 10, 2018).

Nesse diapasão, o biopoder foi apreendido na presente pesquisa com o fulcro de fundamentar o reconhecimento do poder estatal como uma fonte soberana por meio da qual é possível a supressão de direitos fundamentais em estado de exceção.

## 3. O Biopoder e a Análise Agambeniana da Pandemia no Contexto Italiano

Segundo a lógica Agambeniana, o Estado para tornar-se forte precisa de um maior número de cidadãos a ele se subordinem, e eis que se inicia uma nova relação com seus súditos: promove a vida e deixa morrer. A promoção da vida se verifica através das políticas públicas voltadas para a segurança e a saúde e esta nova postura estatal gera paradoxos, pois ao tempo em que implementa ações destinadas à normalização das subjetividades, fundamenta a implementação destas na liberdade do cidadão que passa a exigi-las como direitos.

Agamben decifra que a biopolítica moderna se revela numa relação que transita entre a sujeição necessária para gozar do status de cidadão e a decisão soberana sobre a sua cidadania que perpassa pela tarefa de "zelar pelo corpo biológico da nação, e assinala o ponto em que a biopolítica converte-se necessariamente em tanatologia política" (AGAMBEN, 2007, p.149). Para conferir ares de cientificidade à decisão soberana, o Estado utiliza pesquisas e estatísticas com o objetivo de afastar a visibilidade em relação ao seu despotismo e ao seu intuito de impulsionar a formação de corpos dóceis e produtivos (AGAMBEN, 2007).

Nesta linha, o autor apresenta a utilização da medicina como o ponto nodal para as decisões políticas na moderna biopolítica, permitindo que "a decisão soberana desloque suas motivações de âmbitos estritamente

políticos para um terreno mais ambíguo, no qual o médico e o soberano parecem trocar de papéis" (AGAMBEN, 2007, p. 150). O ser humano torna-se produto do poder político que, com o suporte da medicina e da biologia, passa a regular todos os aspectos de sua vida e todas as suas identidades sociais, definindo o que é normal e o que é patológico.

A biopolítica, portanto, forja a própria vida humana em todos os seus aspectos, através de discursos pretensamente científicos, construídos com base em valorações morais, tendo por fim garantir a normalidade com o extermínio das condutas tidas por marginais, patologizando-as. Agamben exige um saber político reflexivo, que repense o poder soberano, que questione o direito posto e a posição do indivíduo, da sua vida biológica, da sua cidadania, dos seus direitos, sua vida política, questionando o seu lugar na sociedade, exigindo que seja respeitado o seu ser, e não apenas as funções sociais que exerce e sua vida útil, mas a sua existência enquanto essência.

Esta postura é por ele adotada em sua coletânea de artigos sobre a pandemia. Agamben inicia o artigo "A invenção de uma pandemia" afirmando a inexistência de epidemia do COVID, referindo-a como uma gripe com sintomas leves e moderados para a maioria dos casos. Afirma que a mídia e os governos espalham um estado de caos inexistente com o objetivo de implementar um estado de exceção, com sérias e profundas restrições às liberdades individuais em nome da segurança que os governos introjetam como desejo induzido na população.

No segundo artigo, intitulado "Contágio", defende que a postura do governo de considerar cada cidadão como um agente de contágio em potencial é semelhante a considerar cada indivíduo como um terrorista em potencial. Colocando em cheque os estudos científicos sobre dados de contágio e do potencial letal da doença, questiona o distanciamento social como solução para o controle da pandemia, sem apresentar alternativa

(o que se explica por considerar a pandemia uma ficção), concluindo que o objetivo do governo seria fechar universidades, escolas e reuniões por razões políticas, as quais deveriam se realizar pelo modo on-line e por mensagens digitais, deixando subliminar a mensagem de controle governamental sobre o que se pensa e o que se diz.

No artigo intitulado "Esclarecimento", pondera o quanto o apego à vida nua permite o sacrifício de outros direitos, concluindo que uma sociedade que não tem outro valor que não seja a sobrevivência estaria condenada a viver em um perene estado de medo e insegurança, em um contínuo estado de emergência, abrindo mão da própria liberdade, trazendo ainda um alerta para os perigos decorrente da falta de contato entre os seres humanos.

Já no artigo seguinte, "Reflexões sobre a peste", o filósofo retoma uma das bases de sua teoria, reafirmando o papel conferido a ciência como produtora da verdade, como a religião dos novos indivíduos, transformando-os em uma massa "rarefeita e frágil", que espera passivamente pela salvação e obedece sem medo.

Em "Uma pergunta", o autor interroga os limites entre ética e política, entre humanidade e barbárie, e tudo aquilo a que as pessoas se submetem para garantir a sobrevivência, como abrir mão dos rituais de despedida dos mortos, da liberdade de locomoção, aceitando toques de recolher e suspensão das relações sociais, além da nossa completude, como seres humanos, limitando-nos a vida nua.

Em que pese as reais preocupações de Agamben com a redução da existência humana à vida nua, se o seu objetivo é a análise da atual conjuntura, mesmo que se parta, como no seu caso, de uma desconstrução derridiana, questionando todos os pressupostos, inclusive os científicos,

não se pode alterar a realidade para se encaixar na sua teoria.

A época da escrita destes artigos, a Itália sucumbia com a sobrecarga do sistema de saúde, transformando a realidade no grande obstáculo para a manutenção da sua teoria para explicar o caos que se instalara.

Em uma certa perspectiva, se compreende que o que Agamben denuncia, em verdade, é o uso da vida nua, a defesa da sobrevivência, como fundamento para decisões políticas e a possibilidade de se implementar restrições aos direitos fundamentais individuais justificadas pelo estado de exceção, utilizado para combater a pandemia.

É certo que as restrições a direitos devem, efetivamente, ser medidas extremas, **ultima ratio** no rol daquelas medidas pensadas para os momentos de crise, contudo tampouco se pode olvidar que os direitos fundamentais não são absolutos e devem considerar os direitos coletivos e outros direitos individuais como limites.

De fato, a construção de um Estado de Direitos Fundamentais ultrapassa necessariamente um Estado atento à aplicabilidade e eficácia das normas relativas aos deveres fundamentais que se colocam ao serviço da pessoa humana: o respeito pelas vinculações emergentes de certos deveres fundamentais é tão essencial para a tutela do ser humano e da sua dignidade como os próprios direitos fundamentais – se é certo que os direitos P. 52pressupõem deveres, também é verdade que os deveres escondem direitos (MARTINS, 2020, p.52)

Compreende-se que Agambem para formular suas críticas parte do pressuposto de que aceitar medidas restritivas de direito sem fundamentos e ritos que a justifiquem implica em concordar com a instauração do estado de exceção como regra. O que se pretende, com a análise da teoria de biopoder de Agamben e o seu pensamento diante da atual pandemia, é questionar os limites entre dos direitos individuais e coletivos e a possibilidade de restrição a direitos.

A crítica ao pensamento de Agamben diante da pandemia não surge pelo seu questionamento as restrições em si, mas sim pela negação de premissas que as fundamentam, tais como, a real existência de um fator, capaz de gerar o estado de exceção – a justificar as medidas restritivas de direito impostas.

> **"A reacção não se fez esperar, e Agamben teve de voltar atrás. Ou seja, a excepcionalidade desta excepção não lhe permitiu pensar que há excepções e excepções e que, em face disso, teremos de distinguir no futuro não apenas entre Estado democrático e Estado de excepcão, mas também entre Estado de excepção democrático e Estado de excepção anti-democrático."(SANTOS, 2020, p. 14)**

Dessa maneira é preponderante se considerar que a discussão e análise acerca do contexto da vida nua é extremamente pertinente, contudo, sua apreciação não pode ser realizada sem que se sopese a existência de um elemento de tamanha excepcionalidade como a pandemia que se instala sobre o globo.

## 4. Ponderação entre Direitos e Deveres e Interesses Individuais e Coletivos

A teoria de biopolitica de Agamben e as suas críticas as medidas restritivas põem em questão a necessidade de ponderação entre os interesses públicos e privados, de sorte que a ofensa a direitos e interesses individuais, para o autor, não se sustenta ante a existência de uma pandemia.

Nesse contexto, se faz imprescindível aferir em que medida os direitos individuais se sobrepõem aos anseios e necessidades da coletividade, sem se olvidar, também, quanto a existência de deveres inerentes a cada indivíduo para com o seu grupo social, para com a coletividade, como aspecto inerente à manutenção do tecido social.

Não há como se afastar da percepção de que no presente contexto haverá a necessidade de se sopesar os deveres fundamentais e os direitos individuais, vez que a manutenção de uma estrutura social que se mostre minimamente viável obrigatoriamente passa pela necessidade de que cada indivíduo não se considere um ser em si mesmo e apartado dos demais, mas sim como uma parte de um todo, havendo de considerar a existência e os direitos dos demais como parâmetro elementar, trabalhando de forma colaborativa para a manutenção do todo.

Nestes termos, o que se questiona é em que medida os meios utilizados para a contenção da pandemia e denunciados por Agamben justificam os fins pretendidos, considerando tratarem-se de medidas violadoras de direitos individuais, quando não considerado o estado de exceção.

Pode-se, neste sentido, utilizar o sistema proposto por Alexy para garantir a ponderação dos interesses, considerando, inclusive, se a urgência das medidas justifica a supressão do rito necessário para a elaboração das normas jurídicas, cabendo, para tanto, não se afastar da perspectiva de que a existência de uma excepcionalidade é razão bastante para que se considere a adoção de medidas diferenciadas e extremas visando conter os danos inerentes àquela situação extraordinária que se vivencia.

É patente que a manutenção dos direitos individuais é algo preponderante para o ser humano, todavia não há como se pensar em certas individualidades em um momento em que a manutenção e a existência da humanidade como um todo se encontram em risco. No momento em que uma pessoa se encontra em uma realidade que a exclui do acesso aos direitos mais elementares de um estado de direito, como a manutenção de sua própria vida, é preponderante que se afira se não é o momento de se afastar os direitos individuais para a prevalência dos direitos de todos.

As sociedades ao redor do globo estão permeadas de uma infinidade de desigualdades que excluem milhões de pessoas do acesso aos elementos mais nucleares para a manutenção de uma vida digna, situação essa que fica ainda mais evidente em um contexto tão grave quanto ao da presente pandemia.

Tomemos como exemplo a situação vivenciada por pessoas que se inserem nos grupos tidos como socialmente minoritários que, por estarem afastados do controle e do poder acabam sendo relegados a uma condição de marginalidade que beira a uma sentença de morte em uma situação como a de uma pandemia de tamanha letalidade.

Como se ignorar que a prevalência de direitos individuais em face dos coletivos tem o condão de ensejar um número considerável de mortes que atingirá de forma mais severa aqueles que reúnem piores condições sociais vez que não terão como atender aos parâmetros elementares para conter a disseminação do vírus (já que muitos não têm sequer acesso contínuo a água) bem como poderão não conseguir tratamento médico em razão da superlotação do sistema de saúde (CUNHA, 2020)?

Evidente que certas prerrogativas individuais precisam ser afastadas em razão do interesse da coletividade vez que, ao fazê-lo, estar-se-á também atendendo a um interesse que tem o condão de atingir tal sujeito beneficiando-o, ainda que de forma reflexa.

Não se pode ignorar a força que deve se conferir aos interesses individuais mas não há como não se ater a preceitos maiores que tem a força de atingir a coletividade como um todo e permitir que a humanidade se mantenha, não apenas com base nos aspectos atinentes aos parâmetros sanitários mas principalmente no que tange ao respeito ao elemento mais nuclear da humanidade que é o ser humano.

## 5. Considerações Finais

Agamben demonstra que o valor do ser humano está atrelado à sua cidadania, e que o Estado marca o seu poder não apenas nos corpos, mas na vida nua, em um espaço delimitado, que chama de estado de exceção, onde não há cidadania, situação em que o ser está reduzido ao seu corpo, à vida nua, em que a humanidade do ser não é relevante. Sua história, sua individualidade, nada é computado, sendo apenas uma massa de carne e osso.

No estado de exceção, na vida nua, esse **homo sacer** está à mercê do Estado, sem qualquer direito. Este estado de exceção compõe o próprio poder do Estado, e é estrategicamente pensado para manter a ordem, como um exemplo para todos os cidadãos (que, se não cumprirem a ordem, podem ser privados de sua cidadania).

Como propõe Agamben, este estado de exceção não ocorreu apenas nos campos de concentração, mas se reproduziu em diversos outros espaços e acabou por se instaurar nos dias atuais em razão das medidas tomadas pelos governos em razão da pandemia de COVID-19. Ele se reproduz hoje. Aqui. Agora.

Fato é que o pensamento teórico deve ser realizado a partir da realidade posta e, nos dias de hoje, essa realidade, queira-se ou não, é que há pandemia. Há incontável número de mortos. Há contágio. Há quem seja mais atingido e quem sofra menos as consequências decorrentes do atual estado.

O seu ponto de análise, portanto, deve partir deste estado de exceção criado como resposta a uma situação real. Questionar os dados, para garantir a sua existência e fidedignidade, deve ser base do conhecimento científico. Pôr em dúvida dados e negar fatos para garantir a permanência de sua hipótese, não contribui para o desenvolvimento da ciência e para

as necessárias soluções a serem pensadas para a garantia de respostas adequadas ao futuro.

Afastar-se a incidência da prevalência de direitos individuais no presente momento não reduz o cidadão à condição de **homo sacer** como sustenta Agamben, mas sim o coloca em sua real posição em relação ás forças da natureza, havendo de se subsumir ao poder que não está nas mãos do ser humano. Se excepcionalmente se faz necessário afastar a incidência do interesse individual em favor da manutenção da humanidade como um todo não se está reduzindo o indivíduo à condição de **homo sacer**, mas apenas se reconhecendo a fragilidade inerente ao **homo sapiens**.

Ainda muito distantes de quaisquer conclusões, mas à guisa de finalização do trabalho, reconhece-se até aqui que a prática imanente à realização das políticas públicas deve ser indissociável de uma reflexão contínua. Isto é, as críticas expostas foram estabelecidas com o intuito de que as iniciativas do poder público garantidoras de direitos sejam impulsionadas e ampliadas quanti e qualitativamente.

Quando se desvela as questões de poder imanentes, mesmo onde aparentemente só subsiste direitos, é que a cortina da alienação começa a ser levemente desbravada e paulatinamente desconstruída.

O mesmo Agamben que define esse estado de exceção que vemos da nossa janela, hoje nega o vírus. Não estaria ele paramentando o discurso da necropolítica, desprezando outros conhecimentos, alterando a realidade para caber nos seus conceitos?

## 6. Referências

AGAMBEN, Giorgio. HOMO SACER. O Poder Soberano e a Vida Nua I. Tradução Henrique Burigo. 2ª Reimpressão. Belo Horizonte, Ed. UFMG, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. Reflexões sobre a peste, Ed. Boitempo, 2020.

AZAMBUJA, Celso Candido. Introdução ao método genealógico de Nietzsche. ethic@ - An international Journal for Moral Philosophy, Florianópolis, v. 12, n. 1, p. 127-142, jul. 2013. ISSN 1677-2954. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/27038>. Acesso em: 13 jun. 2020. doi:https://doi.org/10.5007/1677-2954.2013v12n1p127.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. Identidade e redesignação de gênero: Aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. ISBN 978-85-519-1043-6.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. População negra como vítima da covid-19 e os deveres do Estado. Medidas necessárias e não efetivadas. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/327876/populacao-negra-como-vitima-da-covid-19-e-os-deveres-do-estado-medidas-necessarias-e-nao-efetivadas. Acesso em: 04 jul. 2020

DECOTHÉ JUNIOR, Joel. Sobre o Método: Continuidade e descontinuidade entre as genealogias de Giorgio Agamben e Michel Foucault. Kalagatos, Fortaleza, v. 14, n. 2, maio-agosto, 2017, p. 59-75.

MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Ratis, BAHIA, Saulo José Casali (Org.) Dever Geral de Recolhimento Familiar em tempos de Coronavirus. In Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus São Paulo: Editora Iasp, 2020

PEREIRA, Thiago Rodrigues. O Método Genealógico Nietzschiano e sua aplicabilidade para a Ciência do Direito. Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Valença. v. 15, n. 2, pp.117-140, jul./dez. 2017. DOI: 10.24859/fdv.2017.2006 Acesso em: 11 de junho de 2019

PIN, Alex G., CORNELLI, Gabriele, Entre m. Foucault e g. Agamben: sobre genealogia e método. Aufklärung. Revista de Filosofia [en linea], Vol 4, num. 2, Mayo-Agosto/2017, PP. 79-90, Disponível em: <http:/www.redalyc.org/articulo.oa?id=471555235010> Acesso em: 13 Jun. 2019

SANTOS, Boaventura de Souza. A Cruel pedagogia do vírus. Coimbra, Portugal, Ed. Almedina, 2020

# 20

# Direitos Humanos e Desenvolvimento: Fundamentos e História em Tempos de Pandemia

**KEYLA CRISTINA FARIAS DOS SANTOS**

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Organização das Nações Unidas, os direitos humanos e a sua problematização em tempos de pandemia; 3. O desenvolvimento histórico dos direitos humanos internacionais; 4. O direito internacional humanitário e sua relevância para garantia de direitos fundamentais em crise sanitária; 5. A fundamentação e a natureza dos direitos humanos na contemporaneidade em tempos de pandemia; 6. A universalidade e a instrumentalização dos direitos humanos na crise sanitária do COVID-19 no Brasil; 7. Considerações Finais; 8. Referências.*

## 1. Introdução

A história dos direitos humanos, como assinala Juan Antonio Travieso [1], não foi linear. Ela seguiu os avanços e retrocessos de todas as histórias, com as acelerações e estancamentos habituais, sem que o passo de uma etapa a outra se tenha produzido mecanicamente.

Assim, os Direitos Humanos refletem o homem histórico, ou seja, são reconhecidos e elencados de acordo com o momento histórico no qual a humanidade está inserida, por isso, têm sido ampliados e modificados constantemente ao longo da humanidade, de acordo com as transformações na organização da vida humana e nas relações sociais.

1. TRAVIESO, Juan Antonio. *Historia de los derechos humanos y garantias.* 3.ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005. p. 305.

Para Bobbio, os Direitos Humanos depois de nascidos como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, à medida que a Constituição incorpora Declarações de Direitos para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais [2].

Os direitos do homem com as revoluções liberais, nomeadamente a da América do Norte e a Revolução Francesa, procuraram conferir à liberdade e à igualdade um papel importante na formação e na construção política dos Estados-nações, para que a liberdade tivesse a identificação com o processo democrático em desenvolvimento.

Buscava-se, acima de tudo, uma nova legitimidade política para uma sociedade que assistia à expansão dos indivíduos. O princípio de que o poder vem de Deus, não servia mais à sociedade dos indivíduos e era conduzida a um segundo plano, porque os direitos humanos aliados a fatores econômicos e políticos, tornaram-se expressões marcantes na luta contra o despotismo dos antigos Estados Absolutistas, por isso a classe burguesa passou a estimular os direitos individuais dos cidadãos, para que juntos, pudessem lutar contra o absolutismo dos monarcas, uma vez que, as lutas militares destes ocasionavam sérios prejuízos para as atividades comerciais e expansionistas da classe burguesa. Procurava-se, face as mudanças da monarquia e a uma crescente secularização, uma outra base para a legitimidade.

As Revoluções Francesas e Americanas ocorridas no século XVIII reduziram a concentração de poderes da Monarquia. O Absolutismo que outrora se delineava fortemente na vida dos súditos, possibilitaria que o povo buscasse assumir um papel relevante neste período da história e passasse a pleitear a implementação de direitos humanos de ordem individual, pautados na noção de liberdade.

2. BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos.* Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. 5. tir. Rio de Janeiro: Elsevier; Campus, 2004. p. 50.

Dessa forma, as declarações foram os primeiros documentos públicos que normatizaram os direitos humanos na Era Moderna, por exemplo, a Declaração de Virgínia, em 12 de junho de 1776, mesmo antes da independência das treze colônias inglesas do Novo Mundo, já tratava dos direitos humanos de ordem individual, posteriormente, estes foram reconhecidos mundialmente através da Declaração Francesa.

Os direitos humanos, por assim dizer, estavam sendo construídos em outra base de legitimidade do poder político, estando, inicialmente, associados ao processo de laicização da sociedade, e, seguida, passando a servir de fundamento para a luta e liberdade de consciência, pela tolerância religiosa e pela constituição de instituições democráticas, que efetivamente consolidassem os ideais de liberdade e igualdade.

Os direitos humanos são inicialmente definidos a partir da relação entre o indivíduo e o Estado, tendo a ver com a própria constituição do poder. Este somente poderia ser legítimo no respeito por tais direitos. Tal concepção emergiu no contexto da cultura ocidental, dando origem às Declarações americana e francesa do final do século dezoito.

A afirmação dos direitos humanos surge no contexto do racionalismo, no quadro de uma certa oposição entre universalismo e individualismo, ou entre o todo e cada indivíduo. O universal e o particular, o coletivo e o individual, não aparecendo necessariamente como conciliáveis. E pode existir mesmo certo antagonismo entre razão e vontade, porque se o direito natural resulta da razão, o direito positivo tem a sua origem na vontade.

No contrato social, se funda a vontade, enquanto os direitos do homem são expressão da razão. Os direitos humanos reduzem, de fato, o primado da razão do indivíduo e do universal, sobre a vontade. Na sua primeira formulação, implicam o cosmopolitismo sobreposto à autoridade

política particular, com a reivindicação de um humanismo tido como próprio de todo o homem, possuindo como base o individualismo e passam a apresentar aspirações que poderão ser consideradas excessivas pela concepção contratualista.

A dialética do individualismo-universalismo pressupõe a existência de um ordenamento jurídico cosmopolita, entrando, de certo modo, em conflito, com o princípio de qualquer Estado de direito assente na soberania e no princípio *pacta sunt servanda*, sem o qual o indivíduo perde toda a segurança jurídica.

A segurança jurídica encontra o seu fundamento na irreversibilidade do tempo. Este fundamento filosófico, na medida em que possui um conteúdo de regras em contradição com o universalismo humanista, contraria o princípio da universalidade.

E o contexto em que surgiu a sua proclamação conferiu-lhes também o seu alcance inspirado pelo Iluminismo no processo de desenvolvimento do capitalismo como matriz primeira leva Karl Marx na Crítica da Filosofia do Estado de Hegel, para denunciar a distinção entre direitos do homem e direitos do cidadão.

Assim sendo, a primeira formulação dos direitos do homem apresenta um caráter profundamente individualista, enquanto reivindicação da liberdade perante o Estado, a quem se pede que limite o seu poder.

Nesse sentido, à medida que um direito é visto como integrante da dignidade humana, ele é elevado ao status dos direitos humanos. Estes, são incorporados expressamente na Carta Constitucional de um Estado, passam a serem chamados de direitos fundamentais, servindo como fundamento de validade de toda a ordem jurídica infraconstitucional. Assim, norteiam toda e qualquer edição legislativa da nação. De acordo com o entendimento de J.J. Gomes Canotilho:

> *Sem esta positivação jurídico-constitucional, os direitos do homem, são esperanças, aspirações, ideias, impulsos ou mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional* [3].

Assim, não há uma relação fechada e estabelecida em relação aos Direitos Humanos, já que seu caráter é progressivo, correspondendo cada momento ao estágio cultural da civilização [4].

Nesse sentido, os Direitos Humanos relacionam-se a temática da pandemia, à medida que o advento da crise sanitária global evidencia os problemas sociais, políticos e econômicos da sociedade moderna, agravando o processo de marginalização e exclusão social contemporâneo.

## 2. Organização das Nações Unidas, os direitos humanos e a sua problematização em tempos de pandemia

O núcleo central da problemática dos direitos humanos começou, por se referir à defesa da esfera privada de cada um e à limitação do poder do Estado. Aparecendo como uma proteção dada ao indivíduo como garantia de uma vida humana digna. Sendo que, na sua origem estão ligados a uma filosofia individualista e à teoria do contrato social.

Segundo o contratualismo, antes do Estado existir, havia apenas direitos naturais, isto é, direitos que derivavam da própria natureza do homem. E o contratualismo reveste-se de um caráter revolucionário quanto ao problema da legitimidade dos Estados.

O poder político constituiu-se tendo em vista a melhor garantia de tais direitos. A "fragilidade humana", segundo John Locke, leva príncipes

3. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992. p.529

4. SANTOS JÚNIOR, Belisário dos. Direitos humanos priorizados pela justiça. *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas*, v. 10, n.14, p. 282, jan./jun. 1996.

a certos "desgovernos", que nem sempre respeitam as prescrições do direito natural e mediante o contrato social, os indivíduos obedecem à autoridade, adquirindo também o direito à proteção da sua vida, da sua liberdade e da sua propriedade. O poder está vinculado às cláusulas de um contrato inicial, do qual depende a sua legitimidade, sendo que, se ele não cumpre as suas obrigações, também os cidadãos têm o direito de não cumprirem as suas.

O direito natural assume o caráter de universalidade, na medida em que a faculdade racional é comum a todos os homens. Os direitos humanos, na visão Iluminista, são direitos do ser racional. Eles resultam de uma luta travada pelas "luzes" contra o absolutismo, estabelecendo que todo homem é um ser racional, independentemente da sua cultura e da sua civilização. Estabelecendo que, as leis positivas dependem dos contextos sociais e os direitos humanos resultarão da própria natureza humana, sendo válidos para todos, por isso, as Declarações dos Direitos de finais do século XVIII incorporam esta visão embrionária para a construção inicial dos Direitos Humanos.

Assim, o processo histórico de generalização e expansão da proteção internacional dos Direitos Humanos, partindo de manifestas carências e insuficiências, caracterizou-se por uma multiplicação dos instrumentos de proteção, os quais se têm feito acompanhar pela identidade básica de propósito e pela unidade conceitual de direitos. [5]

E em tempos de pandemia, vale frisar a grande relevância do direito à saúde em plena crise sanitária que vive a atual sociedade.

Assim sendo, a evolução humana percorreu um extenso caminho até os dias atuais, sofrendo profundas transformações sociais, políticas, religiosas e econômicas, os quais permitiram garantir direitos essenciais à

5. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v.1, p.77.

pessoa na constante busca por uma existência social de maneira digna e em consonância com os preceitos constitucionalmente assegurados.

Esse percurso histórico baseado nas lutas travadas pela sobrevivência conduziu ao longo do tempo, o reconhecimento da pessoa como um valor e uma experiência jurídica para a garantia do direito à saúde como elemento basilar no acesso à dignidade humana.

Nesse sentido, a Organização Mundial de Saúde – OMS institui o Regulamento Sanitário Internacional – RSI [6] em 2005, referindo-se as regras do tratamento de pandemias. Assim como, prevê a Constituição da OMS [7] em relação ao efeito vinculante para todos os Estados Membros da OMS não necessitando da incorporação na ordem jurídica interna para o vigor de sua eficácia.

No caso da pandemia do COVID-19 o presente RSI/OMS é devidamente válido e vinculante aos Estados Membros do referido Organismo Internacional.

No caso do Brasil, observa-se que o mesmo promulgou o Regulamento por meio de um Decreto Nº 10212/2020 [8], incorporando o texto revisado da OMS acerca do assunto: O Regulamento Sanitário Internacional – RSI, estabelecido na 58º Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde no dia 23 de maio de 2005.

Esse Regulamento Sanitário Internacional – RSI, em vigor desde 2007, apresenta-se como o instrumento jurídico internacional basilar cuja

6. Regulamento Sanitário Internacional – RSI da Organização Mundial de Saúde - OMS. Disponível em:< https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5847:regulamento-sanitario-internacional-rsi&Itemid=812#:~:text=Regulamento%20Sanit%C3%A1rio%20Internacional%20(RSI),Mundial%20da%20Sa%C3%BAde%20(OMS).> . Acesso em 07 jun. 2020.

7. Constituição da Organização Mundial de Saúde – OMS. Organização Mundial da Saúde - OMS/WHO; Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Recurso na Internet em Português | LIS - Localizador de Informação em Saúde | ID: lis-LISBR1.1-22006. Biblioteca responsável: BR67.1. Disponível: < https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/lis-LISBR1.1-22006> . Acesso em: 07 jun. 2020.

8. BRASIL. Decreto Nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020. Dispõe acerca da Promulgação o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10212.htm> . Acesso em: 07 jun. 2020.

finalidade é regular as crises sanitárias de âmbito internacional como a pandemia do COVI-19, vivenciada pela sociedade moderna e que também foi utilizada em crises sanitárias anteriores como a que correra na República Democrática do Congo.

Assim sendo, o artigo 2º do Regulamento Sanitário Internacional possui como propósito e abrangência o seguinte:

> *"O propósito e a abrangência do presente Regulamento são prevenir, proteger, controlar e dar uma resposta de saúde pública contra a propagação internacional de doenças, de maneiras proporcionais e restritas aos riscos para a saúde pública, e que evitem interferências desnecessárias com o tráfego e o comércio internacionais."*

Valendo ressaltar que, a concentração precípua do presente instrumento jurídico é a troca de informações e cooperação entre os Estados Membros e seus próprios mecanismos de prevenção e investigação para a obtenção de dados de cada país, acerca da crise sanitária global.

## 3. O desenvolvimento histórico dos direitos humanos internacionais

Compreende-se, que a defesa dos direitos humanos começa a ser assumida pela classe burguesa, em obediência aos seus próprios interesses, e se consubstancie em liberdades fundamentais. Algumas dessas liberdades foram tornadas essenciais, sendo vistas como invioláveis e sagradas. Emergindo os direitos cívicos, porque se pretendia contrariar o poder soberano do Estado, em que se afirmavam igualmente, os direitos políticos. Nascendo a democracia moderna como "fruto" da reivindicação de liberdade política dos indivíduos e fundamento da concepção de cidadania.

Nesse sentido, a afirmação dos direitos sociais e econômicos encontra-se na época do Estado social, desde a emergência da chamada "questão

social" em finais do século XIX, e os mesmos foram se configurando numa época em que as condições econômicas da Europa o permitiam, fornecendo o conteúdo material àqueles direitos formais.

Dessa forma, a ordem republicana de um Estado constitucional democrático, confere um primado à vontade sobre os direitos humanos e os direitos sociais e econômicos passam a estar colocados sob a "reserva do possível", podendo ser ou não realizados de acordo com essa vontade.

O Estado moderno criou vínculos de solidariedade entre cidadãos e, nessa base, se edificou o Estado social que forneceu um conteúdo concreto ao conceito abstrato de cidadania. O cidadão deve usufruir das condições materiais que lhe permitam exercer de fato os seus direitos, para que a cidadania não fique restrita aos direitos sociais e econômicos, mas converta-se nas condições da democracia, a fim de que, tenha direito a dispor dos meios necessários ao exercício das suas liberdades fundamentais.

Numa sociedade assim constituída, devem poder existir em igualdade de direitos distintas formas de vida cultural, étnica e religiosa em coexistência e convivência. Esta realidade é compatível com uma cultura política comum, base daquele patriotismo constitucional. Tal coexistência faz-se no quadro de princípios constitucionais, na medida em que a cultura política de um país cristaliza-se na constituição vigente. A democracia não se pode apresentar somente como a forma liberal dos direitos de liberdade e de participação política, mas também por meio da fruição dos direitos sociais e culturais. O problema levanta-se, nas sociedades democráticas, quando a cultura política dominante impõe a sua forma de vida, pondo em causa a igualdade de direitos de cidadãos com outro tipo de cultura.

Um sucessivo alargamento do campo dos direitos humanos está em curso no mundo de hoje. A sua teorização oferece um instrumento

que ajuda a compreender e a esclarecer as vias de emancipação humana e política, para que os direitos humanos sejam o produto da civilização humana, sujeitos a transformações e ampliações contínuas, de harmonia com o crescimento do homem em humanidade.

## 4. O direito internacional humanitário e sua relevância para garantia de direitos fundamentais em crise sanitária

Evidenciar que os mecanismos de proteção dos direitos humanos constituem um ramo específico do direito, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, fomentado basicamente, após a Segunda Guerra Mundial com o intuito de acabar com as constantes violações, desigualdades e preconceitos. Fundado em normas jurídicas internacionais, procedimentos e mecanismos voltados a garantir os direitos humanos de todos os cidadãos e a obrigar cada nação a responsabilizar-se pela satisfação desses direitos. São Convenções, Tratados, Pactos, Protocolos estabelecidos por Comissões ou Comitês, resultantes de consensos da Sociedade Internacional e destinadas a reforçar o caráter universal, indivisível e interdependente dos direitos humanos.

Após a aprovação da Declaração Universal de 1948, dos Pactos dos Direitos Civis e Políticos e Econômicos, Sociais e Culturais e das Convenções específicas, formou-se um sistema global ligado à Organização das Nações Unidas (ONU), que obrigasse os Estados-partes a respeitarem os mecanismos internacionais. De maneira complementar ao sistema da ONU, muitos continentes criaram sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, como a Europa, a África e as Américas, com objetivo de aproximar as realidades territoriais e dicotômicas dos parâmetros gerais e valores construídos pela humanidade.

O Brasil, além de ser Estado-parte da ONU, também integra a Organização dos Estados Americanos (OEA), que é parte do sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos, tendo já ratificado a Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969, em 25.09.1992, bem como outros instrumentos específicos desse sistema. A esse fenômeno de proteção dos direitos historicamente reconhecidos, Cançado Trindade denomina "*Diversidade de meios e identidade de propósitos*" [9].

Objetivando, evidenciar a diferença que ocorre com os tratados multilaterais clássicos, que materializam compromissos recíprocos para o benefício mútuo dos Estados-partes, os tratados de proteção dos direitos humanos incorporam obrigações objetivas para benefício mútuo destes, através de mecanismos de implementação coletiva. Por isso é necessário que se supere a ideia de soberania absoluta dos Estados, dado que a proteção dos direitos humanos não se encerra no domínio reservado do Estado e nem na questão meramente nacional de interesse, para a consolidação dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, os Estados têm liberdade e autonomia para aderir ou não aos documentos internacionais no exercício de sua soberania, mas a partir do momento que manifestem sua adesão, assumem obrigações das quais não podem se furtar no plano internacional. Assim, a natureza dos direitos protegidos antecede a qualquer forma de organização política ou social e a proteção de tais direitos não se esgota na ação do Estado. É quando as vias internas ou nacionais se mostram incapazes de assegurar a salvaguarda desses direitos que são acionados os instrumentos internacionais de proteção, que acarretam obrigações internacionais de proteger, com deveres objetivos para os Estados-partes e proibição a denegação de justiça por estes ou alegação de falta de recursos para atender aos deveres assumidos.

9. TRINDADE, 2003, op cit., p.71.

Assim, a supervisão dos compromissos não cabe discricionariamente ao Estado-parte, mas sim aos órgãos internacionais, que agem em defesa aos valores comuns superiores ao conceito e interesse do Estado. Dessa forma, podemos dizer que o processo de universalização dos direitos humanos trouxe consigo a necessidade de criar uma sistemática internacional de monitoramento e controle objetivando a implementação internacional dos direitos humanos no plano processual, para atuar por provocação do interessado através do sistema de petições ou *ex officio*, por meio do sistema de relatórios e investigações, denominada "*international accountability*" [10].

## 5. A fundamentação e a natureza dos direitos humanos na contemporaneidade em tempos de pandemia

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos constitui o legado maior da chamada "Era dos Direitos", que tem permitido a internacionalização dos direitos humanos e a humanização do Direito Internacional Contemporâneo [11].

Norberto Bobbio descreve que, os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas [12]. Para Hanna Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução [13]. Refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social.

10. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* 7.ed.rev.ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p.151

11. Thomas Buergenthal, prólogo do livro de Antônio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, p. XXXI. No mesmo sentido, afirma Louis Henkin: "O Direito Internacional pode ser classificado como o Direito anterior à 2ª Guerra Mundial e o Direito posterior a ela. Em 1945, a vitória dos aliados introduziu uma nova ordem com importantes transformações no Direito Internacional" (Louis Henkin et.al., *International law*: cases and materials, p.3).

12. BOBBIO, *op. cit*, p.32

13. ARENDT apud LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo : Companhia das Letras, 1991. p.134.

No entendimento de Joaquim Herrera Flores [14], os direitos humanos compõe uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocando uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana, que para Carlos Santiago Nino, os direitos humanos são uma construção consciente vocacionada a assegurar a dignidade humana e a evitar sofrimentos, em face da persistente brutalidade humana [15].

Considerando a historicidade dos direitos, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

Essa concepção é fruto da internacionalização dos direitos humanos, que constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo a partir do Pós-Guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana. Em que o legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direito, ao pertencimento à determinada raça: a raça pura ariana, que para Ignacy Sachs [16], o século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial.

É nesse cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea, no momento em que, os seres humanos se

14. HERRERA FLORES, Joaquín. Direitos Humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. *A Sequência*, Florianópolis, v. 23, n. 44, 2002, p.7. Disponível em: < https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330>. Acesso em: 04 jun. 2020.

15. NINO, Carlos Santiago. *The ethics of human rights*. Oxford : Clarendon Press, 1993. p.4

16. SACHS, Ignacy. O desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos. *Estud. Av.*, São Paulo, v.12, n. 33, May/Aug. 1998. p.149.

tornam supérfluos e descartáveis pela lógica da destruição, pensamento este condenável pelo valor à pessoa humana, necessário a reconstrução dos direitos humanos como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável.

Essa barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor-fonte do direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a reconstrução destes direitos.

E a perspectiva nazista, derrotada, evidenciou a inviabilidade de se admitir a soberania plena de uma nação guiada pelo Estado de Direito, pois a Declaração Universal conseguiu introduzir com o imprescindível grau de universalismo, um rol de direitos pautados sobre o mesmo valor que é a dignidade da pessoa humana imprescindível para garantir que o Estado não seja o soberano absoluto na forma de tratamento para com seu nacional, mas garanta a toda Sociedade Internacional o papel importante para a tutela desses direitos.

Thomas Buergenthal descreve que o Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra e seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos na Era de Hitler e à crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse [17] .

Cada Estado que adere ao sistema internacional de proteção admite a possibilidade de que uma instância internacional exerça sobre ele o controle de legalidade do núcleo duro dos direitos humanos, desfazendo

17. Thomas Buergenthal. *International human rights*, p. 17 Para Henkin, por mais de meio século, o sistema internacional tem demonstrado comprometimento com valores que transcendem os valores puramente "estatais". Notadamente os direitos humanos tem desenvolvido um impressionante sistema normativo de proteção desses direitos. (*International law. p.2).*

assim, a teoria da soberania absoluta, desenfreada e desmedida do Estado.

Assim, dentro de uma nova ótica de tutela dos direitos garantidos a todos os cidadãos devidamente reconhecidos pela Sociedade Internacional, estes nascem livres e iguais em oportunidades e direitos, tornando inevitável garantir a hipótese do Estado violar os direitos de seus nacionais, em que possibilitar-se-á recorrer a uma esfera internacional que pudesse intervir na salvaguarda das normas impostas pela Declaração Universal e pelos pactos e tratados decorrentes de suas diretrizes. Além disso, há um sistema global de proteção dos direitos humanos capitaneado pela Organização das Nações Unidas para propiciar maior grau de fiscalização desses direitos e possibilitar uma proteção mais eficaz por intermédio de medidas sancionatórias atribuídas a esses sistemas, demonstrando que existe uma nítida relação de causa e efeito do reposicionamento de cada sujeito de direito na Sociedade Internacional, cuja efetividade somente pode ser concretizada se concebida a relativização da soberania do Estado, mérito outorgado, inexoravelmente, à Declaração Universal de 1948.

Nesse sentido, há um reencontro com o pensamento kantiano com as ideias de moralidade e dignidade, direito cosmopolita e paz perpétua. Para Kant as pessoas, em geral qualquer espécie racional, devem existir como fim em si mesmo e jamais como meio, para ser arbitrariamente utilizado para este ou aquele propósito. Os objetivos tem um valor condicional, por serem irracionais, por isso são chamados "coisas", que são por outras equivalentes, enquanto que, os seres racionais são chamados de "pessoas", porque constituem um fim em si mesmo, tem um valor intrínseco absoluto, são insubstituíveis e únicos, não devendo ser tomados em si como meios, porque as pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que possuem um valor intrínseco.

Para Kant, a autonomia [18] é a base da dignidade humana e de qualquer criatura racional e a ideia de liberdade está intimamente conectada com a concepção de autonomia, por meio do princípio universal da moralidade que é fundamento de todas as ações dos seres racionais [19] . Assim, o imperativo categórico universal, determina apenas que haja uma forma máxima, capaz de converter-se ao mesmo tempo, em uma lei universal.

No esforço de reconstrução dos direitos humanos do Pós-Guerra, há de um lado, a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos e de outro, a emergência da nova feição do Direito Constitucional ocidental, aberto a princípios e a valores, em ênfase no valor da dignidade humana.

Nesse sentido, no âmbito do Direito Internacional, começa a ser delineado o sistema normativo internacional de proteção aos direitos humanos, para proteger os direitos fundamentais e limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos.

## 6. A universalidade e a instrumentalização dos direitos humanos na crise sanitária do COVID-19 no Brasil

A Declaração de 1948 vem a inovar ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco a condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância

18. As teorias sobre direitos humanos tendem a enfatizar a importância e o valor da autonomia pessoal. (RAZ, J. Rights-based moralities. In: WOOD, Allen (ed.). *Basic writings of Kant*. New York : Modern Library, 2001, p.185-186, 192-193.

19. KANT, Immanuel. Fundamental principles of the metaphysics of morals. In: WOOD, 2001, *ibid.*, p.178.

dos direitos sociais, econômicos e culturais. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o rol de direitos sociais, econômicos e culturais.

A partir da Declaração de 1948, começa se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção. A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a esse campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos.

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção desses direitos. Tal sistema é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, sobretudo, a consciência ética e contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais sobre direitos humanos.

E ao lado do sistema normativo global, surgem os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos nos planos regionais, particularmente na Europa, América e África. Consolida-se assim, a convivência do sistema global da ONU, com instrumentos do sistema regional, por sua vez integrado pelos sistemas interamericano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos.

Salientando-se que, a Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993, reitera a concepção da Declaração de 1948 quando, em seu § 5º, afirma: "Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados". A Sociedade Internacional deve tratar os direitos

humanos globalmente de forma justa e equitativa, porque a Declaração de Viena afirma a interdependência entre os valores dos direitos humanos, democracia e desenvolvimento.

Não há direitos humanos sem democracia, tampouco democracia sem direitos humanos, porque o regime mais compatível à proteção desses direitos é o democrático. Para Amartya Sem, os direitos políticos, incluindo a liberdade de expressão e discussão, são não apenas fundamentais para demandar respostas políticas às necessidades econômicas, mas são centrais para a própria formulação dessas necessidades econômicas [20] .

O desenvolvimento há de ser compreendido como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas podem usufruir para adotar a concepção de Amartya Sen. Acrescente-se ainda que a Declaração de Viena de 1993, consagra ser o direito ao desenvolvimento, um direito universal e inalienável, parte integral dos direitos humanos fundamentais. Reitere-se que, a Declaração de Viena reconhece a relação de interdependência entre democracia, o desenvolvimento e os direitos humanos no Estado democrático de direito.

Sendo assim, deve-se frisar um aspecto bastante relevante nessa crise sanitária e que teve efeitos diretamente no Brasil, como: O fato da China, onde teve o início da pandemia global do COVID-19 ter violado preceitos normativos do Regulamento Sanitário Internacional – RSI, que estabelece claramente no seu art. 6º [21] as regras para a serem seguidas pelos Estados Membros nos casos de emergência da saúde pública global, vejamos:

**1.** Cada Estado Parte avaliará os eventos que ocorrerem dentro

20. SEN, Amartya, prefácio ao livro *Pathologies of Power*, de Paul Farmer.

21. Regulamento Sanitário Internacional – RSI da Organização Mundial de Saúde - OMS. Disponível em:< https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5847:regulamento-sanitario-internacional-rsi&Itemid=812#:~:text=Regulamento%20Sanit%C3%A1rio%20Internacional%20(RSI),Mundial%20da%20Sa%C3%BAde%20(OMS).> . Acesso em 07 jun. 2020.

> de seu território, utilizando o instrumento de decisão do *Anexo 2*. Cada Estado Parte notificará a OMS, pelos mais eficientes meios de comunicação disponíveis, por meio do Ponto Focal Nacional para o RSI, e dentro de 24 horas a contar da avaliação de informações de saúde pública, sobre todos os eventos em seu território que possam se constituir numa emergência de saúde pública de importância internacional, segundo o instrumento de decisão, bem como de qualquer medida de saúde implementada em resposta a tal evento. Se a notificação recebida pela OMS envolver a competência da Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA), a OMS notificará imediatamente essa Agência.
>
> **2.** Após uma notificação, o Estado Parte continuará a comunicar à OMS as informações de saúde pública de que dispõe sobre o evento notificado, de maneira oportuna, precisa e em nível suficiente de detalhamento, incluindo, sempre que possível, definições de caso, resultados laboratoriais, fonte e tipo de risco, número de casos e de óbitos, condições que afetam a propagação da doença; e as medidas de saúde empregadas, informando, quando necessário, as dificuldades confrontadas e o apoio necessário para responder à possível emergência de saúde pública de importância internacional.

Outrossim, a responsabilização internacional de Estados perante a Corte Internacional de Justiça – CIJ exige não apenas o descumprimento de uma obrigação internacional atribuída ao Estado, no caso da China, assim como de uma jurisdição definida.

Destarte, a CIJ sendo o principal órgão judiciário da ONU não possui jurisdição automática e seu regular atendimento jurisdicional pode ser observado nas cláusulas compromissórias estabelecidas nos Tratados Internacionais, que dispõe do acesso à Corte em caso de controvérsias acerca da interpretação e aplicação de suas disposições legais internacionalmente asseguradas.

## 7. Considerações finais

A elusividade, a ausência de disposições normativas que conceituem os Direitos Humanos, aliados aos aspectos emocionais que circundam o assunto, fazem com que não haja uma definição conclusiva acerca de tais direitos, em que pese as discussões sobre a vigência e conceito dos Direitos Humanos, estes são fruto do valor da dignidade humana, que ultrapassa a concepção meramente jurídica.

Os Direitos Humanos dispõem de um conjunto de direitos inerentes ao cidadão que resultam de um processo permanente de evolução, desenvolvimento e consolidação, guardando entre si a indivisibilidade, a interdependência e a universalidade, muito embora tenham se exteriorizado e se firmado em um determinado período histórico.

Rever a história da construção dos direitos humanos ao longo do processo de desenvolvimento é essencial à tutela dos direitos fundamentais, em caráter universal, levando em consideração o advento da Declaração Universal de 1948, em que o indivíduo foi inserido em um novo contexto junto à Sociedade Internacional, sendo evidenciado como o pleno sujeito de direitos.

Os direitos humanos se consolidaram com a segunda guerra mundial, tornando-se consagrados nos planos normativos como objeto de demandas sociais, que pleiteavam a proteção não apenas dos direitos individuais, mas, sobretudo, de toda sociedade. Para tanto, havia a necessidade da construção de sistemas internacionais que promovessem e garantissem os direitos humanos de modo a torná-los valores universais e devidamente observado pelos ordenamentos internos.

Os sistemas de proteção aos direitos humanos surgiram como respostas aos horrores ocorridos durante o holocausto e são compostos

atualmente de estruturas complexas, em função da disponibilidade de vários instrumentos em sua defesa e de mecanismos que visam também sua garantia e que possibilitam a responsabilização internacional dos Estados que os violam.

Apesar do rol de direitos estabelecido pelos sistemas de proteção dos direitos humanos, o Brasil ainda se mostra insuficiente para assegurar a plena eficácia de decisões oriundas da Corte Interamericana de Direitos Humanos, gerado por força de uma lacuna legislativa a procrastinação do cumprimento voluntário dessas decisões, enfraquecendo a conotação jurídica e política de uma sentença em que se declara a evidência de uma violação aos direitos consagrados no Pacto de San José da Costa Rica e o reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado.

Salientando-se que, os desafios da justiça internacional em matéria de direitos humanos estabelecem também um marco na tensão entre o direito da força e a força do direito, dificultando assim, a construção efetiva dos direitos humanos no Estado Democrático de Direito.

Como observa Norberto Bobbio, a garantia dos direitos humanos no plano internacional só será implementada quando uma "jurisdição internacional se impuser concretamente sobre as jurisdições nacionais, deixando de operar dentro dos Estados, mas contra os Estados e em defesa dos cidadãos" [22] .

Assim, a crise sanitária global que se permeia na sociedade moderna poderá ter o condão de garantir maior eficácia dos direitos fundamentais consagrados nos ditames internacionais, pois a dificuldade para superar as barreiras de jurisdição na política internacional é fundamental, para que os casos contenciosos de crise sanitária sejam devidamente sanados entre os Estados soberanos envolvidos na controvérsia da pandemia atual.

22. BOBBIO, 1992, *op cit.*, p.25-47.

Assim, os instrumentos jurídicos internacionais são fundamentais para a consolidação e garantia dos direitos humanos no Estado Democrático de Direito, como vetor basilar para assegurar a dignidade humana de todos os cidadãos envolvidos na pandemia do COVID-19 que atinge o mundo globalizado.

Por fim, mister salientar que a segurança jurídica internacional deve ser observada entre os Estados Membros para a concretização dos ditames que regulam a crise sanitária global, para que o efetivo exercício da cidadania enquanto preceito basilar do Estado Democrático de Direito, estejam de acordo com os ditames estabelecidos pelos direitos humanos internacionais entre os Estados Membros, para a superação da crise sanitária global criada com a pandemia do COVID-19.

## 8. Referências

BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos.* Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. 5. tir. Rio de Janeiro: Elsevier; Campus, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992.

HENKIN, Louis et. al. *International Law*, Cases and Materials. 5th. ed. New York : West, 2009. (American Casebooks Series).

HERRERA FLORES, Joaquín. *Direitos Humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência.* A Sequência, Florianópolis, v. 23, n. 44, 2002, p.7. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330>. Acesso em: 04 jun. 2020.

KANT, Immanuel. *Fundamental principles of the metaphysics of morals*. In: WOOD, Allen (ed.). Basic writings of Kant. New York : Modern Library, 2001.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos:* um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, São Paulo : Companhia das Letras, 1991.

NINO, Carlos Santiago. *The ethics of human rights*. Oxford : Clarendon Press, 1993.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva. 2009. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAZ, J. Rights-based moralities. In: WOOD, Allen (ed.). *Basic writings of Kant*. New York : Modern Library, 2001.

SACHS, Ignacy. *O desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos.* Estud. Av., São Paulo, v.12, n. 33, May/Aug. 1998.

SANTOS JÚNIOR, Belisário dos. *Direitos humanos priorizados pela justiça*. Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas, v. 10, n.14, p. 282, jan./jun. 1996.

SEN, Amartya Sen. Prefácio. In: FARMER, Paul. *Pathologies of Power:* Health, Human Rights, and the New War on the Poor. California : UCLA, 2005.

TRAVIESO, Juan Antonio. *Historia de los derechos humanos y garantias.* 3.ed. Buenos Aires: Heliasta, 2005.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional de direitos humanos.* Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997. Vol. 1.

_____. _____. 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v.1.

WATSON, Adam. *A Evolução da sociedade internacional:* uma análise histórica comparativa. Brasília: Ed. da UNB, 2004.

## Legislação:

Regulamento Sanitário Internacional – RSI da Organização Mundial de Saúde - OMS. Disponível em:< https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5847:regulamento-sanitario-internacional-rsi&Itemid=812#:~:text=Regulamento%20Sanit%C3%A1rio%20Internacional%20(RSI),Mundial%20da%20Sa%C3%BAde%20(OMS).> . Acesso em 07 jun. 2020.

Constituição da Organização Mundial de Saúde – OMS. Organização Mundial da Saúde - OMS/WHO; Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Recurso na Internet em Português | LIS - Localizador de Informação em Saúde | ID: lis-LISBR1.1-22006. Biblioteca responsável: BR67.1. Disponível: <https://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/lis-LISBR1.1-22006> . Acesso em: 07 jun. 2020.

BRASIL. Decreto Nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020. Dispõe acerca da Promulgação o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10212.htm> . Acesso em: 07 jun. 2020.

# 21

# O Dever de Desjudicialização dos conflitos durante e pós-pandemia de COVID-19

**LILIANE NUNES MENDES LOPES**

*Sumário: 1. Introdução; 2. A importância e normatização dos meios adequados para solução de conflitos; 3. O dever de adoção dos meios adequados de resolução de conflitos extrajudiciais durante e pós-pandemia como cumprimento dos princípios da pacificação social, da adequação e da cooperação; 4. Mediação virtual (ODR): um caminho adequado na pandemia; 5. Conclusão; 6. Referências.*

*O conflito é luz e sombra, perigo e oportunidade, estabilidade e mudança, fortaleza e debilidade. O impulso para avançar e o obstáculo que se opõe a todos os conflitos contêm a semente da criação e da desconstrução.*

*(Sun Tzu, 2004)*

## 1. Introdução

O COVID – 19 trouxe inúmeros impactos, nas mais diversas áreas das relações humanas. A necessidade de proteção pessoal e coletiva contra o vírus levou o mundo a adotar medidas drásticas de isolamento físico/social e suspensão das atividades presenciais, mantendo-se apenas as essenciais, cuja caracterização é estabelecida a cada tempo e lugar.

Sendo o ser humano sistêmico, observa-se que medidas como o isolamento físico/social imposto, as novas regras de conduta de higiene e de etiquetas sociais, o fechamento do comércio, as medidas normativas das mais diversas áreas tanto mundiais, nacionais, estaduais, quanto municipais, repercutem direta ou indiretamente na vida humana.

O campo jurídico está em alerta, atento as novas mudanças sociais, econômicas e normativas e seus efeitos provisórios e permanentes no Conjunto Normativo e no Sistema de Justiça brasileiros. Em um momento pandêmico como este, infelizmente surgem os mais diversos conflitos, seja pela percepção de violação de direitos, ou pela exigência de cumprimento de deveres, ou ainda pela desestabilização das relações, tanto de pessoas físicas, quanto jurídicas. Observa-se uma conflituosidade pandêmica nas relações familiares, trabalhistas e/ou sociais.

O mundo pós-pandemia não será igual, fala-se em um "novo normal", na tentativa de expressar que dificilmente após este momento, tudo será do mesmo modo que antes se conhecia, necessário será atentar-se para valores e conceitos antes tidos como utópicos, para alguns, como a solidariedade, a empatia, a criatividade, a compreensão e a fraternidade. Mister se faz o cumprimento dos deveres constitucionais de solidariedade, cooperação e pacificação para enfrentamento dos conflitos neste momento delicado.

Caberia neste cenário a manutenção de uma cultura adversarial de resolução de disputas? Seria o Poder Judiciário o meio adequado para a resolução durante e pós-pandemia? É a mediação virtual um caminho adequado?

Objetiva-se, com o presente artigo, compreender os efeitos do dever de desjudicialização da resolução dos conflitos, pela utilização dos meios adequados do sistema multiportas brasileiro, em especial da mediação

virtual, durante e pós-pandemia. E analisar a eficácia dessa medida, como garantia ao cumprimento dos princípios da pacificação social, da cooperação e da adequação.

Na primeira parte da exposição apresenta-se a importância e normatização dos meios adequados para solução de conflitos, partindo da análise do microssistema normativa sobre o tema e das experiências anteriores à pandemia no Brasil e atuais do período de COVID-19. Seguindo pela demonstração do dever de desjudicialização dos conflitos através da adoção dos meios de resolução de disputas extrajudiciais durante e pós-pandemia, como cumprimento dos princípios da pacificação social, da adequação e da cooperação, exemplificando com as experiências exitosas da Argentina e de Nova York, nos Estados Unidos.

Na última seção, se analisa a mediação virtual (ODR) como um caminho adequado para a resolução das disputas na pandemia, analisando a alteração dos artigos 22 e 23 da Lei dos Juizados e o disposto nas Resoluções nº 314 de 20/04/2020 e nº 322 de 01/06/2020. A metodologia utilizada foi a análise bibliográfica e documental, com o estudo dos dados do CNJ, pelo método qualitativo.

## 2. A importância e a normatização dos meios adequados para solução de conflitos

Após quase cinco anos da vigência do Código de Processo Civil /2015 (CPC/2015) e mais de trinta anos de promulgação da Constituição cidadã de 1988 os debates acerca do modelo multiportas do sistema de justiça adotado no Brasil só se intensificam, tanto na comunidade jurídica quanto fora dela, frente às situações de descompasso entre a realidade social, o texto constitucional, o texto processual e a prestação jurisdicional efetivada.

O deslocamento dos problemas sociais para a esfera judiciária é uma decorrência da inefetividade do Poder Executivo em dar cumprimento àquilo que havia prometido o Legislativo. Temos então a "judicialização" exacerbada de questões normalmente pertencentes à política e a economia. Por certo que outros fatores interferem neste contexto, tais como a atuação do Ministério Público na garantia de direitos e deveres.

Por outro lado, o Poder Judiciário sofre influxos alheios à própria vontade do Estado; a modernização e globalização econômica trazem consigo a necessidade de respostas imediatas, que atendam à dinâmica própria do mercado financeiro internacional, o qual busca soluções mais rápidas, trazendo consigo a lógica do custo/benefício (SCHMITZ, 2013).

Nas garantias fundamentais estabelecidas na Constituição Federal/88, ressalta-se o princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional, contido no seu artigo 5º, inciso XXXV, ou seja, o denominado direito de ação, que efetiva o acesso à justiça, o qual, de modo equivocado, é contemplado apenas na vertente da prestação jurisdicional pelo Estado, desprezando a imprescindível efetividade.

Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 53) afirma que:

> *Acesso à justiça não equivale a mero ingresso em juízo. A própria garantia constitucional da ação seria algo inoperante e muito pobre caso se resumisse a assegurar que as pretensões das pessoas cheguem ao processo, sem garantir-lhes também um tratamento adequado.*

Marinoni, Mitidiero, Sarlet (2017, p.778) apresentam três prismas para a análise do direito à tutela jurisdicional: o do acesso à justiça; o da adequação da tutela e o da efetividade da tutela:

> *A ação é o direito à tutela adequada e efetiva mediante processo justo. [...] Vale dizer: a ação passa a ser teorizada como meio para prestação adequada e efetiva aos direito. Trata-se de direção oriunda da consciência de que 'não basta declarar os direitos', importando antes 'instituir meios organizatórios de realização, procedimentos adequados e equitativos.*

A efetividade da garantia fundamental do amplo acesso à justiça contribuiu consideravelmente para o aumento do número de ações intentadas perante o Judiciário, colaborando para o problema da judicialização e sendo um grande obstáculo à pacificação social, como demonstram os dados das pesquisas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Só em 2018, foram 28.052.965 (vinte e oito milhões, cinquenta e dois mil e novecentos e sessenta e cinco) novos casos ingressados (processos novos) que mesmo apontando uma redução de 1,9% (um vírgula nove por cento), com relação ao ano de 2017, ainda é um número significativo (CNJ, 2019).

Registre-se que o ano de 2018 contabilizou um enorme esforço do Judiciário em dar baixa nos processos em curso, tendo significativo crescimento global e individual na produtividade dos magistrados em todas as instâncias, revelando o maior percentual da última década. Houve um crescimento na produtividade média dos juízes de 4,2% (quatro vírgula dois por cento), atingindo a média de 1.877 (um mil, oitocentos e setenta e sete); sendo que um juiz julgou em média 8(oito) processo/dia útil neste citado ano (CNJ, 2019).

Por outro lado, o tempo médio de duração de um processo da sua propositura até a sentença era de 1(um) ano e meio em 2015, tendo subido para 2(dois) anos e 2(dois) meses em 2018. No juízo comum, leva-se em média, 2(dois) anos e 4(quatro) meses nas varas estaduais para o julgamento de um processo em fase de conhecimento e 1(um) ano e 10(dez) meses nas varas federais; tempo superior ao praticado nos Juizados (CNJ, 2019).

É possível concluir, com base nestes dados do CNJ, que em 2018 mesmo com a redução de 1,9% (um vírgula nove por cento) de processos com relação ao ano de 2017, esta não se fez acompanhar de uma resposta célere advinda do órgão julgador para a solução destes feitos intentados sob sua jurisdição.

Na tentativa de atenuar tal problemática que se arrasta por alguns anos e atender ao ideário de Justiça, o Código de Processo Civil de 2015 adotou o modelo da justiça multiportas de resolução de conflitos, no qual cada conflito deve ser direcionado para o meio mais adequado para a sua solução, utilizando a técnica mais adequada em cada espécie de disputa.

A expressão "*multi-doorcouthouse*", em tradução livre "Tribunal Multiportas", foi cunhada por Frank Sander, da Harvard Law School, em 1976, para nominar os métodos alternativos de resolução de disputas, como por exemplo, a mediação, nos quais há um deslocamento do protagonismo judicial para os envolvidos no conflito, os quais são assessorados pela figura do mediador ou conciliador. (SANDER; CRESPO, 2012)

Jeffrey Stempel (1996) conceituou o Tribunal Multiportas como "uma câmara de compensação administrada pelo governo" que solucionasse disputas, pois tinha o intuito à época apenas de desafogar o judiciário, inobstante as valiosas perspectivas que trazia para a solução dos conflitos sociais.

A Argentina, por exemplo, possui mais de vinte e oito anos de experiência no tema. O movimento para utilização de métodos mais adequados de resolução de conflitos começou a ser desenvolvido em 1991, com várias iniciativas destacando-se a Lei nº 24.573/1995, que instituiu a mediação no país, sendo derrogada pela Lei 26.589/2010, que é o atual instrumento regulatório da mediação no país. (PANUTTO, 2018)

A *Dirección Nacional de Mediación y Promoción de Métodos Participativos de Resolución de Conflictos* é um órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Direitos Humanos do Poder Executivo Federal, e o Consultório Jurídico Gratuito, vinculado à Faculdade de Direito da *Universidad de Buenos Aires* (UBA) ambos são centros públicos onde se realizam as mediações públicas da capital federal da Argentina, todavia as mediações privadas ocorrem em escritórios particulares (LUPETTI, 2015) .

A vasta experiência da Argentina com a mediação, nos confirma que é um caminho assertivo a completa implementação do sistema multiportas no Brasil, colaborando inclusive com o empoderamento dos cidadãos e o desenvolvimento da democracia.

Como bem salienta Mariana Hernandez Crespo (2012, p. 121):

> *A inestimável experiência de colaborar para a obtenção de um acordo sustentável pode contribuir para o despertar das comunidades locais, incentivando os cidadãos a assumirem um papel mais ativo nos processos democráticos locais. A promoção de formas mais eficazes de interação quando ocorre um conflito na esfera pessoal, social ou política pode dar força às comunidades locais. Uma democracia mais inclusiva e participativa é uma democracia mais estável.*

O Brasil já caminhava pelos trilhos da justiça multiportas (*Multidoor Justice*), antes mesmo do surgimento do microssistema normativo acerca do tema em 2015, composto do CPC/15(art. 3º), da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96, com alteração em 2015), e da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) alinhados à Resolução 125/10 do CNJ. Os maiores defensores deste caminho para o Sistema de Justiça foram os doutrinadores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Marco Aurélio Gastaldi Buzzi.

A mediação e a conciliação não eram novidade no ordenamento jurídico pátrio mesmo antes de 2010, por exemplo, a Lei dos Juizados

Especiais Cíveis em 1995, nos artigos 17, 21 à 23 (Lei nº 9099/95 – parte deles hoje com redação alterada) já cuidava do tema, na modalidade da mediação pré-processual, com os nominados popularmente "plantões", onde as partes podiam procurar o Judiciário para homologar os acordos previamente firmados por estes (autocomposição) e com a composição pré-processual, através das conciliações firmadas em audiências prévias conduzidas por um conciliador vinculados ao tribunal respectivo.

A Resolução 125 do CNJ, datada de 2010 estabelece diretrizes práticas visando a propagação e estímulo para a adoção dos diversos meios de solução consensuais de conflito, que posteriormente foram positivados no Ordenamento Jurídico Brasileiro por meio da Lei de Mediação e do CPC em 2015, que já estavam alinhados à citada Resolução do CNJ, claro que esta ao longo dos anos passou por necessárias alterações para regular na prática a realização desta política pública, que foi positivada no CPC/15.

O CNJ aos longos dos últimos quatorze anos tem fomentado projetos para estimular a composição consensual nos conflitos, em especial as conciliações nos processos judiciais, tanto da justiça comum e com nos juizados. Após o surgimento deste sistema normativo, a adoção e difusão dos demais meios consensuais de composição dos conflitos foi mais evidenciada.

O legislador buscou estruturar no CPC/15 e na Lei de Mediação, um sistema efetivo de solução consensual de disputas alinhado à Resolução 125/10 CNJ, com "técnicas, desenvolvidas por pessoal próprio e profissionais habilitados (mediadores e conciliadores), como parte da justiça civil e a preocupação em direcionamento das disputas para o meio mais adequado à sua solução."(LESSA NETO, 2015, p. 1).

O artigo 3º, § 2º e 3º o Código Processual Civil acolheu como princípio a solução consensual dos conflitos, estabelecendo o sistema multiportas

como uma política pública obrigatória para o Poder Judiciário, preceituando que todos os juízes, os advogados, os membros do Ministério Público e os defensores públicos, devem estimular a pacificação dos conflitos, seja na forma extraprocessual, pré-processual e processual. A mediação e a conciliação passaram a ser utilizadas em maior escala, "num esforço de aproximação das partes e de empoderamento dos cidadãos, como atores da solução de seus conflitos" (LESSA NETO, 2015, p. 2).

É a mudança de paradigma organizacional do sistema de justiça para reconhecer outros meios potencialmente capazes - não sendo mais tratados como meios alternativos e sim adequados para resolver um conflito - que não só modelo processualista tradicional. Há uma integração entre os meios adjudicatórios e os consensuais, disciplinados no CPC/15 (art. 3º), na Lei de Mediação e na Resolução 125/10 do CNJ.

Como pontua Lessa Neto, o papel do Poder judiciário e do processo passa a ser visto por outra dimensão (2015, p.2):

> *A mudança de concepção [...] passa por um redimensionamento do processo e do próprio papel do fórum e do juiz.[...], criasse um modelo no qual as partes detêm uma maior autonomia na escolha do meio pelo qual querem resolver o seu conflito. Resolver conflitos assume um significado mais amplo e rico que o de julgar um litígio. Trata-se de uma mudança paradigmática.*

Observa-se que o modelo adjudicatório e a denominada "cultura da sentença" (WATANABE, 2005) estão arraigados no ideário da sociedade brasileira ainda hoje, dificultando a ampla implementação do paradigma legislativo da justiça multiportas e da garantia efetiva de acesso à justiça no Brasil.

A morosidade, a ausência de efetividade e adequação das soluções judiciais aos conflitos geram uma considerável crise no Sistema de

Justiça. A longa espera de prestação jurisdicional traz instabilidade aos litigantes e a possíveis investidores internos e externos, propiciando uma imprevisibilidade no campo jurídico, social e econômico, causando prejuízos ao desenvolvimento do país e à segurança jurídica.

Muitos eram os obstáculos para a implementação do modelo multiportas no Brasil em 2016, pós CPC/2015, dentre eles a necessidade de qualificar "os profissionais para atuarem no novo modelo, a criação dos centros que conduzirão as audiências ou sessões de mediação ou conciliação e o desafio de mudar uma cultura estabelecida entre os operadores jurídicos de resistência aos meios consensuais de resolução."(LESSA NETO, 2015, p. 1).

Com o intuito de colocar em prática este modelo, o CNJ vem auxiliando aos Tribunais Brasileiros, com diversas ações e políticas, dentre elas a formação dos mediadores, conciliadores e instrutores para o bom funcionamento dos Centros Judiciários de Resolução de Conflitos e Cidadania na Justiça Estadual (CEJUSCs) e dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs) criados com a Resolução 125/10 do CNJ. No ano de 2014, eram 362 (trezentos e sessenta e dois) CEJUSCs, em 2015 a estrutura cresceu em 80,7%(oitenta vírgula sete por cento) e avançou para 654 (seiscentos e cinquenta e quatro) centros, crescendo gradativamente ao longo dos anos de 2016 e 2017, até que em 2018 foram contabilizados 1.088(um mil e oitenta e oito) CEJUSCs (CNJ, 2019).

Para atender ao protocolo da chamada agenda 2030 para um crescimento sustentável, o CNJ já planejava e se organizava para a realização, na modalidade EaD (Ensino à distância), de uma capacitação para formação de mais mediadores e conciliadores judiciais, já que no ordenamento jurídico brasileiro (art. 11 da Lei de Mediação), o mediador e conciliador judiciais precisam passar por uma capacitação continuada com conteúdo programático estabelecido pelo CNJ e pelo Ministério da

Justiça e ser formado há pelo menos dois anos em qualquer curso de nível superior. [1]

Com a pandemia de COVID-19 esta capacitação foi acelerada e tomou corpo para o primeiro curso deste tipo em convênio com 10(dez) Tribunais de Justiça dentre eles o TJ da Bahia, e ainda o de Alagoas, Amazonas, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Rio Grande do Sul e São Paulo. [2]

O curso é composto de duas etapas, tendo como primeira etapa 40(quarenta) horas na modalidade EaD, e posteriormente uma formação prática junto a cada Tribunal que o servidor/participante estiver vinculado. Foram oferecidas 760 (setecentas e sessenta) vagas para 10 (dez) estados brasileiros e teve lista de espera de 1200(um mil e duzentos) pessoas. [3]

Tal formação EaD de mediadores e conciliadores pelo CNJ auxiliará os CEJUSCs ligados aos dez tribunais brasileiros participantes a ampliar o atendimento aos cidadãos que buscam a garantia efetiva dos seus direitos neste momento onde a litigiosidade pandêmica está evidenciada.

## 3. O dever de adoção dos meios adequados de resolução de conflitos extrajudiciais durante e pós-pandemia como cumprimento dos princípios da pacificação social, da adequação e da cooperação

Os envolvidos em um conflito, em regra, almejam a entrega de uma solução justa, de modo mais célere e eficaz possível, utilizando o meio mais adequado para tanto, não mais a alegação de grandes teses e a utilização de muitos modos de impugnação para protelar um processo, pois esta estratégia de defesa de direitos torna muito custoso o resultado, e muitas

1. Fonte: https://www.conjur.com.br/2020-mai-13/curso-cnj-formar-mediadores-lista-espera.
2. Fonte: https://www.conjur.com.br/2020-mai-13/curso-cnj-formar-mediadores-lista-espera.
3. Fonte: https://www.conjur.com.br/2020-mai-13/curso-cnj-formar-mediadores-lista-espera.

vezes a decisão do judiciário não espelha o almejado pelos demandantes envolvidos no litígio.

Os meios adequados de solução de conflito - mediação/ conciliação/ negociação/ arbitragem/ *dispute board* - são também nominados como ADR - sigla em inglês para meios alternativos de resolução de conflitos, hoje não mais considerados alternativos e sim adequados, como já salientado. Neste artigo será dado enfoque especial à Mediação presencial e virtual.

Esta tem como alguns princípios importantes: a oralidade, a isonomia das partes, a imparcialidade, a autonomia da vontade, a confidencialidade, o empoderamento, a informalidade, a decisão informada e o respeito à ordem pública e às leis vigentes (art. 2º Lei 13.140/95, art. 166 do Código de Processo Civil e do artigo 1º do Anexo III da Resolução 125 do CNJ). Estes princípios trazem escopo para os objetivos pretendidos com a solução consensual, dialogada e pacífica das disputas.

Na mediação as decisões são conduzidas por um terceiro imparcial, o mediador, o qual adota técnicas próprias e variadas, que auxiliam as partes a construírem por si mesmas uma solução negociada para o conflito, propiciando o empoderamento e emancipação social, além do exercício dos direitos e deveres fundamentais do cidadão.

Para além do conflito, estão as necessidades e os vínculos destas relações, e na mediação é possível, através das técnicas utilizadas, tais como a escuta ativa e a CNV (comunicação não-violenta) por exemplo, se perceber o que está por de trás deste conflito, o que de fato as partes envolvidas necessitam e buscam solucionar.

Segundo Flávia Tartuce (2018, p. 224):

> *Pela escuta ativa, o mediador não só ouve como também considera atentamente as palavras ditas e as mensagens não expressas verbalmente*

> *(mas reveladas pelo comportamento de quem se comunica). Muitos elementos relevantes podem ser depreendidos a partir de posturas, expressões faciais e mesmo contatos visuais.*

E *"a mediação valoriza o verbal e o não verbal, o sensorial, a postura corporal, o que acontece no nível energético das pessoas, e nada, em princípio, deve ser desprezado" (BUITONI, 2007).*

Através do procedimento da mediação, é possível restabelecer a comunicação rompida pelos envolvidos na controvérsia, por meio de técnicas que levem a um diálogo colaborativo e a construção de uma solução no sistema *win-win* (ganha-ganha), preservando o vínculo controvertido naquele momento. Este fenômeno é mais perceptível nas relações continuadas cuja manutenção dos elos relacionais se releva importante, como por exemplo, nas relações familiares, de vizinhança, entre sócios, consumeristas ou dentro das empresas.

Vale destacar a fungibilidade dos meios adequados extrajudiciais de solução de conflitos. Como prevê o microssistema jurídico sobre o tema, composto pela Lei nº 13.140/95 (Lei de Mediação), pela Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem), pelo Código de Processo Civil e pela Resolução 125 do CNJ, pode-se iniciar a tentativa de resolução por um meio e durante o procedimento se observar que o litígio seria melhor elucidado por outro meio e se alterar para a obtenção adequada e justa do consenso.

A mediação dentro do ordenamento jurídico brasileiro pode ser extrajudicial (regulada pela Resolução 125/10 CNJ) e judicial (CPC/15, Lei 13.140/95 e Resolução 125/10 CNJ), sendo que esta se divide em pré-processual e processual. A primeira exercida principalmente pelas câmaras privadas de mediação, a segunda ocorre dentro do CEJUSC dos Tribunais, e a terceira (a processual) ocorre no curso do processo, podendo ser adotada a

qualquer tempo e em qualquer fase processual na tentativa de uma solução consensual para o litígio, esta é mediada pelos juízes, podendo também ser por mediadores e conciliadores judiciais.

A Universidade Estadual de Feira de Santana- UEFS, através do projeto de extensão, Mediação Popular e orientação sobre direitos, por exemplo, realiza mediações populares extrajudiciais, em parceria com a organização não governamental JUSPOPULI. Através da capacitação de mediadores populares pertencentes ao bairro dos Capuchinhos onde o Escritório Popular se situa, os quais colaboram para pacificação dos conflitos junto a comunidades periféricas de Feira de Santana-Bahia-Brasil. Durante o ano de 2019 foram atendidas 261 (duzentos e sessenta e uma) pessoas, pertencentes a vinte e seis bairros no seu entorno. O mencionado Projeto atua com base nas concepções defendidas por Luiz Alberto Warat (2004) e Boaventura de Souza Santos (2013), adotando alternativas construídas pela sociedade para dar efetividade aos direitos e dar acesso à justiça.

A cidade de Salvador-Bahia-Brasil possui três grandes e relevantes câmaras de mediação que disponibilizam caminhos seguros e extrajudiciais para a solução de conflitos, proporcionam a resolução célere, qualificada, eficiente, econômica e confidencial das disputas, quais sejam: a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Associação Comercial da Bahia (ACB), a CAMES - Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada e a CAMARB - Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil.

No entanto, feita a opção pelo cadastro, as câmaras privadas terão de seguir as regras fixadas na Resolução 125/10 do CNJ, bem como as disposições contidas no Código de Processo Civil (artigos 167, "caput" e § 3º e 4º, 169, § 2º e 175, parágrafo único). Seus integrantes devem ser mediadores cadastrados no respectivo tribunal, sendo necessária, portanto, a capacitação continuada nas diretrizes determinadas pelo CNJ; e devem atender, em contrapartida ao credenciamento, um percentual de audiências

não remuneradas fixado pelo Tribunal a que está vinculada, para o caso de processos em que seja deferida a gratuidade da justiça.

Importante salientar que a mediação, tem sido mais utilizada, nos últimos cinco anos, após a regulamentação da Lei 13.140/95, tanto na esfera privada, quanto pública. Na citada lei há regulamentação para a autocomposição de conflitos de pessoas físicas e jurídicas privadas e de direito público (art. 32 e seguintes).

Merece destaque a iniciativa pioneira na Bahia da Associação dos Procuradores do Estado da Bahia (APEB), ao criar a sua Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem, a CAM-APEB que tem como escopo a solução de controvérsias envolvendo a Sociedade e a Administração Pública. Esta é a primeira câmara de uma associação com vinculo à categoria profissional de Serviços Judiciários, vem, desmistificando antigos paradigmas, para difundir a consensualidade, e compatibilizar os princípios da Administração Pública com a mediação e os demais meios adequados de resolução de conflitos.

As grandes empresas, responsáveis por uma gama de litígios judiciais, chamadas de grandes litigantes (v.g. empresas de telefonia e aéreas), vêm adotando uma postura colaborativa nos últimos tempos, na busca de resoluções não adversariais de disputas, compreendendo a função social que devem exercer e as vantagens da solução pelos meios extrajudiciais (diminuição de custos diretos e indiretos, tempo e oportunidades).

No ano de 2018, por exemplo, foram conciliados 12% (doze por cento) de todos os processos julgados na Justiça brasileira. Foram proferidas 4,4 (quatro vírgula quatro) milhões de sentenças homologatórias de acordos, sendo destas 3,7 milhões na fase processual e 700 mil na fase pré-processual (CNJ, 2019).

Este número é ainda ínfimo para o que se espera de uma sociedade uma sociedade solidária e pacífica. É certo que nem toda disputa pode

ser resolvida por meio consensual e que algumas demandas necessitam do auxílio da arbitragem ou da tutela estatal, através da solução judicial; porém o montante de ações ainda é vultoso.

Houve a necessidade de adoção por parte dos governos, federal, estadual e municipal, de algumas políticas públicas e de um conjunto normativo transitório para orientar as relações jurídicas e sociais (v.g. Lei nº 14.010/20), no intuito de amenizar os impactos da pandemia de COVID-19 para a população brasileira. A cultura adversarial ainda presente no ideário do povo brasileiro já fomentou, durante este momento pandêmico, processos judiciais para resolução adversarial de disputas em diversas áreas do direito; e passado este momento do isolamento social/físico já se prevê que o número destas demandas tende a aumentar expressivamente.

No Brasil ainda há preconceito para a prática de resolução consensual de disputas e a utilização da mediação virtual e/ou presencial ainda é tímida, todavia tende a mudar, com a já vislumbrada conflituosidade pandêmica e a crise econômica gerada pelas medidas de isolamento.

Questiona-se, por exemplo, seria adequado que um locador após inadimplência do locatário por alguns meses durante a pandemia requeira no sistema de justiça a abrupta ruptura do contrato e o despejo por falta de pagamento? Mesmo tendo o locador direito aos alugueis e ao despejo, deveria um juiz concedê-lo durante ou mesmo após a pandemia?

O mais justo e adequado seria as partes procurarem negociar uma solução não adversarial para a disputa e o sistema de justiça estimular o uso da mediação (ou outros meios adequados para resolução desta demanda), como preceitua o artigo 3º do CPC, desjudicializando a resolução da controvérsia, ante aos efeitos que uma decisão judicial traz para a sociedade.

À título ilustrativo, a mediação na Argentina é uma condição da ação, ou seja, as partes só devem procurar o Poder Judiciário se antes tiverem

passado por um procedimento de mediação, conduzidos por um mediador, que deve ser um advogado com no mínimo três anos de experiência, exceto nos casos que por força de lei ou pela natureza da demanda não for possível a composição. Assim, sendo matéria passível de ser mediada, as partes acompanhadas por seus advogados, devem procurar um mediador para a solução do conflito.

Ressalte-se que estas não são obrigadas a compor, mas a passarem pela tentativa dialogada de resolução consensual do conflito, não sendo exitosa a tentativa de composição, poderão recorrer ao Judiciário para dirimir o litígio, munidos da certidão negativa de mediação. Este Sistema de Justiça Argentino acaba por permitir que o Judiciário do país cuide de ações mais complexas e por difundir uma cultura de paz na sociedade, além de trazer economia de custos.

Nos Estados Unidos, na cidade de Nova York, por exemplo, que também adota o sistema multiportas de modo eficiente, um juiz tem a faculdade de encaminhar as partes para um escritório de mediação, para realizarem quantas sessões forem necessárias até conseguirem realizar a solução consensual; mas se não galgarem uma solução autocompositiva poderão retornar para o Judiciário.

Após cinco anos da adoção normativa do modelo multiportas pelo Brasil, onde o Judiciário é mais uma porta, ainda prevalece a maior procura dos jurisdicionados pela solução judicial, tradicional e adversarial de resolução de controvérsias, ocorre que este meio é desvantajoso e gera onerosidade ao Estado Brasileiro. As despesas totais do Poder Judiciário, no ano de 2018, somaram R$ 93,7 (noventa e três vírgula sete) bilhões, este montante corresponde a 1,4% (um vírgula quatro por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, ou a 2,6% dos gastos totais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios (CNJ, 2019).

Para o Sistema de Justiça as vantagens da utilização da mediação presencial e/ou virtual são significativas, pode-se citar: a resolução adequada dos conflitos, a redução do número de litígios, a diminuição dos custos, a interação com os processos eletrônicos (online), as resoluções mais rápidas das demandas, a possibilidade de cumprimento de metas e redução dos processos antigos, o melhor acompanhamento dos processos com casos complexos, a diminuição de interposição de recursos e de propositura de execuções.

Já se tem comprovado através de pesquisas que a decisão mediada é muito mais efetiva, do que a decisão imposta pelos juízos ao dizer o direito em um caso concreto, já que as partes se sentem autorresponsáveis pelo cumprimento das decisões que constroem.

Com relação aos cidadãos, destaca-se como vantagens da mediação presencial e/ou virtual: a solução rápida, efetiva e dialogada; o baixo custo; a prevalência da vontade entre as partes; a autorresponsabilidade e o envolvimento frente aos conflitos; menor desgaste emocional; preservação dos vínculos relacionais; a possibilidade de ser realizada em muitos lugares e com pessoas de diferentes lugares do país e do mundo (online); a pacificação das disputas nas famílias, nas empresas, nos bairros, nos locais de trabalho e nas comunidades; a emancipação do cidadão para encontrar soluções criativas para disputas simples ou complexas; a confidencialidade; o desenvolvimento das habilidades de comunicação através do diálogo respeitoso e o empoderamento da sociedade.

A adoção de práticas colaborativas por parte dos advogados durante as tentativas de solução consensual dos litígios é fundamental, pois podem orientar o melhor acordo, garantir os direitos dos seus clientes, dar ideias criativas e alternativas para a resolução, garantindo a efetividade das composições. O advogado na mediação é tão protagonista quanto às partes. As Comissões de Mediação da OAB – Ordem dos Advogados do Brasil têm

exercido um importante papel para a difusão e estímulo da mediação e demais meios consensuais de resolução de conflitos junto aos advogados durante a pandemia.

O dever de desjudicializar a resolução de conflitos durante e pós-pandemia, adotando um dos meios adequados de solução de disputas, em especial a mediação presencial ou virtual, garante o cumprimento dos princípios da pacificação social, da adequação e da cooperação, trazendo segurança jurídica. Este parece ser um caminho adequado e eficaz a ser adotado pela sociedade, pelos operadores do direito e pelo sistema de justiça doravante.

## 4. Mediação virtual (ODR): um caminho adequado na pandemia

A mediação virtual, cuja sigla ODR – significa Online Dispute Resolution já ocorria no Brasil, principalmente nas câmaras privadas, tendo previsão e regulamentação normativa no artigo 46 da Lei 13.140/15, «a mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo». Respaldado no princípio da autonomia da vontade, o artigo 166 §4º do CPC prevê a liberdade das partes quanto à escolha e definição das regras procedimentais, facultando a utilização da mediação virtual, por exemplo.

As partes envolvidas na disputa podem optar na mediação privada pela realização desta por telefone, presencial, telepresencial ou por meio eletrônico, bastando o consenso de ambos na escolha do procedimento. A mediação virtual (ou online) ou ainda na telepresencial tem como vantagens, além das já elencadas no item anterior deste artigo, a privacidade, a economia de tempo e custo com a mobilidade, além de dar ênfase à autonomia das partes.

Na esfera consumerista muitas empresas aderiram ao serviço público gratuito do "Consumidor.gov.br", que é uma ferramenta virtual gerida, disponibilizada, mantida e monitorada pelo Ministério da Justiça, através da SENACON - Secretaria Nacional do Consumidor; mas também a monitoram os PROCONs, os Ministérios Públicos, as Defensorias, e em última análise a sociedade, permite intermediar o diálogo entre os consumidores e as empresas para possibilitar a resolução dos conflitos por meio eletrônico. Possui um elevado índice de solução das reclamações (80%- oitenta por cento) direcionadas pelos consumidores, no prazo médio de 7(sete) dias, de forma rápida, transparente e sem burocracia. [4]

As empresas participantes precisam aderir formalmente ao serviço mediante assinatura de termo próprio no qual se comprometem em dispender esforços disponíveis para a resolução das reclamações apontadas. Em última análise serviços como este potencializam o aprimoramento das relações consumeristas, difundem a cultura da paz, fomentam novas políticas públicas de defesa do consumidor. A SENACON atua em cooperação técnica com órgãos e entidades do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. [5]

Com a pandemia alguns setores da economia foram mais afetado, como o de transporte aéreo, sendo editadas medidas provisórias para proteger o consumidor e as empresas, à exemplo a Medida Provisória 925/2020 sobre o parcelamento do reembolso de passageiros em até dose meses. A SENACON e Ministério Público Federal, também assinaram um TAC - Termo de Ajustamento de Conduta junto a Associações Brasileira de Empresas Aéreas e empresas do ramo, com o fito de regular os cancelamento de voos decorrentes da pandemia, protegendo os consumidores e as empresas de transporte aéreo, buscando pacificar em última análise

4. Fonte: https://consumidor.gov.br/pages/conteudo/sobre-servico
5. Fonte: https://consumidor.gov.br/pages/conteudo/sobre-servico

as possíveis controvérsias decorrentes desta situação excepcional da pandemia de COVID-19.

Algumas resoluções têm sido editadas pelo CNJ no sentido de regular o funcionamento do Poder Judiciário durante a pandemia, regulando o trabalho remoto e presencial, os prazos e os atos processuais, dentre eles as audiências, que conforme regulamentado pela Resolução nº 314 de 20/04/2020 e nº 322 de 01/06/2020, já podem ser virtuais. Houve o fornecimento em cooperação de uma plataforma própria, mas facultando a utilizadas de outras, abrindo um caminho novo para a prática das mediações online públicas.

A Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Lei nº 9099/95, teve sua redação alterada em 24 de abril de 2020, apenas nos artigos 22 e 23, para incluir a autorização da realização de audiências de conciliação não presenciais. Esta alteração normativa abre caminho para as mediações extrajudiciais e judiciais de forma virtual no âmbito dos Juizados que recebe uma gama de ações de pequena complexidade, sendo uma alternativa importante para a solução não adversarial das disputas neste delicado momento pandêmico. Permite-se com esta alternativa a redução das animosidades e a manutenção da pacificação dos vínculos sociais.

Importante pontuar que a corregedoria Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo editou o Provimento CG nº 11/2020 criando um louvável projeto-piloto de conciliação e mediação pré-processuais para disputas empresariais decorrentes dos efeitos da COVID-19, por certo este projeto contribuirá para diminuir a litigiosidade pandêmica no estado de São Paulo-SP- Brasil.

Cabe apontar algumas possíveis vulnerabilidades ou desvantagens do instituto da mediação virtual, a primeira delas é a garantia do cumprimento do princípio da confidencialidade, já que é muito complexo em um

ambiente virtual controlar o compartilhamento e a divulgação de dados e informações colhidas na sessão de mediação podendo comprometer a garantia deste princípio.

Nos moldes do artigo 30 e 31 da Lei nº 13.140/2015 e 166, §1º e 2º do CPC/15, qualquer informação relativa à sessão e ao procedimento de mediação deverá ser confidencial em relação à terceiros e esta confidencialidade se aplica ao "mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e outras pessoas que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação".

Mesmo que, a informação não valha como prova em processo judicial ou arbitral, esta pode ser usada para o convencimento do magistrado; assim se a disputa envolver segredos de empresas ou sociedade, questões pessoais e sentimentais o meio digital não deve ser utilizado.

A segunda é que se faz imprescindível utilizar um software confiável e seguro na realização da mediação online, para que não se tenha problemas técnicos que impossibilite os encontros das partes e dos seus advogados de modo oral, informal (princípios da oralidade e informalidade) e eficaz, para que se alcance o consenso almejado (princípio da busca do consenso). A terceira é a necessidade de um bom provedor de internet por todas as partes e seus advogados, para garantir o princípio da isonomia entre as partes em disputa.

Cumpre pontuar que a dificuldade de privacidade dos advogados com seus clientes para as devidas orientações sobre a composição que está sendo dialogada, pode acontecer em uma sala virtual à parte, aberta pelo mediador para este fim. Ocorre que não se tem a garantia de que o áudio deste outro ambiente virtual não será de fato liberado para a sala principal da sessão de mediação, podendo ser uma vulnerabilidade da modalidade.

Outra desvantagem é a dificuldade de aplicação de algumas técnicas de percepção pelo mediador, como a Rapport, na mediação virtual, pois a presença física e a linguagem corporal comunicam conjuntamente com as expressões verbais e geram uma maior empatia como mediador e as partes envolvidas, facilitando o consenso e estimulando a construção de uma solução criativa para a disputa.

Diante das vulnerabilidades apresentadas é importante frisar, que tanto na mediação virtual, quanto nos demais meios de solução de disputas, a escolha do meio e do procedimento é realizada caso a caso, observando o mais adequado e compatível com os interesses em questão, a fim de não se comprometer a resolução dialogada e pacífica da controvérsia.

## 5. Conclusão

O Brasil possui uma cultura adversarial de solução de conflitos, dos mais simples aos mais complexos acabam sendo analisados pelo Poder Judiciário e diante do atual cenário esta postura precisa ser revista, urge uma mudança de paradigma, sob pena de termos um maior colapso do sistema de justiça pós-pandemia. Adotar prioritariamente os meios adequados de solução de conflito consensuais extrajudiciais, em especial a mediação virtual (ODR), é um caminho eficaz e pacificador neste contexto pandêmico.

Assim os escritórios de advocacia, a Defensoria, o Ministério Público, o Judiciário, a OAB e toda a sociedade precisam se organizar para o exercício da mediação, principalmente na modalidade virtual (ou dos demais meios adequados de solução de conflitos) neste momento pandêmico, sob pena de não ter uma efetiva entrega da prestação jurisdicional nas ações propostas, por conta de um sistema de justiça assoberbado e sem condições de absorver fluxo da conflituosidade durante e pós-pandemia, o que comprometerá o

cumprimento dos princípios do acesso à justiça, da duração razoável do processo e da segurança jurídica.

O Dever de Desjudicialização dos conflitos durante e pós-pandemia de COVID-19, em especial por meio da mediação virtual (ODR), revela-se um caminho adequado para garantir o cumprimento dos princípios da pacificação social, da cooperação e da adequação.

## 6. Referências

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm. Acesso em 16 nov. 2019.

_____. **Código de Processo Civil (2015)**. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 nov. 2019.

_____. **Resolução n° 125, de 29 de Novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579. Acesso em: 15 nov. 2019.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 16 de nov. 2019.

_____. **Lei Nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 14 de jun. 2020.

_____. **Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14010.htm. Acesso em 20 de jun. de 2020

BUITONI, Ademir. A função da intuição na mediação. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1621, 9 dez. 2007. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/10746. Acesso em: 15 jun. 2020.

CAM- APEB, **Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem da Associação dos Procuradores do Estado da Bahia (APEB).** Salvador: APEB, 2018. Disponível em: http://www.camaraapeb.com.br/. Acesso em 20 de jun. de 2020

CNJ. **Justiça em números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em 07 jun. 2020.

_____.**Sumário Executivo - Justiça em números 2019.** Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/8ee6903750bb4361b5d0d1932ec6632e.pdf. Acesso em 07 jun. 2020.

_____. **Resolução nº 314, de 20 de abril de 2020.** Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original071045202004285ea7d6f57c82e.pdf. Acesso em: 15 maio 2020.

_____. **Resolução nº 322, de 01 de junho de 2020.** Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original155647202006025ed676bf4c0d5.pdf. Acesso em: 15 maio 2020.

CONJUR - Revista Eletrônica Consultor Jurídico (Brasil) (ed.). **CNJ lança curso EAD para formar mediadores e já tem lista de espera**. 2020. 13 de maio de 2020, 12h38. ISSN 1809-2829, www.conjur.com.br. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-13/curso-cnj-formar-mediadores-lista-espera. Acesso em: 18 maio 2020.

CONSUMIDOR.GOV.BR. **Serviço da SENACON - Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça. Brasília**, 2014. Disponível em: https://consumidor.gov.br/pages/principal/?1593410546212. Acesso em: 18 de maio de 2020.

CRESPO, M. H.. A construção da América Latina que queremos: complementando as democracias representativas através da construção de consenso. In: **Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil.** Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo (Org.). Rio de Janeiro: FGV, 2012.

DINAMARCO, C. R.. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Malheiros, 2001.

LESSA NETO, João Luiz. Métodos Alternativos de Solução de Conflitos – ADR. Revista de Processo 2015. **RePro** vol. 244 (Junho 2015). Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.244.17.PDFo de disputas. Acesso em: 16 nov. 2019.

LUPETTI, Bárbara. Nossos *hermanos porteños* têm muito a ensinar sobre mediação de conflitos. **Revista Consultor Jurídico**, 29 de agosto de 2015, 9h05. ISSN 1809-2829 . Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-ago-29/. Acesso em: 18 jun. 2020.

MARINONI, G.; MITIDIERO, D; SARLET, I. W. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PANUTTO, Peter. Possíveis Contribuições da Argentina na Implementação da Mediação no Brasil. **Revista Em Tempo**, [S.l.], v. 16, n. 01, p. 120-139, feb. 2018. ISSN 1984-7858. Disponível em: https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/2394. Acesso em: 17 jun. 2020. doi: https://doi.org/10.26729/et.v16i01.2394.

SANDER, F.; CRESPO, M. H.. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In: **Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** 9ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.

SÃO PAULO. **PROVIMENTO CG/TJ-SP Nº 11/2020, Processo 2020/42835, de 17 de abril de 2020**. Tribunal de Justiça- SP. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Coronavirus/Comunicados/Provimento_CG_N11-2020.pdf. Acesso em: 20 de maio de 2020.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os "Precedentes" no Brasil: Fundamentação de Decisões com base em outras Decisões. **Revista de Processo**, vol. 226, p. 349, Dez / 2013 DTR-2013-11585. Acesso em: 14 de dez. de 2019.

STEMPEL, Jeffrey. **Reflections on Judicial ADR and the Multi-Door Courthouse at Twenty: Fait Accompli, Failed Overture, or Fledgling Adulthood?** 1 Ohio St. J. on Disp. Resol. 297, 331, 1996.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis.** 4. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; ISBN 978-85-309-7733-7. São Paulo: MÉTODO: 2018.

TZU, Sun. **El arte de la guerra.** Madrid (2004) (Colección Filosofia y teoría social)

WARAT. Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: MORAES, Maurício Zanoide; YARSHELL, Flávio Luiz (coords.) **Estudos em homenagem à Professora Ada Pelegrini Grinover.** São Paulo: DPJ, 2005.

# 22

# Legislação em Tempos de Pandemia: Atividade Legislativa durante a Gripe Espanhola e da Pandemia do COVID-19. Lições Históricas Não Aprendidas.

**MARCELO LANNES**

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Nos Tempos da Gripe Espanhola; 3. Nos Tempos da Pandemia do COVID-19; 4. Ausência de Políticas Públicas – Sistema de Saúde; 5. Conclusão; 6.Referências.*

## 1. Introdução

Devido à pandemia causada pelo COVID-19 foi determinada a quarentena, na maioria dos municípios brasileiros, sendo que em alguns deles foi determinado o *lockdown*, que seria a radicalização das medidas de distanciamento social, com restrições severas à prática de atividades civis e empresariais, circulação de pessoas e veículos. Claro que se trata de uma quarentena e um *lockdown* à brasileira, posto que são incluídos como atividades essenciais trabalhadores da construção civil, empregadas domésticas, babás, porteiros, atendentes de *telemarketing*... [1]

Passados mais de cem anos da epidemia da gripe espanhola observa-se que todo o roteiro para o fracasso tem sido repetido e que o Brasil nesse

1. Decreto Federal 10.329 de 28/04/2020 / Decreto Prefeitura Municipal de Belém/PA 729 de 5/05/2020

centenário se recusou a aprender com suas tragédias. Os problemas atuais são idênticos àqueles vivenciados em 1918.

Por certo que ninguém pode se prevenir contra um acidente, um furacão, um *tsnunami* ou uma pandemia, contudo o modo como reagimos demonstra a possibilidade de reconstrução, e no caso brasileiro, observarmos um estado falido, com problemas de gestão sanitária, com sistema de saúde deficiente, uma politização excessiva e nenhuma capacidade de coordenação. Observamos Estados, Municípios e União recorrendo ao uso de força policial e medidas judiciais para requisitar material hospitalar ante a incapacidade de pagamento e a penúria de suas finanças.

Diante dessa ótica verifica-se que o Estado falido e mal gerenciado não será capaz de contribuir com o advento de vacina ou tratamento eficaz contra o COVID-19, limitando-se a reagir de maneira desordenada e esperando para que de algum lugar venha a tão sonhada cura, que nos permita retornar à velha gestão pública de saúde.

Assim, este artigo visa buscar as lições ministradas pela epidemia da gripe espanhola há mais de cem anos, que não foram implementadas no tempo devido, razão pela qual padece a população de tratamento eficaz e de esperança por dias melhores.

## 2. Nos Tempos da Gripe Espanhola.

A epidemia da gripe espanhola, assim chamada devido ao fato de que na Espanha não se buscou suavizar os dados referentes à doença, ao contrário de outros países, surgiu e se espalhou durante a primeira guerra mundial, como nos ensina a Professora Adriana da Costa Goulart [2] :

2. GOULART, Adriana da Costa. **Revisitando a Espanhola: A Gripe Pandêmica de 1918 no Rio de Janeiro** Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702005000100006 > Acesso em: 05 de maio de 2020

> *"Durante a Primeira Guerra Mundial, em meados de agosto e início de setembro de 1918, algumas pequenas notícias sobre um estranho mal começaram a aparecer nos jornais da capital federal, sem contudo despertar grande atenção das autoridades públicas e da população em geral. Desde o mês de maio, a Europa e a África eram assoladas por uma doença epidêmica, cujo diagnóstico era incerto. Inicialmente, ela acabou sendo confundida com diversas outras doenças, tais como cólera, dengue e tifo. Somente no final do mês de junho, vinda de Londres, obteve-se a informação de que se tratava de gripe ou influenza, e que já teria se alastrado por vários pontos da Europa. Percorreria o mundo em oito meses, matando entre cinqüenta e cem milhões de pessoas e tornando-se o maior enigma da medicina."*

No Brasil a doença aportou em setembro de 1918 com o navio Demerara, que vindo da Inglaterra com escala em Lisboa, chegou ao Recife depois a Salvador e por fim ao Rio de Janeiro, então capital federal. Devido em parte ao sigilo militar imposto pela primeira grande guerra, e ao costumeiro modo brasileiro de tratar assuntos sérios, a notícia da gripe espanhola foi recebida com descrédito, atribuindo sua criação à Alemanha, naquele momento o inimigo a ser combatido.

Parte dessa desconfiança se devia ao temor de que uma epidemia servisse de fundamento a uma ditadura sanitária trazendo a reboque uma nova versão da Revolta da Vacina de 1904, como citado por Goulart [3] "a ameaça da gripe espanhola trazia um perigo bem maior, 'a ameaça da medicina oficial, da ditadura científica', pois a Diretoria Geral de Saúde Pública, 'tomando providências ditatoriais, ameaçava ferir os direitos dos cidadãos com uma série de medidas coercitivas, (...) preparando todas as armas da tirania científica contra as liberdades dos povos civis" (A Careta, n. 538,12.10.1918, p. 28)."

A epidemia da gripe espanhola atingiu o Rio de Janeiro, capital do país à época, levando a óbito 15 mil pessoas e 600 mil ficaram doentes, em uma população de 910 mil aproximadamente. Ou seja, cerca de 66% da população estava doente durante o surto.

Com a grande maioria da população lutando pela vida, a estrutura dos órgãos de saúde e de saneamento que já era precária entrou em colapso, consequência direta da ausência de planejamento e descaso, como noticiado pelo jornal A Noite que circulou no Rio de Janeiro em 1918 [3] :

> *"A caça ao 'coveiro' está provocando recaída de enfermos.*
>
> *Recebemos hoje mais uma queixa contra o procedimento da polícia, a propósito da caçada que continua fazendo aos transeuntes, transformando-os em coveiros nos cemitérios.*
>
> *Um dos queixosos é o Sr. Alberto mendes dos Santos, empregado na Red Star, que, estando ainda atacado de influenza, foi 'caçado' na porta de sua residência, á rua do Rezende n. 35, e imediatamente levado para o Polícia Central.*
>
> *Uma vez ali, o Sr. Santos fez ver que estava enfermo e que os seus padecimentos poderiam vir a agravar-se. De nada lhe valeram as suas allegações, pois, meia hora depois, o fizeram embarcar, com mais 50 indivícuos, num bonde com ao Cajú.*
>
> *Somente á 1 hora da madrugada é que conseguiu voltar para casa, ardendo em febre, o que o obrigou a ir para a cama, recaindo.*
>
> *Isto não pode continuar e pela terceira vez formulamos nosso protesto junto das autoridades competentes."*

Uma das causas para o colapso do sistema de saúde e dos serviços públicos se deve à subordinação da Diretoria Geral de Saúde Pública ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores sem autonomia ou orçamento próprio.

O caos social, devido à letargia do setor público, foi então utilizado politicamente para combater o governo de Wenceslau Braz. As medidas de profilaxia dos navios que aportassem por aqui e as restrições de locomoção da população adotadas de maneira tardia, apenas confirmaram a falha governamental em lidar com a matéria.

3. WESTIN, Ricardo. Gripe Espanhola: Caipirinha é Inventada como Remédio, Morte do Presidente do Brasil e de 50 Milhões. Disponível em: https://pfarma.com.br/noticia-setor-farmaceutico/saude/5331-gripe-espanhola.html Acesso em: 5 mai. 2020.

Através da imprensa foi destacada a falta de verbas e planejamento para a saúde pública, contribuindo para o descrédito das autoridades e a pouca efetividade das medidas anunciadas. Uma vez que os serviços públicos já precários não se mostravam capazes de lidar com o surto da doença, a população se viu dependente da solidariedade prestada pela iniciativa privada através da cruz vermelha, escolas, clubes e igrejas: [4]

> *"As normas previstas no Código Sanitário referentes ao funcionamento de leitos hospitalares de isolamento e as regras para instalação e funcionamento de hospitais, foram abandonadas momentaneamente. Dada a urgente necessidade de leitos, a Hospedaria dos Imigrantes, situada no bairro do Brás, reservou mil leitos para os atingidos pela gripe. De modo similar o Clube Paulistano, o Clube Germania, o Clube Palestra Itália, o Mosteiro de São Bento, o Ginásio do Carmo, o Liceu Coração de Jesus, o Colégio N. Sra. de Sion, o Colégio Mackenzie, o Colégio Jesuíta São Luiz, o Grupo Escolar do Ypiranga, o Grupo Escolar da Barra Funda, o Grupo Escolar da Penha, entre outros, foram transformados da noite para o dia em "hospitais provisórios de isolamento" (aproximadamente 30 em toda a cidade), com seus funcionários e professores não atingidos pela doença e ainda grupos de voluntários, passando a auxiliar no cuidado dos enfermos. Médicos e acadêmicos de Medicina foram destacados pelo Serviço Sanitário do Estado para dar assistência aos pacientes internados nesses locais."*

Teve início então o debate acerca da necessidade de quarentena e distanciamento dos doentes que foi combatida por setores da sociedade, da imprensa e do empresariado além do próprio Diretor Geral de Saúde Carlos Seidl[3]

> *"Não era só a dificuldade de saber o que fazer com o portador 'são', ou seja, aquele indivíduo que contém o microorganismo, o vírus, não desenvolvendo os sintomas da doença, mas que assim mesmo se caracteriza como ameaça a outros indivíduos. Havia também a dificuldade de contornar toda uma gama de empecilhos sociais, políticos e econômicos, que se traduziam em*

4. DUARTE, Ivomar Gomes. **História da Medicina – O Código Sanitário de 1918 e a Gripe Espanhola**: https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Revista&id=123 Acesso em 05/05/2020

> *exigências de quarentenas e isolamentos e que decretavam a inviabilidade de uma sociedade moderna, urbanizada e industrializada que encarava tais estratégias como antinaturais. Os contratempos se voltavam ainda para a questão das liberdades civis, pelo autoritarismo dessas medidas. Essas práticas intervinham na circulação de mão-de-obra e de mercadorias, tanto nacional quanto internacionalmente, o que freqüentemente originava contratempos diplomáticos. De acordo com as posturas governamentais, tais atos não eram "nem possíveis, nem legais, nem científicos" (Seidl, 1919, p. 5)."*

Configurada a situação de caos, devido à falta de credibilidade dos governantes, a população recorreu a qualquer promessa de cura, independente de comprovação científica, causando desabastecimento de alguns gêneros alimentícios, como destacado por Duarte.[5]

> *"Segundo memorialistas da época, os controles da alimentação pública e do abastecimento de gêneros alimentícios ficaram em situação muito crítica e os poucos que existiam anteriormente deixaram de ser executados. A produção e o transporte ficaram caóticos durante os meses da epidemia, caracterizando uma crise no abastecimento de gêneros alimentícios, principalmente pela falta de alho, cebola, canela, cravo, limão e outros produtos considerados terapêuticos pela população. Devido à desorganização distributiva, alguns comerciantes aproveitaram para subir os preços dos produtos escassos. Não haviam cocheiros em número suficiente para distribuição dos gêneros, uma vez que as carroças estavam sendo utilizadas na remoção de cadáveres e muitos carroceiros estavam gripados. Muitas lojas e armazéns foram fechados por causa da doença ou até mesmo da morte de seus empregados e proprietários."*

Nesse contexto "a população recorreu a um remédio caseiro que misturava cachaça com mel e limão, dessa receita supostamente terapêutica que nasceu a caipirinha." [5]

5. https://www.migalhas.com.br/quentes/323030/ha-102-anos-gripe-espanhola-paralisou-o-brasil. Acesso em: 8 maio. 2020

Ante a pressão popular Carlos Seidl foi exonerado da Secretaria Geral de Saúde Púbica e para o seu lugar nomeado o médico Carlos Chagas, nome conhecido da população, por seu sucesso acadêmico, e capaz de arregimentar as forças políticas em prol da reforma sanitária que o país tão desesperadamente necessitava. Nesse ponto obtiveram destaque os higienistas:

> *"Não se pode ignorar que a impossibilidade de fazer analogias que facilitassem a aceitação da espanhola por parte da população contribuiu para que se reforçasse a figura de Chagas e do Instituto Oswaldo Cruz como referências estabelecidas desde o início do século, visão desencadeada pelas intensas campanhas de controle e pesquisas sobre doenças presentes no cotidiano nacional. Contudo, antes do advento da epidemia, Chagas enfrentava problemas frente à direção de Manguinhos. Após a morte de Oswaldo Cruz, em 1917, alguns dos membros do instituto não concordavam com a indicação de Chagas para assumir a direção. Quando tomou posse do comando dos socorros públicos, durante a epidemia, esta entrava no seu período de declínio. Foi nesse contexto que Carlos Chagas passou a ser encarado como um gênio: o único homem capaz de salvar a nação da hecatombe.*
>
> *...*
>
> *Carlos Chagas acabou por atender a uma demanda subjetiva e politicamente necessária do ponto de vista da população. Tal demanda ganhou crédito, devido à postura desse sanitarista e da sua transformação em um gênio salvador da nação e do povo ao longo do evento epidêmico.*
>
> *A gripe espanhola possibilitou a Chagas, assim como a outros higienistas que faziam parte de seu grupo, alcançar posições de poder político e conhecimento médico sobre o evento. Não se está aqui afirmando que o evento possibilitou o controle do conhecimento médico. Mas ele proporcionou, sim, um maior controle sociopolítico que se encarnou na figura de Chagas e em sua associação com Oswaldo Cruz, fortalecendo a posição de um grupo engajado em movimentos nacionalistas – como foi o caso da Liga Pró-Saneamento do Brasil, que vinha se articulando e crescendo no decorrer da República Velha. A espanhola permitiu reafirmar o prestígio e o poder de*

*um grupo profissional vocacionado para a liderança política do projeto de modernização da sociedade, que se pretendia efetuar.*

*...*

*A ocorrência da epidemia colocou à disposição dos ocupantes do campo médico, como também do campo político, todo um arcabouço simbólico, capaz de exercer um poder estruturante na construção de um discurso que elegia a doença como item estratégico da agenda de políticas públicas (Bourdieu, 2000). Do mesmo modo, reforçava a figura dos higienistas como atores capazes de regularizar essas relações biológicas indesejáveis. A dramaticidade do evento possibilitou a percepção da interdependência social e, conseqüentemente, da impossibilidade de ações isoladas no que se referia à saúde pública (Hochman, 1994). Nesse contexto, legitimavam-se as demandas defendidas pelo movimento em prol do saneamento do interior do qual a Liga Pró-Saneamento do Brasil, que tinha Chagas entre seus adeptos, era a principal expressão, buscando a expansão dos serviços de saúde pública no plano nacional e a centralização de sua administração na mão do poder federal.*

*Houve outro fator que favoreceu a imagem de Chagas, durante a epidemia: Aristides Marques da Cunha, Octavio de Magalhães e Olympio da Fonseca, todos membros do Instituto Oswaldo Cruz, levantaram a hipótese de que a gripe seria causada por um micróbio filtrável, e não, como se pensava, pelo bacilo de Pfeiffer. Esse fato acabou por estimular a crença de que Carlos Chagas tinha descoberto a chave do enigma – o micróbio da influenza –, e que uma vacina dita milagrosa seria preparada. Por meio das observações feitas pelos pesquisadores, o sangue retirado dos portadores da gripe e as vacinas de escarros filtráveis também foram consideradas opções para quem buscava a cura da espanhola. Contudo, em novembro, com a diminuição da intensidade da epidemia, faltava material para outros estudos, e as pesquisas tiveram de ser adiadas. A comunidade médica adotou uma postura cautelosa e reservada, como também de grande curiosidade."*

Uma vez nomeado, Chagas deu início ao estabelecimento de pontos de atendimento e hospitais provisórios, aliados a uma ampla campanha de informação. Através de seu prestígio acadêmico uniu a classe médica

e incrementou as pesquisas no Instituto Oswaldo Cruz. Também nesse período foi aprovado o Código Sanitário do Estado de São Paulo servindo de exemplo para todo o País, dentre as novidades podem ser destacadas a obrigatoriedade de notificação, parâmetros de desinfecção, isolamento e vigilância médica:

> *Título IV, Da Prophilaxia Geral das Doenças Transmissíveis, constantes dos artigos 554 ao 613 detalhavam essa sistematização, embora não mencionasse a Influenza.*
>
> *Da notificação*
>
> *Artigo 555 - Ocorrendo um caso de doença transmissível, será o facto levado immediatamente ao conhecimento da auctoridade sanitária ou do Prefeito Municipal, sendo obrigado a fazer esta notificação:*
>
> *a) o responsável pela casa;*
>
> *b) o proprietário da habitação coletiva;*
>
> *c) o médico que prestou cuidados à pessoa acommetida.*
>
> *Artigo 562 - São consideradas doenças de notificação compulsória: a varíola, a escarlatina e as febres eruptivas; a peste; a cholera; a febre amarella; a diphteria; a febre typhoide e as doenças paratyphicas; a tuberculose aberta; a lepra; o impaludismo; a ancylostomose; a ophtalmia granulosa (trachoma) e a conjuntivite purulenta; as dysenterias; a paralisia infantil ou Doença de Heine Medin; a meningite cérebro-espinhal epidêmica; a coqueluche e a parotidite nos collégios, asylos e habitações collectivas; e, as epizotias que se transmitem ao homem.*
>
> *Do isolamento*
>
> *Artigo 569 - É obrigatório o isolamento do enfermo de qualquer das doenças comprehendidas no artigo 562 com excepção da ancylostomose, dysenteria e trachoma.*
>
> *Da desinfecção*
>
> *Artigo 588 - Ordenada a desinfecção pela auctoridade sanitária, ninguém poderá della se eximir, nem embaraçar, perturbar ou impedir sua execução,*

*sob pena de multa de duzentos réis, podendo a auctoridade sanitária requisitar auxílio da polícia para que se execute a operação sanitária.*

*Da vigilância médica*

*Artigo 604 - As pessoas sujeitas à vigilância médica poderão retirar-se do prédio ou localidade em que se acharem desde que indiquem à auctoridade sanitária o seu ponto de destino e obtenham a necessária auctorização.*

*Porém, com o surgimento de um novo surto ocorrido já no ano de 1919, mesmo Chagas obteve dificuldades em aprovar novas quarentenas, distanciamentos e notificações compulsórias.*

Na seara eleitoral a gripe espanhola também teve efeitos catastróficos. Rodrigues Alves, eleito em março de 1918 para o segundo mandato, cai de cama "espanholado" e não toma posse. O vice, Delfim Moreira, assume interinamente em novembro, à espera da cura do titular. Ele, porém, morre em janeiro de 1919, e uma eleição fora de época é convocada.

A devastação pode ser dimensionada pelas ausências na eleição para o Senado ocorrida em novembro de 1918 apenas no Rio. A capital tinha 36 mil eleitores, mas só 5 mil eleitores comparecem às urnas. Na eleição presidencial de março compareceram 22 mil eleitores.

No âmbito legislativo também não ocorreram avanços, até porque os tanto o Senado como Câmara estiveram fechados por muito tempo ante a ausência de funcionários e congressistas. No tocante aos projetos apresentados há destaque para do a aprovação automática de todos os estudantes que foi defendido pelo senador Frontin, que não chegou a ser aprovado pos foi objeto de Decreto do então Presidente interino Delfim Moreira.

Outro projeto, não aprovado, que visava a proteção da economia com a preservação do crédito da população, foi apresentado pelo deputado Celso Bayma (SC). Este projeto polêmico apoiado em intervenção estatal nos contratos particulares previa a possibilidade de se ampliar em 15 dias o prazo para o pagamento das dívidas vencidas durante a epidemia.

Objetivando melhorias no sistema de saúde público o deputado Azevedo Sodré (RJ) apresentou um projeto para elevar a diretoria de Saúde Pública a Ministério da Saúde, que não foi aprovado. Porém, na virada de 1919 para 1920, o Congresso aprovou outro projeto sancionado pelo presidente Epitácio Pessoa com uma série de reformas no sistema de saúde pública. Neste período foi criado o Departamento Nacional de Saúde Pública, destinado ao combate da lepra, tuberculose, malária e doenças venéreas em âmbito nacional. Enquanto o Ministério da Saúde independente como conhecemos foi criado somente em 1930, bem como o modelo de Saúde Único, atual SUS, incluído na Constituição de 1988.

Do mesmo modo que surgiu a gripe espanhola desapareceu deixando lições amargas que não foram implementadas nesses 100 anos até o aparecimento da pandemia causada pelo COVID-19.

## 3. Nos Tempos da Pandemia do COVID-19

No início de dezembro de 2019, na cidade de Wuhan na China, foram identificados casos de pneumonia causados por coronavírus, que já havia sido identificado desde 1937 e no ano de 1965 recebeu esta designação devido ao seu formato característico.

Em 30 de dezembro de 2019 o governo chinês notificou a Organização Mundial de Saúde sobre uma "pneumonia de causa desconhecida" e no dia 05 de janeiro de 2020 complementou o comunicado, informando existir 44 casos de pneumonia de causa desconhecida" relacionada ao Mercado de Frutos do Mar da cidade de Wuhan. Em 09 de janeiro as autoridades chinesas divulgam o código genético do COVID-19.

No dia 21 de janeiro de 2020 foi emitido o 1º Boletim Epidemiológico da Organização Mundial de Saúde, contendo o alerta de Risco Moderado.

Já em 27 de janeiro de 2020 o Brasil tem o seu primeiro caso suspeito e eleva para nível 2 o alerta do Comitê de Operações de Emergência (COE). No dia 30 de janeiro de 2020 a OMS declara emergência internacional, enquanto no Brasil, somente em 03 de fevereiro de 2020 foi declarado Estado de Emergência, através da Portaria nº 188/GM – Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN).

Por consequência, em 07 de fevereiro de 2020, foi publicado no Diário Oficial a Lei 13.979 dispondo sobre as medidas para enfrentamento da emergência causada pelo coronavírus, disciplinando a quarentena, o distanciamento social e a notificação compulsória.

No dia 26 de fevereiro de 2020 foi confirmado o primeiro caso de coronavírus em território brasileiro, na cidade de São Paulo. [6] Importante ressaltar que durante o mês de fevereiro não foi priorizada a realização de testes na população, nem mesmo pacientes internados eram submetidos a testes. O ministério da Saúde apenas em 09 de março de 2020 emitiu orientação para que suas unidades realizassem testes nos pacientes internados, independente de histórico de viagens ao exterior.

Neste marco histórico deve ser registrado : 1) mesmo havendo um Comitê de Operações de Emergência (COE), 2) mesmo havendo a Lei 13.979 de 07 de fevereiro de 2020 prevendo a possibilidade de se instalar a quarentena, 3) mesmo tendo sido identificado um paciente na cidade de São Paulo - apesar da ínfima quantidade de testes realizados até aquela data; ainda assim transcorreu sem qualquer restrição o carnaval 2020 em todo o território Brasileiro.

Não só o carnaval transcorreu sem qualquer dificuldade, mas também todas as práticas esportivas, aeroportos, portos, repartições

6. https://coronavirus.saude.gov.br/resposta-brasileira-a-emergencia Acesso em 09/05/2020.

públicas e empresas funcionaram normalmente durante todo o período de fevereiro de 2020. Durante entrevista concedida, no próprio dia 26, o então Ministro da Saúde Mandetta afirmou que "A nossa preocupação sempre foi as pessoas saírem do Brasil, porque aqui as pessoas estão dentro de um bioma em equilíbrio..." [7]

Somente no dia 11 de março de 2020 o Ministério da Saúde expediu a Portaria 356 regulamentando a Lei 13.979, e estabelecendo medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública causada pelo COVID-19 e no dia 13 de março de 2020, enfim, o Ministério da Saúde estabeleceu o regime de quarentena. [8]

Em resumo: "Brasil registrou o primeiro caso do novo coronavírus SARS-CoV-2, causador da doença covid-19, no dia 26 de fevereiro, em São Paulo/SP. (...). Desde então, a infecção se alastrou por todos os Estados por meio de um tipo de transmissão chamada de comunitária, que não permite se saber onde, exatamente se contraiu o vírus. Em 8 de maio, o Ministério da Saúde apontava a existência de 145.328 casos e 9.897 mortes. Além disso, 59.279 se recuperaram da doença." [9]

No dia 17 de março o Ministério da Saúde emitiu nova orientação para realização de testes apenas em pacientes considerados graves, e no dia 20 de março o Ministério da Saúde reconheceu a transmissão comunitária do novo coronavírus em todo o território nacional.

A restrição à entrada de estrangeiros no Brasil teve início – apenas – em 23 de março de 2020 – porém, não houve restrição a passageiros provenientes dos Estados Unidos, a brasileiros nascidos ou naturalizados,

7. https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/02/26/ida-ao-exterior-preocupa-mais-que-carnaval-diz-ministro-sobre-coronavirus.htm Acesso em 09/05/2020

8. https://www.sanarmed.com/linha-do-tempo-do-coronavirus-no-brasil Acesso em 10/05/2020.

9. https://brasil.elpais.com/ciencia/2020-04-15/evolucao-dos-casos-de-coronavirus-no-brasil.html Acesso em 09/05/2020

nem a imigrantes com prévia autorização de residência. Ou seja, o tema sanitário foi tratado sob a ótica da imigração. No dia seguinte – 24 de março de 2020 – o Ministério da Saúde ampliou para 22,9 milhões o total de testes disponíveis. Em seguida foi publicado o "Guia para Manejo de Corpos no Contexto do Novo Coronavírus", dispondo das regras para velório.

Em 1º de Abril de 2020 o Ministério da Saúde disponibilizou 500 mil testes para serem realizados nos profissionais de saúde em atendimento dos infectados. A exposição maciça e a falta de equipamentos individuais levou à infecção da maioria dos profissionais médicos que prestam atendimento à população durante a pandemia. Somente no Estado de Pernambuco 1 em cada 3 infectados se trata de profissional de saúde. [10] O que leva o Ministério da Saúde a convocar estudantes de medicina, enfermagem, fisioterapia e farmácia para assumirem postos de trabalho.

No dia 14 de abril de 2020 o Ministério da Saúde inicia um censo hospitalar com o objetivo de "monitorar a taxa de ocupação dos leitos SUS disponíveis para pacientes com a doença, avaliar o consumo dos leitos da rede assistencial e a média de permanência dos usuários para auxiliar nas políticas públicas adotadas para enfrentamento do coronavírus."

Devido a pressões políticas por uma solução a curto prazo o Ministro da Saúde Luiz Henrique Mandetta é exonerado em 16 de abril de 2020 e para o seu lugar é nomeado o também médico Nelson Teich, que inicia os trabalhos anunciando a entrega de 10,9 milhões de equipamentos de proteção para profissionais de saúde. Dados do Conselho Federal de Enfermagem (Cofen) registram 4 mil profissionais de saúde afastados por causa da doença, dos quais 552 têm diagnóstico confirmado e 3,5 mil em investigação.

10. https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/04/14/um-em-cada-3-infectados-com-coronavirus-em-pe-e-profissional-de-saude.htm Acesso em 10/05/2020.

Somente em 28 de abril de 2020 o Ministério da Saúde permite a realização de testes em farmácias e drogarias, até então os testes eram feitos exclusivamente em hospitais e cínicas. No dia 30 de abril de 2020 foi decretado o *lockdown* em São Luiz - capital do Maranhão e em outras cidades do interior do Estado.

Em sua nova gestão o Ministério da Saúde centraliza esforços na realização de testes, para diagnóstico do desenvolvimento da doença em todo o território nacional. Assim, no dia 06 de maio de 2020 é lançado o programa 'Diagnosticar para Cuidar', para realização de 46 milhões de testes.

O colapso na rede pública de saúde é verificado nos estados do Rio de Janeiro, Pernambuco, Amazonas, Ceará, Maranhão e Pará que não possuem mais leitos de UTI disponíveis.

No tocante às curas não comprovadas a pandemia do coronavírus também se mostra território fértil, somado ao fato de que remédios também são armas na disputa política [11]. Há desde líderes religiosos prometendo curas [12] [13], até uso indiscriminado de hidroxicloroquina e Ivermectina [14].

Toda essa insegurança sanitária, somada ao colapso da rede pública de saúde, ao uso político da pandemia e uma intensa atividade legislativa dá origem a um gasto público sem precedentes na história do Brasil [15].

Contudo, o esforço brasileiro honra suas tradições e se mostra desorganizado, desajustado e ineficiente. Isto se dá pela ausência

11. https://oglobo.globo.com/analitico/remedios-defendidos- por-bolsonaro-contra- coronavirus-podem -matar-se- mal-administrados -24338465 Acesso em 10/05/2020.

12. https://g1.globo.com/sp/ santos-regiao/ mais-saude/ noticia/2020/ 05/08/ pastor-sugere-gargarejo-para-que-fieis-nao-peguem-coronavirus-veja.ghtml Acesso em 10/05/2020.

13. https://g1.globo.com/sp/ sao-paulo/ noticia/2020/05/08/ mpf-ve-estelionato- em-caso- de-pastor- que-oferece-feijao-para-curar-coronavirus-e-pede-investigacao-em-sp.ghtml Acesso em 10/05/2020.

14. https://www.correiodoestado.com.br/cidades/anvisa-nao-recomenda-uso-de-medicamento-para-cura-de-coronavirus-remedio-acabou-em-farmacias-da-capital/369287 Acesso em 10/05/2020.

15. https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/18/ pandemia- poe -em -xeque -teto-constitucional - de - gastos-publicos Acesso em 10/05/2020.

de protocolos a serem seguidos, cada gestor de saúde no Brasil tem autonomia para atuar e gastar recursos públicos sem qualquer amparo científico ou logístico.

Como exemplo, podemos citar a busca pelos gestores públicos de ventiladores pulmonares. Além da disputa interna causar uma elevação no preço e impossibilidade de atendimento à demanda, verifica-se, por reflexo, que não foram adquiridos equipamentos de proteção individual em quantidade suficiente para os profissionais atuantes na linha de frente ao combate do coronavírus, resultando em mortes e infecções.

A ausência de protocolos leva a situações embaraçosas, como se observa dos hospitais de campanha construídos a custos elevados, sem licitação, e que não podem funcionar por falta de médicos, materiais e equipamentos. [16]

Na seara eleitoral o coronavírus, provavelmente, nos trará sérias consequências uma vez que para 2020 estavam previstas eleições municipais em todo o território nacional sendo impossível imaginar a campanha eleitoral tradicional realizada através de comícios, caminhadas e corpo a corpo. Outro aspecto que deve ser considerado seria a possibilidade de se abrir as zonas eleitorais sem causar aglomeração e contágio. Por fim, deve ser admitida a possibilidade de adiamento das eleições e até que data seria possível realizá-las sem comprometer a duração das legislaturas atuais e futuras. [17]

No âmbito legislativo se verifica uma mudança considerável, todas as casas legislativas de uma forma ou de outra permaneceram funcionando através de meios eletrônicos. A tramitação de projetos prosseguiu normalmente com a realização das votações de maneira virtual. Acredita-se

16. https://vejario.abril.com.br/cidade/coronavirus-2000-leitos-vazios/ Acesso em 10/05/2020.

17. https://oglobo.globo.com/brasil/eleito-presidente-do-tse-barroso-contra- adiar- eleicoes- municipais-para-2022-24375637 Acesso em 11/05/2020.

que a informatização dos processos legislativos seja um progresso, haja vista a percepção de que é possível realizar a atividade sem os gastos inerentes a palácios, motoristas, restaurantes, carros, combustíveis, faxineiros e seguranças. Nesse ponto, a pandemia nos mostra como um período de crise pode ser fértil em soluções, e proporcionar a tão almejada modernização.

Por outro lado, a atividade legislativa brasileira é intensa, porém desorganizada e pouco eficiente. Para que se tenha a exata dimensão do problema eis alguns dados. Existem hoje 336 projetos de Lei tramitando no Senado Federal e 1.047 em trâmite na Câmara Federal. De todos estes apenas 12 se tornaram Lei, 1 está aguardando análise de veto, 2 aguardam sanção presidencial e 13 foram aprovadas na câmara e aguardam o Senado. De todos estes 1383 projetos o Poder Executivo contribuiu com 43 proposições.

Não é por falta de Lei que o Brasil sucumbirá ao coronavírus, é por falta de planejamento. Neste quadro caótico, se observa, tal qual em 1918, uma total ineficiência da rede pública de saúde, um descrédito dos governantes, uma politização da crise sanitária, uma procura por curas não testadas e a ausência de protocolos administrativos.

## 4. Ausência de Políticas Públicas – Sistema de Saúde

Neste comparativo entre os efeitos do surto da gripe espanhola em 1918 e os efeitos da pandemia do coronavírus em 2020, percebe-se claramente que não houve evolução estrutural nestes 102 anos. De todas as lições que poderiam ser aprendidas a única evolução foi na quantidade de projetos de Lei, até pela informatização que permitiu às casas legislativas continuarem funcionando.

O sistema sanitário nacional é inexistente na maioria do território brasileiro. “No País, apenas 44% do total de esgoto é coletado. Estima-se

que, por ano, o subsolo brasileiro receba 4.329 milhões de metros cúbicos de esgotos." [18]

Enquanto isso o Sistema Único de Saúde permanece insuficiente, ineficaz e desigual, contando com apenas 1,95 leitos hospitalares a cada mil habitantes. [19] . A maioria dos municípios brasileiros não possuem hospitais com ou sem UTI, apenas unidades básicas de saúde.

Como demonstrado, em 100 anos, o Brasil evoluiu apenas em atividade parlamentar, o crescimento exponencial do número de projetos de Lei demonstra a modernização das casas legislativas em detrimento do Sistema Único de Saúde e de Saneamento Básico. Importante frisar que a crescente atividade parlamentar não se traduz em segurança jurídica ou melhoria nos serviços públicos. A grande maioria dos projetos de lei apresentados visam diminuir a possibilidade de controle dos gastos públicos em tempos de pandemia.

O gasto público em saúde fica abaixo dos 4% do PIB, gerando uma obrigação de aproximadamente 25% da população de recorrer ao setor privado, que enfrenta incertezas ante o crescimento exponencial do custo dos insumos médicos criado justamente pelo descontrole do setor público.

A estrutura assistencial e sanitária do Brasil mostra pouca evolução, desde o surto da gripe espanhola ,se comparada com a evolução populacional, esse fator aliado ao descaso das autoridades com as notícias vindas do exterior, a ausência de controle operacional das medidas de emergência e as compras realizadas sem a respectiva cadeia lógica de execução geram a situação atual de descrença e desconfiança da população com a efetividade das medidas anunciadas pelos governantes.

18. https://www.tratamentodeagua.com.br/deficit-sanitario-prejudica-aguas-subterraneas/ Acesso em 11/05/2020.
19. https://super.abril.com.br/saude/grafico-a-quantidade-de-leitos-hospitalares-ao-redor-do-mundo/ Acesso em 11/-5/2020

## 5. Conclusão

A saída para a crise pode ser feita através do legislativo com a adoção de protocolos para o estado de emergência, com um maior controle da aplicação orçamentária da saúde. Contudo, não é possível que um país se desenvolva com uma atividade parlamentar consistente em mais de 1.000 propostas de Lei oferecidas em pouco mais de 40 dias.

A tendência brasileira é legislar sobre todos os assuntos a todo momento, e posteriormente submeter ao judiciário que dará a interpretação judicial do momento. Grande parte de nosso subdesenvolvimento se deve à insegurança jurídica causada por uma legislação extensa, confusa e volátil aliada a uma judicialização constante.

De todas as tentativas legislativas para interferir em contratos privados, desconsiderando as Leis anteriores e a Constituição que protege o ato jurídico perfeito - em seu artigo 5º XXXVI - de regulações posteriores, destaca-se o Projeto de Lei n. 1.179, de abril e 2020, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid19).

Nesse aspecto é necessária a ruptura do modelo de legislação e judicialização em excesso, até então vigente, para privilegiar a negociação entre as partes, com o exame do caso concreto e valorização do ato jurídico perfeito.

A Doutrina já possui ferramentas para examinar contratos de prestação continuada, em casos onde ocorra situação não prevista, buscando atingir a manutenção dos deveres e obrigações de ambas as partes, ao contrário do previsto nos projetos de lei em andamento.

Assim, apesar da crise sanitária, devem ser prestigiadas soluções contratuais para os problemas postos pela pandemia do COVID-19 à luz de

institutos clássicos compatíveis com a manutenção do contrato e impedindo intervenção estatal retroativa.

A revisão judicial, somente pode ser admitida respeitando o previsto nos artigos 478 a 480 do Código Civil de 2002 e do art. 6º, V, do Código de Defesa e Proteção do Consumidor, respeitado o contraditório e a ampla defesa desde que comprovada a imprevisão e a ocorrência de onerosidade excessiva que acarrete indevido favorecimento de umas das partes.

Em conclusão, portanto, temos que o problema do Brasil não advém da falta de leis mas sim do excesso, pode o legislativo auxiliar no combate a pandemia estabelecendo um código de emergência, que preveja um protocolo de compras emergenciais com uma sequência lógica de aquisições que permitam o funcionamento dos equipamentos de saúde.

## 6. Referências

ARQUIVO S – **Há 100 Anos Gripe Espanhola Devastou País e Matou Presidente.** Disponível em: < **https://www12.senado.leg.br/jovemsenador/home/noticias-1/externas/2018/09/ha-100-anos-gripe-espanhola-devastou-pais-e-matou-presidente**> Acesso em: 08 de maio de 2020

DESAFIOS DA EDUCAÇÃO. Em 1918, Gripe Espanhola Fez Escolas Aprovarem Todos os Alunos no Brasil. Disponível em: https://desafiosdaeducacao.grupoa.com.br/gripe-espanhola-escolas-aprovam-alunos/ Acesso em: 8 maio. 2020.

DUARTE, Ivomar Gomes. **História da Medicina – O Código Sanitário de 1918 e a Gripe Espanhola**: https://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Revista&id=123 Acesso em 05/05/2020

GOULART, Adriana da Costa. **Revisitando a Espanhola: A Gripe Pandêmica de 1918 no Rio de Janeiro** Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702005000100006 > Acesso em: 05 de maio de 2020

MIGALHAS. Há 102 Anos Gripe Espanhola Paralisou o Brasil. **Migalhas**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/quentes/323030/ha-102-anos-gripe-espanhola-paralisou-o-brasil. Acesso em: 8 maio. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível em: https://coronavirus.saude.gov.br/linha-do-tempo/#dez2019 Acesso em 09 de maio de 2020.

ROCHA, Juliana. **Pandemia de Gripe de 1918** Disponível em: http://www.invivo.fiocruz.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=815&sid=7 > Acesso em: 11 de março de 2020

WESTIN, Ricardo. Gripe Espanhola: Caipirinha é Inventada como Remédio, Morte do Presidente do Brasil e de 50 Milhões. Disponível em: https://pfarma.com.br/noticia-setor-farmaceutico/saude/5331-gripe-espanhola.html Acesso em: 5 mai. 2020.

# 23

# O novo Coronavírus e o Judiciário: entre o Direito e a Medicina, na gestão sanitária emergencial [1]

**MARIA ELISA VILLAS-BÔAS**

*SUMÁRIO:1. Introdução: a crise de judicialização e as judicializações de crise; 2. Entre o Direito e a Medicina: algumas demandas jurídicas potenciais em tempos de pandemia e as dificuldades em compatibilizar a atuação judicial no âmbito dos direitos fundamentais com a gestão sanitária emergencial; a) A reserva do possível real e o desafio da alocação de recursos escassos na prestação em saúde referente à COVID 19; b) O uso de drogas off label no contexto pandêmico; c) Os cuidados paliativos e o direito de dizer adeus em tempos de isolamento; 3. Considerações finais: como atuar o Judiciário nessas matérias, em meio à crise pandêmica?; 4. Referências.*

*"Vivemos negando a morte e nesse momento negamos também, aos familiares, a possibilidade de vivenciarem a finitude dos seus entes queridos. Pessoas estão doentes nas UTIs. Sozinhas. Morrendo. Enterradas sem uma última homenagem. A morte, talvez, nunca foi tão solitária, triste, desumana. Mas esse é o protocolo. (...)"*

(Dr. Rodrigo Santos, médico intensivista, Barretos/SP) [2]

*"O mais difícil de tudo é ver pessoas passando pelo que talvez seja o momento mais difícil de suas vidas sozinhas, longe de suas famílias e do que lhes dá sentido (...)"*

(Dra. Sílvia Seligmann, pneumologista e paliativista, Salvador/Ba)

1. Conteúdo parcialmente desenvolvido na *live* Direito, Medicina e Pandemia, veiculada em IGTV de @camilavasconcelos_prof, em 18.06.2020, em discussão mediante membros do Grupo de Pesquisa GBEM, da Faculdade de Medicina da UFBa, de que fazem parte a autora e a Profa. Camila Vasconcelos, organizadora do evento.

2. Projeto #avozdalinhadefrente, disponível em @lucianadadalto, acesso em 09.jun.2020. O primeiro profissional conclui que *"Nunca serão esquecidos, mas números não nos interessam, A dignidade da vida humana, sim. Até o final."*.

## 1. Introdução: a crise de judicialização e as judicializações de crise

Na linguagem médica, a expressão *crise* indica uma alteração paroxística ou agudizada, um distúrbio súbito no funcionamento orgânico, que pode desencadear uma evolução ascendente ou descendente de um quadro enfermiço. Sociológica e politicamente, a crise (do grego *krísis,* passando pelo latim *crisis)* marca também um momento de transição e mudança no *status quo*, (de)cisão, que passa a demandar novas respostas, ante novas questões ou novas repercussões de demandas já existentes.

No tocante à judicialização, vivemos, após a Constituição de 1988, uma curva ascendente nos números de atuações judiciais no país. A ampliação de direitos e de mecanismos para sua defesa, ao mesmo tempo em que tornou mais próximo da efetividade o ainda ideal principiológico do acesso à Justiça, que é simultaneamente direito e suma garantia fundamental, contribuiu também para tornar as pessoas mais cientes e mais ciosas de seus próprios direitos, ampliando-se as lides.

Outrossim, correntes jusfilosóficas como o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo, com a valorização da hermenêutica principiológica e a reaproximação entre direito e valores morais, destinou lugar de destaque e não raro até de protagonismo ao Judiciário, abrindo espaço ao polêmico ativismo e albergando novas cores nas discussões tocantes à separação, independência e harmonização de poderes e aos limites dos chamados *checks and balances.*

Ao lado da alegada *crise de judicialização* e litigância, motivada pela tomada de consciência de direitos e maior viabilização do acesso judicial após a Constituição de 1988, o surgimentos dos Juizados Especiais, a interiorização da Justiça, a ainda incipiente difusão das Defensorias Públicas

etc., outra situação se erige em momentos particularmente tormentosos, qual seja a *judicialização das crises, nas crises ou judicializações decorrentes de momentos de crise*, quando os direitos arduamente construídos se veem em xeque pelas contingências dos fatos e pelas gestões particularmente desafiadoras, nos momentos de excepcionalidade.

A tendência, nesses momentos, é que, passado o choque inicial, uma série de demandas relacionadas à situação geradora da inquietação social assoberbem o Judiciário com pleitos muitas vezes inéditos ou claramente novos em alguns de seus aspectos, para os quais pode ocorrer de sequer o Legislativo haver-se ainda posicionado em resposta.

É, em dada medida, ao que já começamos a assistir com a crise sanitária decorrente do novo coronavírus. Múltiplas questões novas se dirigem em massa ao Judiciário e muitas outras ainda o farão, ao cabo do isolamento, de modo que já se chegou a alertar que, ao risco de colapso sanitário e hospitalar, não se minore o risco subsequente do colapso judicial, ante a profusão de demandas alavancadas pelo desafio pandêmico.

De efeito, já se verifica a iminência de demandas dos mais variados matizes, relacionadas a questões laborais, consumeristas, de seguridade social, administrativas e penal-administrativas, entre outras. Mas, no momento flagrante, especial destaque se verifica às demandas que aproximam o Direito e a Medicina, as áreas irmãs do Direito Sanitário, Direito Médico e Biodireito.

É sabido que períodos de crise trazem consigo uma exacerbação da litigância, inclusive em sua sequência imediata, pelo aumento de conflitos entre interesses. Até onde, porém, pode ou deve o Judiciário se imiscuir em questões da prática médica emergencial nesse momento, bem assim nos que, em vista dele, sucederem-se? Que lugar este e os demais poderes

federativos ocupam, em searas cujo conhecimento técnico se vê premido pelas chamadas escolhas trágicas, especialmente ampliadas no contexto, e pela pressão das medidas heroicas ou compassivas? Quais os limites do direito à esperança, quando o direito à saúde se evidencia mera expectativa e/ou entra em choque com outro de igual quilate e outro titular? Que matérias podem ser objeto de aferição jurisdicional, concomitante ou *a posteriori*, no âmbito da discricionariedade administrativa ou legislativa, da autonomia profissional e da inexigibilidade de condutas diversas em situação de escassez ou urgência? Que balizas utilizar para mensurar direitos e deveres fundamentais, direitos individuais e coletivos em conflito, no intuito de minorar humanos sofrimentos?

Eis o que vimos, mui brevemente, comentar, com menção a três situações bastante atuais: os dilemas da alocação de recursos escassos ante a reserva do possível, o uso experimental de drogas e os cuidados dignos em final de vida, em meio ao desafio pandêmico.

## 2. Entre o Direito e a Medicina: algumas demandas jurídicas potenciais em tempos de pandemia e as dificuldades em compatibilizar a atuação judicial no âmbito dos direitos fundamentais com a gestão sanitária emergencial

Em 2020, um vírus parou o mundo. Ou, pelo menos, desacelerou bruscamente seu ritmo, levando ao questionamento de rumos e valores, comprometendo deslocamentos, produções e circulações pessoais e comerciais, seja em âmbito local, regional e internacional, numa amplitude jamais vista, asseverando a indubitável globalização. O inimigo invisível e onipresente causou forte impacto sanitário, provocando uma onda de letalidade própria e paralela que, *a priori*, não se esperaria tão elevada [3] .

3. A Autora escreveu sobre o tema da pandemia de COVID-19, notadamente quanto a seu impacto para a população idosa, no artigo "A população idosa e o *ageism* na atual pandemia: o desafio de uma abordagem humanista", desenvolvido a partir de

Isso tem ocorrido em escala tão alta, inclusive em países desenvolvidos e dotados de condições de saúde e assistência de elevado padrão, por conta da contagiosidade geométrica e célere, inclusive mediante portadores assintomáticos, que são a maioria, com intensidade ainda não de todo conhecida. Quando os sintomas se complicam, ainda que em baixo percentual, terminam por exigir internamento e, não raro, tratamento intensivo, com indicação de intubação precoce e de longa duração, sobrecarregando os serviços de saúde, que já têm suas próprias e constantes demandas, levando ao risco agravado de colapso do sistema sanitário e ao déficit generalizado de leitos e insumos, levantando a questão permanente, mas ora agravada, da alocação de recursos escassos em saúde e das denominadas escolhas trágicas – aspectos que, mais cedo ou mais tarde, batem às portas do Judiciário, como garantidor último dos direitos fundamentais ameaçados.

A sindicabilidade judicial das questões relativas à efetividade dos direitos fundamentais já foi profusamente discutida na doutrina e na jurisprudência, com a constatação de que cabe, sim, ao Judiciário um lugar de defesa e garantia a esses direitos, estejam eles sendo discutidos no âmbito público ou privado [4]. Mas nem por isso deixa de haver considerações acerca dos limites naturais na própria cedência recíproca entre eles.

Na conjuntura atual, a discussão versa, ainda, sobre a possibilidade e oportunidade de o Judiciário se imiscuir em aspectos práticos envolvendo questões sanitárias muitas vezes de natureza técnica ou em que a avaliação

palestra para o III Seminário Virtual sobre Direitos e Deveres Fundamentais, promovido pela Faculdade de Direito da UFBa, Instituto de Direito Constitucional da Bahia (IDCB), Instituto dos Advogados da Bahia (IAB) e Academia de Letras Jurídicas da BAHIA (ALJB), em 15.04.2020, cujos anais ensejaram publicação coletiva na obra BAHIA, Saulo José Casali; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis (Org.). *Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus.* v2. São Paulo: Ed. IASP, 2020, e ocasião em que detalhou outros aspectos do tema, inclusive a evolução de alguns dos números da pandemia.

4. Outrossim já nos debruçamos sobre o tema em nossa tese de Doutorado, defendida junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia: VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Alocação de Recursos em Saúde*: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam. 2009. 425f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

técnica necessariamente medeia a harmonização de direitos em choque ou, mais frequentemente, envolvendo o frequente dilema entre direitos de vertente individual e o interesse coletivo, de modo a se tentar evitar o esgotamento do núcleo essencial dos direitos fundamentais – individuais ou sociais – em conflito.

É inegável a interface cada vez mais assídua entre o Direito e a Medicina. As demandas envolvendo alegações de erro médico, os pleitos por medicamentos diversos daqueles adotados pelo gestor público, as discussões individualizadas acerca de leitos e insumos não raro têm tornado o operador do Direito muito íntimo de conceitos da área de saúde, como também têm gerado profissionais de saúde instruídos acerca de instrumentos e meandros jurídicos. Em meio a ambos, a Administração Pública tenta equilibrar-se também, entre os ditames da economia, da ética e da equidade [5].

No momento atual, a pandemia de COVID19 – assim denominada por ser da família das *COrona VIrus Diseases* (doença do Coronavírus), causando uma síndrome respiratória viral aguda, descoberta em finais de 2019 (donde o número 19), na região de Wuhan, na China – tem suscitado algumas ordens de questões potencialmente judicializáveis, a evocar a discussão acerca de quão interferente pode ser o Judiciário em decisões de ordem técnica e/ou com repercussão ampliada no âmbito da saúde coletiva, notadamente na seara da gestão sanitária emergencial e no cotejo entre os interesses públicos e privados, e na garantia do equilíbrio entre direitos e deveres fundamentais. São elas, sobretudo: as questões decorrentes da escassez, ora agudizadas (a exemplo do dilema das escolhas trágicas e dos critérios adotáveis na alocação), o uso de drogas experimentais, medidas heroicas e compassivas, em meio à crise pandêmica, com seus respectivos desdobramentos na relação médico-

5. SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia.* Trad. Laura T. Motta. São Paulo: Cia das Letras, 2008.

paciente e nos cuidados devidos ao final de vida. Mister questionar-nos, então, como pode o Jurídico auxiliar e em que sua intervenção potencializa as dificuldades já havidas no presente contexto.

## a) A reserva do possível real e o desafio da alocação de recursos escassos na prestação em saúde referente à COVID-19

O tema da alocação de recursos escassos é, per si, um continente, em termos éticos, morais, médicos e jurídicos. Nesse último âmbito, o tema ganhou destaque na Alemanha, ainda na década de 70, no cotejo com seu contraponto: os limites fáticos, que restaram conhecidos, a partir de então, como o argumento da *reserva do possível* [6] *– der Vorbehalt des Möglichen*.

Segundo esse argumento, não se pode assegurar ou prover o impossível, o inexistente, notadamente o faticamente indisponível. É frequente identificar a defesa de que a reserva do possível não pode ser alegada como limitador ao mínimo existencial [7] . E, de fato, mister considerar, todavia, que isso depende de a qual reserva do possível nos reportamos. Isso porque, no âmbito nacional, observa-se que a alegação da reserva do possível no âmbito nacional mostra-se, muitas vezes, como argumento vago e fácil para escapar à exigibilidade de cumprimento de determinados compromissos estatais, marcadamente aqueles relacionados com prestações sociais. A alegada escassez, contudo, deve ser *provada, real e material*. O argumento orçamentário, *verbi gratia,* embora de natureza também constitucional, tem natureza essencial de meio, não se podendo erigir intangível, em face de lesão mortal a direitos fundamentais. Há que se

6. A esse respeito, cf., por todos, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7.ed. Coimbra: Almedina, [2003], p. 481.

7. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*..., p. 144; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A Nova Interpretação Constitucional*: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 309-312; CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras Complementares de Direito Constitucional:* Direitos Humanos e Direitos Fundamentais..., p. 165; AGRA, Walber de Moura. Limites à Efetivação dos Direitos Fundamentais. In. LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. *Constituição e Efetividade Constitucional*..., p. 297-298 (alertando este, contudo, para a necessidade de se observar a extensão desse mínimo), entre outros.

recordar, contudo, que o caráter organizacional também tem peso relevante, sobretudo quando objetiva evitar um segundo tipo de reserva do possível, o qual inexoravelmente afeta mesmo o mínimo existencial mais básico.

Isso porque, não obstante se fale, de regra, genericamente em "reserva do possível", é cabível bidimensioná-la em pelo menos duas frentes: a *reserva do possível material, real, fática*, e a *reserva do possível formal ou jurídica*.

A dimensão da reserva do possível se relaciona com o tipo de escassez a que ela se reporta. Segundo Jon Elster [8], a escassez pode ser *forte ou fracamente natural, quase natural* e *artificial*. *Fortemente natural*, segundo o autor, é aquela em que não há nada que ninguém possa fazer para supri-la, podendo ser exemplificada pelo quantitativo de pinturas de Rembrandt. Na escassez dita *fracamente natural*, não há nada que ninguém possa fazer para garantir supri-la, a ponto de satisfazer a todos, como se verifica em termos de órgãos e tecidos humanos compatíveis. Na escassez chamada de *quase natural*, explica Elster, o suprimento pode ser aumentado, mesmo à satisfação, porém mediante ações incoercíveis dos indivíduos, como na disponibilidade de crianças para adoção ou de esperma para inseminação artificial ou de produtos sanguíneos para transfusão. Por fim, a escassez considerada *artificial* depende de decisões governamentais, como se verifica nas questões orçamentárias e em situações decorrentes de escolhas políticas delas derivadas.

As três primeiras categorias se associam à reserva do possível material, e a quarta forma – a escassez artificial – reporta-se à reserva do possível formal. Também Canotilho [9] fala em reserva do possível *fática* e *jurídica*, referindo a reserva fática àquela relacionada com a limitação de recursos materiais, por sua finitude real e concreta. Já a reserva jurídica acha-se

8. ELSTER, Jon. *Local Justice...*, p. 21. Também Berlinguer (*Bioética cotidiana...*, p. 252) classifica a escassez em absoluta e relativa, sugerindo que aquela se reporta a aspectos materiais, à escassez de fato; e esta se refere a aspectos formais na alocação dos recursos.

9. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...*, p. 1255.

associada à capacidade, ao poder ou à competência de disposição dos recursos existentes. É o que se denomina, por vezes, reserva orçamentária ou parlamentar em matéria orçamentária, relacionando-se geralmente com aspectos simultaneamente financeiros e organizacionais.

A reserva do possível material, portanto, é dada pela efetiva ausência de quantitativo financeiro ou, mais comumente, pela carência real de recursos não econômicos, infungíveis, caracterizando uma escassez não diretamente patrimonial nem superável pela mera transposição financeira. É representada, por exemplo, pelos recursos humanos, sendo bem mais difícil ou mesmo impossível de se contornar, mesmo mediante decisão judicial de reconhecimento de um mínimo existencial. É o que ora se assiste. Nessa linha, não basta determinar que o Estado aumente em cinco dias o número de leitos de UTIs ou de vagas hospitalares ou de equipes de saúde nesses locais, porque pode acontecer de não haver profissionais treinados em número suficiente para atendê-los ou ser preciso maior tempo para preparar adequadamente as unidades. Como já dissemos alhures, há insumos que não se podem fabricar num átimo, mesmo que à força de ordem judicial e com respaldo constitucional.

A reserva do possível pode, então, de fato, limitar o direito ao mínimo existencial, quando representa um *limite real de escassez* [10], que pode ser percebido mais facilmente na insuficiência de recursos não financeiros, como na escassez não patrimonial dos órgãos compatíveis para transplante [11], circunstância que decisão judicial alguma poderá assegurar plenamente, ainda que inegável o reconhecimento do direito à vida e à saúde.

São hipóteses em que se mostra inescapável recorrer aos critérios de

10. Assim em BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n. 53, p. 49-70, 2004, entre outros.

11. Escrevemos a respeito no artigo VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Alocação de órgãos e tecidos e a disciplina legal dos transplantes. In. *Revista Bioética*, Brasília, 2011; 19(3): 639-658.

seleção e de exclusão – os denominados *trade offs* [12] – visto que a solução a ser dada nunca será realmente individual, mas sempre representará a exclusão real de outro interessado, além de a própria questão da compatibilidade biológica do órgão ser um fator real que não se pode ignorar. É o que pode vir a ocorrer também, na crise sanitária viral, com os leitos e recursos de cuidados intensivos, quando o nível de saturação se tornar generalizado, como se viu em outros locais, a exemplo recente da Itália, não sanável mesmo com a proposta da regulação unificada entre unidades públicas e privadas [13], [14], compelindo ao estabelecimento de critérios de priorização

12. Sobre o tema, cf. GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*.., p. 160.

13. Nesse sentido, *verbi gratia,* a Recomendação n. 01/2020 da Sociedade Brasileira de Bioética, de maio/2020, indica que, em caso de escassez, "*VI. Deve ser assegurado que todos os leitos de terapia intensiva, privados e públicos, sejam imediatamente regulados pelo SUS e disponibilizados equitativamente para todos os pacientes que deles necessitarem. A insuficiência de leitos em UTI é, muitas vezes, consequência da iniquidade na sua distribuição*;" (disponível em http://www.sbbioetica.org.br/Noticia/754/RECOMENDACAO-SBB-N-012020-aspectos-eticos-no-enfrentamento-da-COVID-19, acesso em 25.05.2020). O tema da regulação unificada, em relação ainda a hospitais da rede pública, também já foi objeto de enfrentamento judicial, mediante a Ação Civil Pública n. 017491-62.2020.4.02.5101, em curso na Justiça Federal no Rio de Janeiro, promovida pela Defensoria Pública e Ministério Público Federal, que teve decisão liminar favorável em 22.04.2020, determinando a cessão dos leitos de hospitais federais à regulação unificada. A inclusão de leitos privados de Unidades de Terapia Intensiva também é objeto de Projetos de Lei, como os de n. 2176/2020 e 2333/2020, apresentados junto à Câmara dos Deputados, e do PL 2.324/2020, aprovado pelo Senado em 26.05.2020, que "autoriza o uso de leitos não ocupados de UTI em hospitais privados para pacientes do SUS com Síndrome Respiratória Aguda Grave (SRAG) e suspeita ou diagnóstico de Covid-19. O uso será indenizado pelo setor público. O projeto segue para a Câmara dos Deputados." (disponível em https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/26/senado-aprova-uso-de-leitos-de-uti-particulares-por-pacientes-do-sus, acessado 28.05.2020). Antes disso, o CNJ também já aprovara a nota técnica n. 0003408-28.2020.2.00.0000, recomendando "*a centralização da gestão de leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) para tratamento da Covid-19. Na proposta, quando esgotados os leitos públicos disponíveis, os gestores devem optar, preferencialmente, pela contratação ou requisição dos leitos de hospitais privados. O posicionamento, destinado aos poderes executivos federal, estaduais e municipais e à Procuradoria-Geral da República, também pode servir para embasar futuras decisões do Judiciário*." (disponível em https://www.jota.info/tributos-e-empresas/saude/cnj-leitos-uti-fila-unica-11052020 e https://mcusercontent.com/4911ce1e520f5bf26dd891c79/files/600e155b-5a19-4327-8949-f90f95db0a7c/Conselho_Nacional_de_Justic_a.pdf?utm_source=JOTA+Full+List&utm_campaign=f575917a9f-EMAIL_CAMPAIGN_2019_02_15_01_58_COPY_02&utm_medium=email&utm_term=0_5e71fd639b-f575917a9f-381383489, acessados em 28.05.2020), com base na Lei n.13.079/2020 e no Decreto n. 10.283/2020.

14. Isso porque, segundo dados do Conselho Federal de Medicina, a proporção de leitos de UTI seria bem maior no âmbito privado do que no âmbito público, gerando uma escassez não propriamente real nesse sentido, mas decorrente da distribuição diferenciada, viabilizada pelo modelo constitucional de saúde suplementar. Nesse sentido, em avaliação de 2016 da entidade médica, restou apurado que: "*Segundo a Portaria do Ministério da Saúde nº 1.101/2002, deve existir de 2,5 a 3 leitos hospitalares para cada 1 mil habitantes. Já a oferta necessária de leitos de UTI deve ficar entre 4% e 10% do total de leitos hospitalares. O número ideal de leitos de UTI para cada grupo de 10 mil habitantes, deve ser de 1 a 3 unidades, o que é referendado pela AMIB*" - veja-se, que, no caso atual, em que a estimativa de gravidade da COVID-19, requerendo internação em UTI, segundo os dados obtidos desde a experiência chinesa, foi de cerca de 3% dos acometidos, o que, per si, já colocaria em discussão uma tentativa de imunização de rebanho sem o devido controle, sob o ponto de vista da alocação de recursos. Prossegue a pesquisa que: "*Em maio de 2016, no entanto, levantamento divulgado pelo CFM com base nas informações do próprio Ministério da Saúde identificou a existência de 40.960 leitos de UTI em todo o Brasil (razão de 1,86/10.000 habitantes). Desse total, 20.173 leitos estavam disponíveis ao Sistema Único de Saúde (SUS) para atender, no mínimo, 150 milhões de pessoas que dependem exclusivamente dessa rede (razão de 0,95/10.000 habitantes). Já a saúde suplementar ou privada contava com 20.787 leitos, para atender em torno de 50 milhões de pessoas (razão de 4,5/10.000 habitantes). Outra constatação do CFM foi a má distribuição dos leitos públicos e privados, pois apenas 505 dos 5.570 municípios brasileiros possuíam pelo menos um leito de UTI. Além disso, dos 27 estados brasileiros, em 19 a razão de leitos de UTI por habitante na rede pública era inferior ao preconizado pelo próprio Ministério da Saúde. Isso ocorreu nas regiões Norte (exceto Rondônia), Nordeste (exceto Pernambuco e Sergipe) e Centro-Oeste, além dos estados do Rio de Janeiro e de Santa Catarina. No Acre, Roraima, Amapá e Maranhão o índice permanecia abaixo do ideal mesmo se considerados os leitos privados disponíveis nestes estados*." (Cf. http://www.cremepe.org.br/2016/11/18/conselho-define-criterios-para-melhorar-fluxo-de-atendimento-medico-em-utis/, acessado em 06.06.2020). Nos dados de 2018, verificou-se que somente 14% das cidades brasileiras contavam com Unidades de Terapia intensiva, sendo que o SUS contaria, no total, com 2,5 leitos para cada dez mil habitantes, e o sistema particular, com média de seis leitos para cada dez mil habitantes. A distribuição geográfica desses números, contudo, resultava em uma concentração de 54% dos leitos de terapia intensiva do país situados no Sudeste, sendo 47% do total de leitos públicos e 61% dos privados; enquanto a região Norte apresentaria apenas 5% dos leitos nacionais de UTI, abrangendo 5,7% dos leitos

de pacientes, em detrimento de outros. Esses critérios devem ser os mais racionais, justos e equitativos possíveis, evitando discriminações apriorísticas ou irrazoáveis.

De outro lado, o estabelecimento de critérios claros, justos e equitativos é imprescindível para a segurança de todos, inclusive da equipe de saúde, já submetida a intenso estresse profissional e pessoal, e da sociedade como um todo, submetida ao risco de uma multiplicidade imprevisível de critérios ou a uma pessoalidade discriminatória. A adoção de parâmetros institucionais variados ou pouco nítidos, nem sempre dotados ou submetidos ao amparo constitucional – a ser aferido de modo geral e prévio – além do potencial de agravar a insegurança e a iniquidade, pode acabar fomentando crises de judicialização posteriores, na aferição das condutas adotadas no curso da crise sanitária original.

Já se cogitou a necessidade de instituir, inclusive, ante o reconhecimento da situação emergencial e da inexigibilidade de conduta de diversa, uma espécie de "justiça de transição" [15] para analisar os efeitos da crise pandêmica na relação profissional-paciente mediante o reconhecimento de propostas de imunidade [16], sob pena de se ensejar causa de profundo

públicos do país e 4,4% dos privados (dados disponíveis em https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27828:2018-09-04-19-31-41&catid=3 e https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26168:2016-05-16-13-09-57&catid=3, acessados em 28.05.2020).

15. Cf. ELSTER, Jon. *Closing the books.* Transitional Justice in historical perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2004; DMOULIS, Dimitri. *O Caso dos Denunciantes Invejosos*: Introdução prática às relações entre direito, moral e justiça. 9ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014.

16. Nesse sentido tem sido entendida a Medida Provisória n. 966, de 14.05.2020, relativa à responsabilização de agentes públicos por ação ou omissão em atos relacionados com a pandemia de COVID-10, mas que não alcançaria os profissionais de entidades privadas, salvo, talvez, por analogia, hipótese de nacionalização de leitos. Também no sentido da relativa imunidade profissional no período, antecedendo a MP 966, e seguindo precedentes de propostas já havidas no Estado de Nova York (EUA) e Itália (ambas no sentido de que apenas casos de culpa grave pudessem ensejar responsabilização médica na abordagem decorrente da presente pandemia), assinalou-se a proposta veiculada por ROSENVALD, Nelson. *Por uma isenção de responsabilidade dos profissionais de saúde por simples negligência em tempos de pandemia.* Disponível em https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2020/05/01/POR-UMA-ISEN%C3%87%C3%83O-DE-RESPONSABILIDADE-DOS-PROFISSIONAIS-DE-SA%C3%9ADE-POR-SIMPLES-NEGLIG%C3%8ANCIA-EM-TEMPOS-DE-PANDEMIA, acessado em 16.06.2020, mediante o Instituto Brasileiro de Responsabilidade Civil, com o seguinte teor: "ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE POR SIMPLES NEGLIGÊNCIA. Art. X Dadas as circunstâncias urgentes e dramáticas em que médicos, profissionais de saúde e outros provedores do setor médico precisam prestar serviços, o Estado deve garantir que a partir de 20 de março de 2020 até o final da declaração de emergência esses profissionais não sejam responsabilizados por eventos adversos relacionados ao COVID-19, exceto em casos de grave negligência.§ 1º O mesmo se aplica a outros profissionais e titulares de cargos públicos que tiveram que tomar decisões rápidas e difíceis diretamente relacionadas à crise da COVID-19. § 2º Essas isenções não se aplicam ao Estado, que permanece responsável de acordo com o regime específico de responsabilidade existente.".

temor aos profissionais de saúde em suas condições já agravadas de labor, na medida em que, sem parâmetros estabelecidos e condições adequadas, todas as escolhas trágicas, ora majoradas, podem vir a ser vistas como risco potencial de responsabilização cível ou mesmo criminal posterior.

Definidos os parâmetros de eleição, por outro lado, a atuação do Judiciário também deve ser cuidadosa, no exercício da pacificação social justa, eis que, numa eventual multiplicidade de lides entre os interessados nos bens da vida escassos, decisões *ad hoc*, em detrimento de tais critérios previamente estabelecidos, com a vitória de qualquer dos requerentes, podem gerar um novo impasse, não somente com os eventuais preteridos no processo em que houve a decisão, mas também com os partícipes de outras lides, ocasionando-se uma verdadeira teia de pretensões absolutamente incompatíveis e inconciliáveis, numa situação de escassez já estabelecida. Assinala-se aí o relevante risco de ordens judiciais conflitantes destinadas à mesma equipe e versando sobre o mesmo bem, com espaço de tempo curto demais para a resolução a contento, sem que seja possível o efetivo cotejo dos direitos envolvidos, os quais, no final das contas, têm lastro similar na dignidade humana e na igualdade de direitos fundamentais reconhecidos.

A questão, então, torna-se saber se cabível ou recomendável que o Judiciário substitua os critérios de alocação adotados em situação de escassez, e se pode fazê-lo de modo individual ou geral. Eleger critérios de alocação [17] em situações de escassez real é das mais árduas, excruciantes e estressantes tarefas que pode haver na gestão e prestação sanitárias. É,

17. As múltiplas opções de critérios e suas discussões também já foram objeto de outros artigos nossos, com respectivas referências bibliográficas específicas sobre o tema e suas variadas abordagens, como em VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Justiça distributiva, critérios de alocação de recursos escassos em saúde e suas críticas. In. *Revista Redbioetica/UNESCO,* 2010; 1 (2):73-84; VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Justiça, igualdade e equidade na alocação de recursos em saúde. In. *Revista Brasileira de Bioética,* 2010; 6 (1-4):29-52; e VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. Alocação de órgãos e tecidos e a disciplina legal dos transplantes. In. *Revista Bioética*, 2011; 19(3): 639-658. No caso presente, vários documentos locais têm sido elaborados, indicando critérios de alocação de leitos de UTI, em caso de escassez, sendo que o mais amplo nacionalmente parece ser o da Associação de Medicina Intensiva Brasileira (AMIB), subscrita por outras entidades médicas, incluindo a Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia, cuja participação ensejou a revisão da primeira versão, de tendência etarista e capacitista, resultando no texto disponível em https://www.amib.org.br/fileadmin/user_upload/amib/2020/abril/24/VJS01_maio_-_Versao_2_Protocolo_AMIB_de_alocac__a__o_de_recursos_em_esgotamento_durante_a_pandemia_por_COVID.pdf, acesso em 25.05.2020, que indica critérios eminentemente técnicos, calcados em avaliações atuais de efetividade e prognóstico, de modo a evitar discriminações apriorísticas.

muitas vezes, o verdadeiro decidir "quem vai viver e quem vai morrer" [18], não raro em situações emergenciais, em que qualquer decisão pode mostrar-se moralmente justificável, mas, ainda, assim juridicamente questionável e capaz de destruir vidas, inclusive a do decisor.

O ideal, nesses casos, ainda mais quando a situação toma feições mais amplas, até nacionais, como ora se vê, é que os critérios possam ser definidos previamente e de forma transparente, de modo a se evitar a modificação *ad hoc*, em detrimento de uma escolha que perpassa, além dos aspectos jurídicos – eis que todos igualmente titulares de direitos fundamentais – mas também por aspectos técnicos, éticos e políticos, referentes à busca à melhor prestação técnica possível, aos máximos consensos morais possíveis, segundo os valores e a cultura daquela sociedade, bem assim pelo uso mais profícuo dos recursos disponíveis, eis que inevitável algum grau de utilitarismo na elaboração das políticas públicas, o que não deve significar, contudo, a descaracterização da dignidade humana.

Ou seja, ante situação de sabida escassez real, a análise da alocação deve ser feita de modo geral, à luz da constitucionalidade sistêmica, recordando-se, *exempli gratia*, que critérios como a necessidade-gravidade (de vocação mais kantiana) e a efetividade [19] prognóstica (de vocação mais utilitária), alguns dos mais utilizados nos dilemas alocatícios dessa ordem, têm aplicação eminentemente técnica e comparativa, não devendo ser substituídos pontualmente, sob pena de ensejar maior desigualdade, iniquidade e insegurança.

18. Esse foi, inclusive, o título da Revista *Life* americana, em sua edição de novembro de 1962, quando o surgimento dos aparelhos de hemodiálise, porém em número naturalmente limitado, permitiram a sobrevida dos pacientes renais, então de possível cronificação, tendo-se estabelecido um comitê com a função de definir quem seriam os escolhidos para fazer uso do recurso. O comitê, formado por dois médicos, um religioso, uma dona de casa, um advogado, um banqueiro e um sindicalista, elegeu os priorizados, sem a indicação de critérios claros, resultando num grupo majoritariamente composto por homens brancos, abaixo de quarenta e cinco anos, casados e que estivessem em dia com suas contribuições sociais (Cf. a respeito: FORTES, Paulo Antônio Carvalho. Critérios éticos em microalocação de escassos recursos em saúde. In. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leo (orgs) *Bioética*: Alguns desafios. São Paulo: Loyola, 2001, p. 163-180; PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética.* 5ed. São Paulo: Loyola, 2000, p. 20, entre outros.

19. Para melhor detalhamento dos conceitos em espeque, confiram-se nossos textos acima citados, na nota n.17, alguns dos quais disponíveis também na internet.

O equilíbrio prático entre eles, por sua vez, é medida desafiadora na vivência profissional e social, sobretudo em situações de grandes desastres e crises sanitárias, como ora se vê. A batalha diuturna do emergencista ou do intensivista que precisa alocar vagas e atendimentos é de tessitura muito mais visceral naquele instante do que uma decisão de gabinete pode avaliar. Inclusive por isso a preocupação em se elaborarem protocolos que poupem o profissional de saúde de mais esse peso no momento da decisão, é dizer: o estabelecimento e a eleição de critérios, o quais já devem, preconiza-se, preestabelecidos mediante documentos maximamente consensuais em suas áreas.

Na presente circunstância, pode-se observar que os protocolos têm dado preferência a critérios combinados de efetividade, mediante escores preditivos referendados internacionalmente, como o Sequential Organ Failure Assessment (SOFA) e Acute Physiology And Chronic Health Evaluation (APACHE) [20], organizados em sistemas de pontos, nos quais os aspectos clínicos do estado dos pacientes são aquilatados e cotejados, segundo a maior probabilidade estatística de resposta à terapêutica em questão, evitando o desperdício de recursos escassos, bem assim coibindo critérios excludentes *ab initio*, como foi muito discutido em relação ao aspecto etário, na coronovirose atual.

Sinteticamente, portanto, no que toca à alocação de recursos, constata-se que a reserva do possível material pode, sim, ser um limitador natural de direitos, mesmo aqueles concernentes ao mínimo existencial,

20. Nesse sentido as Recomendações atuais da Associação de Medicina Intensiva Brasileira (AMIB), conjuntamente com outras Sociedades e Associações médicas, e da Sociedade Brasileira de Bioética (SBB), já referidas. Os escores não são completamente isentos de vieses sociais, na medida em que muitas comorbidades derivam de quadros prévios evitáveis ou tratáveis mediante políticas profiláticas sanitárias mais inclusivas. É algo a ser objeto de análise e alerta para abordagens permanentes, desnudando aspectos de necropolítica, na expressão de Achille Mbembe, invisibilizados no cotidiano normal (Nesse sentido: BERKMAN, Emily; DIECKMA, Douglas. *Cracks in the System*: Lessons Learned from the Covid-19 Pandemic. Disponível em https://www.thehastingscenter.org/cracks-in-the-system-lessons-learned-from-the-covid-19-pandemic/, acesso em 26.06.2020). Dadas, contudo, as circunstâncias presentes, ainda são as avaliações mais imparciais em relação à resposta terapêutica atual, funcionando de modo mais abrangente, eis que calcados na resposta orgânica potencial, do que na mera consideração do "ser", como o etarismo (e também o rascismo), ou de avaliações subjetivas, como o capacitismo, sem desprezar a necessidade de manejo objetivo da escassez.

pelo fato inexorável da inexistência efetiva de recursos. A decisão, nesse caso, deve perpassar pela prévia definição de critérios de alocação dos insumos escassos, de forma transparente, técnica e ética, com respaldo jurídico, mas cientes de que há outros aspectos envolvidos na ponderação dos princípios então em conflito, de sorte que a decisão judicial pode não ter o condão de resolver a questão pela mera afirmação de direitos, ainda que de caráter fundamentais, podendo-se tornar, ao revés, fator de desigualdade e injustiça, quando altera pontualmente critérios gerais e implica necessário e concreto sacrifício de outros direitos/titulares. Os critérios podem ser objeto de análise prévia, geral e constitucional de seu cabimento, afastando-se, nesse caso, para todos, aqueles que se mostrem injustificavelmente discriminatórios.

## b) O uso de drogas off label no contexto pandêmico

Uma outra questão técnica que tem ganhado novos e inusitados contornos na interseção médico-administrativa, com potencial de chegada ao Judiciário, é a utilização de medicamentos que objetivem a cura da COVID-19, a partir de efeitos não primaciais de substâncias já admitidas no Sistema de Saúde, os chamados usos *off label*, isso é, fora das indicações de bula. Quando do surgimento de um quadro patológico ainda sem tratamento, é frequente que se tente buscar a pedra filosofal junto a medicações que já existam no mercado, solução potencialmente mais fácil, célere e inicialmente mais segura do que a formulação de medicamento completamente novo para tal fim.

Isso ocorre porque, primeiramente, é sabido que o uso de qualquer medicação tem efeitos sistêmicos no organismo, podendo causar resultados paralelos ou colaterais eventualmente úteis em outros tratamentos [21].

21. Exemplo de uso *off label* exitoso é o da utilização do fármaco Sildenafil, inicialmente comercializado somente como medicação contra disfunção erétil, para tratamento da hipertensão arterial pulmonar, ante seu efeito vasodilatador pulmonar. Assim, a despeito da regra de exclusão de fornecimento de tratamento experimental pelo SUS (e o uso *off label* assim se caracterizaria enquanto não aprovado pelas instâncias competentes nacionais), o STJ já decidiu em prol da concessão da

O fato de se tratarem de substâncias já aceitas no âmbito sanitário e comercial facilita seu uso alternativo [22], quando direcionado para outros âmbitos que não aquele para o qual já aprovado, e, embora devendo ser realizado também idealmente em âmbito de pesquisa, com respectivos controles e cautelas, importa maior conhecimento e, presume-se, maior segurança, no manejo de seus efeitos negativos.

Assim é que, no curso da atual pandemia, diversas substâncias têm sido tentadas para a contenção dos vírus, em seus principais aspectos agressores, como a tendência à hipercoagulação, o quadro inflamatório pulmonar e a proliferação viral. Já foi cogitado para isso o uso combinado de substâncias como a cloroquina e hidroxicloquina (medicamentos antimaláricos e antirresposta autoimune), azitromicina (antibiótico), ivermectina e nitazoxanida (antiparasitários), entre outros. As primeiras têm sido as mais discutidas, ensejando verdadeira batalha técnica e política, já que seu uso ganhou contornos de inusitada disputa de poder, com direito a queda de um segundo Ministro de Saúde, em menos de um mês,

substância Sildenafil para a hipertensão pulmonar, considerando haver subsídio científico bastante para sua utilização em casos que tais (STJ. RESP 855414 / RS. PRIMEIRA TURMA. Data da decisão: 26/09/2006. DJ: 16/11/2006 P:235 Rel. Min. LUIZ FUX), inclusive em favor de crianças. Também no sentido da possibilidade de provimento de tratamentos experimentais, ainda não regulamentados no país, mas acerca dos quais há evidências substanciosas de sucesso, parecer emitido por LACERDA, Galeno. Seguro de Saúde. In. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) Direito & Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 301-311. Destaca o parecerista, contudo, a boa documentação do pedido, que traz a lume amplas evidências de sucesso do medicamento, já permitido fora do país. Em sentido semelhante: "Autorizar que a operadora negue o tratamento sob a justificativa de que a indicação não está contida na bula representa inegável ingerência na ciência médica, em odioso e inaceitável prejuízo ao paciente enfermo". (REsp 1721705/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/08/2018, DJe 06/09/2018); "Havendo evidências científicas que respaldem a prescrição, é universalmente admitido e corriqueiro o uso off label de medicamento, por ser fármaco devidamente registrado na Anvisa, aprovado em ensaios clínicos, submetido ao Sistema Nacional de Farmacovigilância e produzido sob controle estatal, apenas não aprovado para determinada terapêutica." (REsp 1729566/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 30/10/2018).

22. A discussão entre o medicamento *off label* e experimental, bem assim entre terapias experimentais e usos experimentais de medicamentos e terapêuticas perpassa pelos conteúdos da Resolução nº 466/12 do Conselho Nacional de Saúde, Processo-consulta CFM 2.437/03 – Parecer 13/04 e Resolução CFM nº 1.982/12, analisadas no Parecer CFM nº 2/16 (disponível em http://www.portalmedico.org.br/pareceres/CFM/2016/2_2016.pdf, acesso em 25.05.2020), e, no contexto presente, o Processo-consulta CFM nº 8/2020 – Parecer CFM nº 4/2020, que flexibiliza exigências para o uso *off label* da Cloroquina e Hidroxicloroquina no contexto da COVID-19, ao consignar que: "Diante da excepcionalidade da situação e durante o período declarado da pandemia, não cometerá infração ética o médico que utilizar a cloroquina ou hidroxicloroquina, nos termos acima expostos, em pacientes portadores da COVID – 19" (disponível em https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2020/4, acesso em 25.05.2020. Juridicamente, a decisão do REsp 1729566/SP, de Relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão, supracitada, também vislumbra distinção, sustentando que o uso *off label* não importaria a vedação do art. 10 da Lei 9.656/98, que afasta a não obrigação de provimento de tratamentos experimentais, referente aos planos de saúde privados. Trataremos do tema em outro texto específico. *Prima facie,* temos que o uso *off label* se distingue do "tratamento clínico ou cirúrgico experimental", referido no art. 10, I, da Lei 9.656/98, com redação dada pela MP 2.177-44/2001, ainda que consista em uso experimental de terapêutica, no sentido de que ainda não chancelada em bula essa indicação. O fato de se tratar de medicamento já admitido no país, o que evidencia sua margem de segurança, autoriza, com efeito, seu fornecimento com benefício crível e cientificamente defensável, quer no âmbito público, quer mediante cobertura privada, desde que respaldado o uso no conhecimento embasado da atual *status artis*, inclusive, não raro, com admissão internacional – o que não se impõe internamente, é natural, mas robustece a evidência de eficácia.

por divergência do ocupante médico quanto a um regulamento de vertente administrativa e aparente influência política, em lugar de exclusivamente técnico, recomendando seu uso, ainda em fase de estudo [23].

É justamente o que se discute no presente texto: até onde as instâncias de poder devem intervir política ou juridicamente em âmbitos de atuação técnica? Não se trata de cogitar uma insindicabilidade das questões técnicas ou a desnecessidade de sua regulamentação administrativa, mas, sim, de questionar a adequação da substituição do julgamento técnico por decisões políticas, sobretudo considerando a ausência de evidência segura da efetividade das drogas em questão para o combate do quadro, os princípios éticos da autonomia profissional e da responsabilidade ante a vulnerabilidade [24], vigente ainda que ante o consentimento do paciente ou de sua família.

A questão do uso compassivo, em que admitida a droga pelo Conselho Federal de Medicina, como tentativa última, motivada pela compaixão e falta de alternativa outra, tampouco é desconhecida do Judiciário. Há pouco tempo, uma avalanche de ações judiciais buscou o fornecimento de substância de proposta anticancerígena conhecida como fosfoetanolamina sintética, ainda em sede de pesquisas, não raro sem sequer prescrição médica que respaldasse a pretensão. Tal situação ensejou, como também ora se vê, a adoção de uma medida política (naquele caso, legislativa, mediante a Lei nº 13.269, de 13 de abril de 2016), determinando a produção, distribuição e fornecimento da substância, atropelando as instâncias técnicas que gerem a segurança na pesquisa e admissão de novas drogas

23. Cf. a Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 351/2020, da ANVISA, publicada em 23.03.2020 no Diário Oficial da União. Diversa é, *verbi gratia,* a situação do Informe da Sociedade Brasileira de Infectologia (disponível em https://ammg.org.br/wp-content/uploads/f590ba9af0faf1a1490ef0b5f945b9c136dceba586b6fa18b86852927fe72b54.pdf, acessado em 16.06.2020, que indica o uso de dexametasona (corticoide), substância que seria usada em sua própria função anti-inflamatória, não caracterizando uso experimental, ainda que não conste ainda de protocolo formal da doença, pela própria situação nova desta. Também tem sido utilizado o antiviral remdesivir, originalmente indicado no tratamento do Ebola.

24. Nesse diapasão, o art. 8.º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (DUBDH) – disponível em https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000146180_por, acessado em 25.05.2020.

ou novos usos no país. Na ocasião, a norma foi considerada liminarmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI n. 5501/DF.

No caso presente do uso da cloroquina, o Judiciário também foi instado a se manifestar, mediante a Ação Civil Pública n. 1015707-53.2020.4.01.4000, movida pelo Ministério Público Federal do Piauí, objetivando a adoção protocolar da substância pela rede pública. Tal circunstância levantaria outra questão de fundo ético: tratando-se de uso experimental, poderia o paciente ou o profissional, no exercício de suas autonomias, recusar a prescrição? Poder-se-ia impor seu uso – como também, quiçá, a vacina em caráter ainda experimental (o que difere do quadro vacinal básico) – e, portanto, de segurança e eficácia ainda discutíveis e, nesse caso, consabidos efeitos colaterais (sobretudo cardíacos e oculares), por vezes tão letais ou mutilantes quanto a enfermidade que se objetiva enfrentar? Poder-se-ia imputar responsabilidade ao profissional que a utilizou com danos ou considerar *pert d'une chance* contra aquele que não o fez?

Veja-se que, assim como no tocante aos critérios de alocação de recursos, uma atuação geral, calcada em lastro técnico, poderia ser admissível ao Legislativo; eventualmente, mediante regulamento não autônomo, ao Executivo; ambos aferíveis pelo Judiciário, mas a substituição de qualquer dos poderes à decisão profissional soa incompatível com os próprios critérios de proporcionalidade na solução de *hard cases* [25] .

É natural que, diante de situações de morte iminente, a tentação das chamadas medidas heroicas, tentativas de resposta milagrosas, confundam-se com o razoável direito à esperança [26] . Nos casos em que tais medidas têm custos relativamente módicos, como se viu no caso da fosfoetanolamina ou

25. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales...*, p.112, ainda referencial, em que pesem críticas possíveis a tais critérios de ponderação.

26. Sobre o tema, cf. ARAÚJO, Cynthia Pereira de. *Existe Direito à Esperança?* Saúde no contexto do câncer e fim de vida. Disponível em https://www.academia.edu/38622099/Existe_direito_%C3%A0_esperan%C3%A7a, acesso em 25.05.2020.

da cloroquina, as ponderações de ordem técnica ou ética parecem ocupar menos espaço que as ponderações econômicas, diversamente do que ocorre quando o direito à esperança se assenta em tratamentos de alto custo, ainda que com eficácia até menos questionável [27] .

Ocorre que, quando se trata de pesquisa envolvendo seres humanos, aí incluídos os tratamentos (medicamentos ou usos) experimentais, que deveriam ser utilizados também nesse contexto de pesquisa, alguns aspectos precisam ser considerados, tais como a *segurança*, a *eficácia*, a *efetividade* propriamente dita e a *eficiência ou custo-efetividade* [28] , não podendo ser olvidadas em sua análise, quer sanitária, quer judicial, sob pena de representar indevida intervenção externa em matéria de ordem eminentemente técnica.

Assim, a atuação judicial deve-se firmar, quando instada, mais na vigilância a tais pontos, no quanto constitucionais e gerais, do que propriamente em promover inserção impositiva de índole técnica, sobretudo no âmbito público/estatal. Ao revés da situação anterior, quando se pecava pela eventual análise em caráter individual, onde caberia avaliação geral, aqui se arriscaria mediante norma de caráter amplo, em detrimento da análise individualizada de preenchimento de indicações

27. Outra situação peculiar nesse sentido é aquela em que o tratamento, mesmo com eficácia comprovada, se choca com a legalidade, como no caso dos tratamentos anticonvulsivantes com uso de canabidiol, derivado da *cannabis sativa*, mesma fonte vegetal de que originada uma sustância ilícita no país, e que, embora pudesse ser de baixíssimo custo se produzida nacionalmente, tem ensejado imenso custo e dificuldades práticas na importação, mesmo mediante comando judicial e eficácia medicamente reconhecida, conforme Resolução CFM nº 2.113/14 e incontáveis decisões judiciais em todo o país.

28. Sobre os aludidos conceitos, cf. VIEIRA, Fabíola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS..., p. 365-369, abr. 2008; bem assim a Tese de Doutorado e artigos citados, de nossa lavra. O tema também foi objeto de análise pelo Médico especializado em Economia da saúde e recente ex-Ministro da Saúde, no curso do atual momento pandêmico, Dr. Nelson Teich (TEICH, Nelson. Economia da Saúde como Instrumento Decisório em Auditoria..., p. 37; 40; 46-47), que analisa a repercussão econômica da escolha de determinado tratamento como padrão, a partir dos custos sociais adjacentes e do custo-benefício que um insumo importa. São dados que buscam tornar mais objetiva a análise global, lastreando-se em pesquisas epidemiológicas e estatísticas, sendo de se considerar que nem sempre se tem como estimar com precisão o resultado individual que será obtido em cada caso. Para isso, utilizam-se recursos como os índices de custo-efetividade, custo-utilidade (permitindo avaliar mais variáveis e patologias diferentes, a exemplo do índice QALY – *Quality Adjusted Life Years*, que utiliza parâmetros validados de avaliação de qualidade de vida para cotejar a condição de sobrevida obtida por unidade de custo – é dizer, avalia-se não apenas se o paciente vive mais e quão mais, mas, também, quão melhor ele vive, o que talvez compense um maior custo proporcional seguro), entre outros, que devem também ser explicitados pelo administrador, quando de sua defesa à política escolhida, fundamentando sua razoabilidade. De se assinalar que o uso do QALY foi recentemente afastado na segunda versão do protocolo de alocação da AMIB, que entendeu subjetiva a avaliação de qualidade de vida, tendendo ao capacitismo e à discriminação de pessoas com deficiência, preferindo-se, para a situação da atual pandemia, critérios de sobrevida. Sobre o tema, Cf. também a obra clássica de Bioética, BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James, F. *Princípios de Ética Biomédica.* 3ed. São Paulo, Loyola, 2013, p. 339 e ss.

e critérios profissionais – ambas medidas particularmente agravadas, no presente contexto excepcional e emergencial da gestão sanitária.

## c) Os cuidados paliativos e o direito de dizer adeus em tempos de isolamento

O terceiro aspecto a destacar, dentre os vários de vertente médica que a presente pandemia tem levantado e levado às orlas do Judiciário, diz respeito à questão do isolamento social no âmbito hospitalar, em contraposição aos direitos do paciente, em especial no tocante ao acompanhamento, no caso do paciente idoso, menor, gestante, portador de deficiência, com especial atenção aos quadros terminais e ao direito à assistência paliativa.

Nesse contexto, alguns pontos se erigem: a uma, a questão dos cuidados paliativos como direito humano, inclusive – e não subsidiariamente – àqueles que eventualmente não sejam elegíveis para os tratamentos curativos, quer pela gravidade irrespondível do quadro ou por opção pessoal (e aqui se situa o aspecto das Diretivas Antecipadas de Vontade, tema pouco frequente em nossa cultura, mas que ganha espaço com as situações de risco de morte coletivizado de forma mais iminente), quer pelos limitadores da escassez real na alocação de recursos sanitários limitados. A duas, o chamado *direito de dizer adeus* e de acompanhamento, em contraposição ao dever social de isolamento, no momento em que a profilaxia do agravamento da situação pandêmica depende sobretudo dessa cautela. Tais discussões vêm chamando a atenção em todo o mundo, como corolário dos direitos humanos e da dignidade em final de vida [29].

29. Nesse contexto, assinale-se o PL 2136/2020, apresentado em 23.04.20 junto à Câmara dos Deputados, propugnando a disponibilização de meios para visita virtual a pacientes internados, a partir da experiência negativa da jornalista Silvana Andrade e sua mãe, internada em hospital de Recife, em quadro terminal, impedida de se despedir mesmo virtualmente, em virtude do protocolo de isolamento. Nas unidades locais, tem-se visto um intenso empenho dos profissionais em viabilizar ao menos tais possibilidades de encontros, inclusive como mecanismo facilitador da vivência do luto em tais condições. Sobre o tema, cf. também os documentos produzidos pelas entidades técnicas e profissionais, orientando o manejo e atenção ao luto, na especificidade da pandemia por COVID-19, como a FIOCRUZ (disponível em https://renastonline.ensp.fiocruz.br/recursos/saude-mental-atencao-psicossocial-pandemia-covid-19-processo-luto-contexto-covid-19, acesso em 28.05.2020) e a Associação Nacional de Cuidados Paliativos (ANCP) (https://www.dropbox.com/s/znmiwylvxzzfsdm/FINAL_ANCP_Ebook_Manejo%20do%20%C3%B3bito%20e%20luto%20no%20contexto%20de%20COVID-19%20em%20adultos%20em%20cuidados%20paliativos.pdf?dl=0, acesso em 28.05.2020). Internacionalmente, caso semelhante ocorreu com o neozelandês

Veja-se que a Carta de Direitos dos Usuários da Saúde, do Ministério da Saúde, em 2006, em seu Princípio Terceiro, item IV [30], já previa o direito a acompanhante, lastreada ou repisada em outras normas específicas, como o Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto da Pessoa com Deficiência etc., ressalvadas as contraindicações técnicas. Da mesma forma, a Portaria de Consolidação nº 01/2017 do Ministério da Saúde, que repete algumas normas da na Portaria nº 1820/2009 e consolida os direitos e deveres dos usuários da saúde, a organização e o funcionamento do Sistema Único de Saúde, estabelece, em seu art. 5.º, itens V,VI e VII, respectivamente, o "direito a acompanhante, pessoa de sua livre escolha, nas consultas e exames"; "direito a acompanhante, nos casos de internação, nos casos previstos em lei, assim como naqueles em que a autonomia da pessoa estiver comprometida"; e o "direito a visita diária não inferior a duas horas, preferencialmente aberta em todas as unidades de internação, ressalvadas as situações técnicas não indicadas".

Com base em tais dispositivos, bem assim no cerne constitucional e no caráter multidimensional do direito à saúde, a Defensoria Pública do Estado da Bahia impetrou, em abril/2020, a Ação Ordinária n. 8041749-42.2020.8.05.0001, em favor de paciente idoso, H.S.C., acometido de quadro oncológico terminal e sofrendo dores constantes, requerendo, como medida excepcional, "de forma a garantir a plena efetividade do direito à saúde, entendida em seu caráter multidimensional (bem estar físico, mental e social), com a devida utilização dos equipamentos de prevenção de contágio", a viabilização do direito de acesso familiar. Objetiva-se na

Oliver Christiansen, residente nos EUA, que enfrentou verdadeiro périplo, inclusive judicial, entre final de abril e início de maio/2020 para conseguir visitar o pai em seus momentos finais na Neozelândia – país que adotou medidas bastante rigorosas na profilaxia à disseminação do vírus –, felizmente, nesse caso, com êxito para pai e filho e mantidas cautelas para a sociedade (cf. decisão disponível em https://www.courtsofnz.govt.nz/assets/cases/Christiansen-v-The-Director-General-of-Health-Reasons-NZHC-887.pdf, acessada em 16.06.2020). O movimento pelo direito de dizer adeus ganhou destaque, durante a atual pandemia, na Itália, durante o mês de março/2020, em face do enrijecimento das medidas de isolamento naquele país, já durante a fase mais aguda da pandemia.

30. "IV. O direito ao acompanhamento por pessoa de sua livre escolha nas consultas, exames e internações, no momento do pré-parto, parto e pós-parto e em todas as situações previstas em lei (criança, adolescente, pessoas vivendo com deficiências ou idoso). Nas demais situações, ter direito a acompanhante e/ou visita diária, não inferior a duas horas durante as internações, ressalvadas as situações técnicas não indicadas."

ação, que ainda não tivera decisão judicial até a redação do presente texto, a manutenção e garantia do direito de acompanhamento e visitas ao autor por seus familiares (notadamente sua esposa e filha) durante o período de internação, fornecidos os equipamentos de proteção necessários a garantir a segurança de todos os envolvidos.

Tal pleito, argui-se, munido de tais cautelas, poderia ser reputado como medida proporcional – é dizer, adequada, necessária e proporcional em sentido estrito – para compatibilizar e harmonizar os direitos individuais do paciente terminal e sua família e os deveres fundamentais e direitos coletivos em choque, sem o sacrifício do núcleo essencial de qualquer das duas ordens de princípios em espeque, inclusive, do direito ao afeto, já reconhecido pelos Tribunais Superiores como direito fundamental e da personalidade, particularmente vulnerável na espécie, evitando impor-se a dor irreparável da morte solitária evitável – um dos maiores medos humanos [31] –, a paciente que sequer era vítima da enfermidade pandêmica.

O tema também foi objeto de análise administrativa, no tocante às parturientes, outro momento de particular sensibilidade e relevância em uma história de vida, mediante a Nota Técnica n. 47, de 03 de abril de 2020, emitida pelo Governo do Estado da Bahia, segundo a qual previsto que:

A presença de acompanhante durante o trabalho de parto poderá ser permitida, baseada na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus responsável pelo surto de 2019, desde que este acompanhante seja assintomático, não pertença ao grupo de risco para morbidade da doença e não coabite com pessoas com suspeita ou diagnóstico de COVID-19.

31. Conforme pesquisa realizada com pacientes terminais e citada por ARANTES, Ana Cláudia Quintana. A morte é um dia que vale a pena viver. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2016, e que também se depreende da obra clássica de KÜBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a Morte e o Morrer.* São Paulo: Martins Fontes, 2002. Sobre a repercussão dos cuidados no morrer com a vivência mais salutar do luto, cf. , e BRAZ, Mariana Sarkis; FRANCO, Maria Helena Pereira. Profissionais Paliativistas e suas Contribuições na Prevenção de Luto Complicado. **Psicol. cienc. prof.**, Brasília , v. 37, n. 1, p. 90-105, Jan. 2017. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932017000100090&lng=en&nrm=iso>. access on 06 June 2020. https://doi.org/10.1590/1982-3703001702016, entre outros.

De efeito, é compreensível e assente que, em situações especiais de conflito, mesmo os princípios de índole fundamental precisem ceder reciprocamente. A questão é como o fazer, sem, de outro lado, anular o direito albergado e o fundamento humano que subsidia sua existência e sua fulcral importância nas biografias. No caso em exame, a necessidade de minorar as chances de difusão viral justifica a restrição de acompanhamento e visitas, ainda que, em muitos casos, isso dificulte o manejo do paciente, sobretudo se dotado de queda do estado psíquico, sem a presença dos cuidadores habituais [32].

Mas, também na busca a contemporizar, ponderar, sopesar e temperar direitos e deveres, evitando excessos desnecessariamente mutilantes, mister sacrificar-se o menos possível dos afetos e biografias, viabilizando, *verbi graia,* a presença de um só acompanhante, onde viável (como tem sido feito em unidades de internamentos infantis de Salvador) e assegurando, ao menos, a realização de visitas virtuais, manutenção de objetos de conforto que possam ser facilmente higienizados, fotos etc..., favorecendo o bem-estar do paciente e da família e facilitando, inclusive, eventual (ou inevitável) processo de luto. Nessa linha, ainda que necessária a cedência recíproca, é razoável pensar em alternativas de custo relativamente baixo para tornar minimamente humanizado o processo já difícil de vivência pessoal ou familiar a enfermidade grave e muitas vezes terminal [33].

No âmbito dos cuidados paliativos, por seu turno, é preciso ter em mente que faz parte dos cuidados humanizados também o reconhecimento do final de vida e o combate à futilidade terapêutica ou distanásia. É preciso

32. O tema já foi abordado por nós em relação ao idoso, no texto "A população idosa e o *ageism* na atual pandemia: o desafio de uma abordagem humanista", incluído na obra coletiva BAHIA, Saulo José Casali; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis (Org.). *Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus.* v2. São Paulo: Ed. IASP, 2020, p. 347-368.

33. Destaque-se também, nesse ponto, como medida administrativa, aqui envolvendo também o direito à informação, a Recomendação da Defensoria Pública da União em Alagoas, às Secretarias Estadual e Municipal (Maceió) de Saúde para que estabelecessem Central de Informação aos Usuários do Sistema Único de Saúde (SUS), em favor de familiares de pacientes internados em virtude da COVID-19. Disponível em https://www.dpu.def.br/images/stories/pdf_noticias/SEI_DPU_-_3637342_-_Of%C3%ADcio.pdf, acesso em 04.06.2020.

recordar que os cuidados paliativos não são devidos apenas no fim de vida ou como alternativa subsidiária à escassez, mas são, sim, direito de todo paciente, no tocante a ter seus sofrimentos físicos ou psíquicos amenizados, como objetivo precípuo e paralelo, para além da perspectiva curativa.

Na definição da Organização Mundial de Saúde [34], cuidados paliativos consistem em cuidados que melhoram a qualidade de vida dos doentes e suas famílias, abordando os problemas associados às doenças que ameaçam a vida, prevenindo e aliviando o sofrimento através da identificação precoce e avaliação minuciosa da dor e outros problemas físicos, psicológicos, sociais e espirituais.

Segundo a Carta de Praga, de 2012, "os benefícios dos cuidados paliativos não se limitam aos cuidados em fim de vida, já que uma intervenção precoce na trajetória da doença proporciona uma melhoria na qualidade de vida e redução da necessidade de tratamentos caros e agressivos".

Cuidados paliativos – bem assim o direito de dizer adeus, como aspecto holístico, relacionado à afetividade e que atenua a dor da perda e do morrer – têm sido reconhecidos como parte dos direitos humanos, suboferecidos em todo o mundo, mas, sobretudo, em países em desenvolvimento, quer pela falta de recursos, quer pelo preconceito de que ainda permeados, quando associados apenas com a falência terapêutica [35].

Repise-se que cuidados paliativos não são meras alternativas à escassez. A uma porque não são devidos apenas subsidiariamente, em virtude da falta de recursos curativos suficientes, mas, ao revés, têm

34. Conceito original de 1990, revisto em 2002 e ampliado em 2007, mediante o Atlas Global de Cuidados Paliativos, disponível em https://www.who.int/nmh/Global_Atlas_of_Palliative_Care.pdf, acessado em 29.05.2020.

35. Dados acerca da suboferta de cuidados paliativos indicados disponíveis em https://paliativo.org.br/20-milhoes-de-pessoas-necessitam-de-cuidados-paliativos-diz-organizacao-mundial-da-saude/, acesso em 29.05.2020, dão conta de que apenas cerca de 10% dos pacientes que necessitariam de tais cuidados têm, de fato, acesso a eles, o que coloca a falta de cuidados paliativos como mais ampla até do que a escassez de outros recursos terapêuticos.

indicação própria e mesmo que não exista escassez. A duas, porque, em virtude dessa indicação mesma, podem eles mesmos ter de lutar contra a insuficiência, já que também demandam medicações próprias, pessoal preparado e atenções específicas, cuja diferença em relação ao tratamento de proposta curativa é o foco, ora voltado para o cuidar de maneira mais ampla, e não mais para a expectativa estrita da recuperação.

Nada obsta, contudo, que, no caso de uma pandemia, tal discussão ganhe corpo também no tocante a quatro tipos de pacientes em especial: a) aqueles que requerem medidas de paliação para minorar seu desconforto, adjacentemente à terapêutica de escopo restaurativo; b) aqueles não têm indicação de tratamentos invasivos de intuito curativo, por não apresentarem vantagens prováveis, haja vista já se acharem em quadro terminal de outras enfermidades ou por já se haverem manifestado nesse sentido [36]; c) aqueles que, mesmo tratados para a COVID, não responderam conforme esperado, tornando-se terminais por essa doença; d) aqueles que deixarão de receber investimento terapêutico curativo por conta da escassez real.

Esses últimos, reitera-se, somente se encontrariam em tal situação de não elegibilidade, segundo critérios claros, técnicos, sopesadas as menores chances efetivas de resposta. São pacientes que, em situação ideal, teriam indicação de tentativa de tratamento, mas que não o receberão no momento, pela situação de escassez real – e não meramente formal – a forçar a seletividade, que lhes recaiu por terem menores perspectivas de responsividade concreta, e não mediante critérios discriminatórios

36. Nesse contexto, mister recordar os temas do direito à recusa terapêutica, lastreado no art. 15 do Código Civil, além das relevantes regulamentações das Resoluções do Conselho Federal de Medicina n. 1805/06 (que trata da restrição de recursos que se revelam fúteis no caso concreto, cuja omissão ou suspensão é lícita, conforme decisão judicial disponível em https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf, acessada em 13.abr.2020), 1995/12 (que trata das diretivas antecipadas de vontade, nas situações em que admissível a omissão ou suspensão de recursos artificiais) e 2156/2026 (referente a critérios para internação em UTIs, além do próprio Código de Ética Médica (atual Resolução 2217/2018) e dos parâmetros bioéticos da autonomia, beneficência e, sobretudo, não maleficência, de que já tratamos em nossa dissertação de Mestrado, publicada como VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial*: Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005, e em diversos artigos bioéticos e jurídicos.

apriorísticos, como os meramente etaristas (*"ageism")* ou capacitistas. Os quatro grupos têm direito ao acesso a cuidados paliativos.

Assim, aspectos envolvendo final de vida também têm reunido o Direito, a Medicina; o Judiciário e a Pandemia. Nesse ponto, é preciso que o mundo jurídico tenha em mente, quando levada a sua análise, que a limitação terapêutica por ortotanásia difere, conceitual e teleologicamente, da restrição por alocação de recursos e é possível e devida mesmo em condições regulares, em virtude de outros quadros prévios, quando já não se verifica vantagem para o paciente ou tem ele manifestações expressas em contrário a determinadas intervenções.

Outrossim, medidas paliativas para manejo respiratório, inclusive a extubação paliativa, não se confundem com a eutanásia, mas, tão somente, com o reconhecimento e permissão da morte natural inderrogável e humanizada, devida também nos casos de COVID-19, e não somente como alternativa subsidiária à escassez.

Por fim, é parte dessa humanização, como visto, o direito a viver o afeto e ao convívio familiar, expresso sobretudo no direito de dizer adeus, havendo de se buscar alternativas que permitam conciliar o interesse coletivo e o interesse individual, quando em choque, sem desprezo à consequencialidade, mas, outrossim, como parte do reconhecimento à dignidade humana fundamental e inata, mesmo em tempos de coronavírus.

## 3. Considerações finais: como atuar o Judiciário nessas matérias, em meio à crise pandêmica?

À guisa de conclusão, portanto, mister considerar o que se quer, o que se deve e o que pode ser feito com a ajuda do Judiciário, na tentativa de uma abordagem constitucional, humanista e factível para uma crise de

saúde pandêmica. Primeira e sinteticamente, de se ver que não é momento de protagonismo judiciário, mas de suporte. O Judiciário está também se revendo e se reinventando, mediante a aceleração da virtualização, por exemplo, e demandas novas que do contexto advêm, em tempo real.

Em que pese seu papel de guardião da constitucionalidade, efetividade, garantia e exercício dos direitos, bem assim voz última da solução dos conflitos, atuação jurídica pontual, em matérias eminentemente técnicas e zonas *gris* de discricionariedade, substituindo-se à avaliação técnica, numa situação de dimensão e emergência que tais, pode amplificar as dificuldades já havidas e causar até maior iniquidade do que a que pretende combater, além de desorganização severa e inopinada da gestão sanitária, na circunstância pandêmica atual.

Ante o exposto, em relação ao tema da alocação, *verbi gratia*, intervenções *ad hoc* podem-se mostrar seriamente gravosas à organização de recursos escassos e ao senso geral de justiça. De outro lado, cabe, sim, ao Judiciário, a vigilância atenta ao mau uso do dinheiro público, sobretudo quando provido de forma excepcional aos gestores públicos, para o combate aos efeitos pandêmicos e aos cuidados sanitários necessários. Cabe, ainda, nessa seara, assegurar a observância ampla dos direitos, evitando a ocorrência de critérios de alocação geral que incorram na adoção de limitadores francamente discriminatórios e, dessa forma, avessos à Constituição, reconhecendo a relevância de aspectos técnicos de responsividade.

No âmbito da terapêutica, a necessidade e primazia de substrato técnico também há que ser reconhecida, não devendo os poderes estatais – e para isso cabe o dever de vigilância do Judiciário, no âmbito dos freios e contrapesos – imiscuir-se de forma determinante na autonomia profissional, sobretudo sem evidências seguras de efetividade, quer de

forma impositiva, quer punitiva, nas situações de razoabilidade defensável, respeitada, ainda, a segurança e a autonomia dos pacientes, nas situações de uso experimental de medicamentos *off label*, medidas heroicas e usos compassivos. Se, na situação anterior, a alocação geral deveria prevalecer, aqui se percebe que uma determinação demasiado ampla de utilização pode vulnerar a análise individual de indicação (beneficência, eficácia) e segurança (não-maleficência, vulnerabilidade...) da medica.

No tocante ao final de vida, parece mister o exercício de alguma forma de ponderação, que permita equilibrar direitos e deveres fundamentais, direitos individuais e coletivos, de modo a permitir a coexistência de ambos, sem o esvaziamento da humanidade inata e do tratamento condigno ao ser humano enfermo, muitas vezes morrente, e suas famílias, nem, de outro lado, das medidas gerais de cuidados. De se reconhecer, ainda, no âmbito judicial, como aplicador do instrumental de harmonização, a imprescindibilidade de paliar o sofrimento nos quadros irrecuperáveis e de promover de algum modo a convivência e a sobrevivência dos afetos, concernentes no direito de dizer adeus, amenizando também as consequências de luto complicado, ainda que em tempos de isolamento social necessário.

Os desafios são grandes, em todas as áreas da interação humana nesse período. Não seriam menores para o Judiciário. Como bem referido por dois expositores no IX Seminário Virtual sobre Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Corononavírus, havido em 27.05.2020, que esse momento, como qualquer crise, sirva também de oportunidade – de renovação, revisão e crescimento – como também de aprendizado da necessária premissa de solidariedade, de modo a melhor enfrentarmos o desafio do Judiciário nesse âmbito: conciliar humanidade e pragmatismo, sopesar consequências individuais e coletivas, de modo a que nossa atuação seja auxílio nas soluções, e não mera expressão, causa, efeito ou zênite de uma outra crise.

## 4. Referências

AGRA, Walber de Moura. Limites à Efetivação dos Direitos Fundamentais. In. LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão. *Constituição e Efetividade Constitucional.* Salvador: Juspodivum, 2008, p. 281-299.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2001.

ARANTES, Ana Cláudia. *A morte é um dia que vale a pena viver.* Rio de Janeiro: Casa Palavra, 2016.

ARAÚJO, Cynthia Pereira de. *Existe Direito à Esperança?* Saúde no contexto do câncer e fim de vida. Disponível em https://www.academia.edu/38622099/Existe_direito_%C3%A0_esperan%C3%A7a, acesso em 25.05.2020.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James, F. *Princípios de Ética Biomédica.* 3ed. São Paulo, Loyola, 2013.

BERKMAN, Emily; DIECKMA, Douglas. *Cracks in the System*: Lessons Learned from the Covid-19 Pandemic. Disponível em https://www.thehastingscenter.org/cracks-in-the-system-lessons-learned-from-the-covid-19-pandemic/, acesso em 26.06.2020.

BERLINGUER, Giovanni. *Bioética cotidiana*. Brasília: UnB, 2004.

BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n. 53, p. 49-70, 2004.

BRAZ, Mariana Sarkis; FRANCO, Maria Helena P. Profissionais Paliativistas e suas Contribuições na Prevenção de Luto Complicado. *Psicol. cienc. prof.*, Brasília, v.37, n. 1, p. 90-105, Jan. 2017.

CAMARGO, Marcelo Novelino. O Conteúdo Jurídico da Dignidade da Pessoa Humana. In. NOVELINO, Marcelo (org.) *Leituras Complementares de Direito Constitucional:* Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 153-174.

CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7.ed. Coimbra: Almedina, [2003].

DMOULIS, Dimitri. *O Caso dos Denunciantes Invejosos*: Introdução prática às relações entre direito, moral e justiça. 9ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014.

ELSTER, Jon. *Local Justice*: How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens. New York: Russell Sage Foundation, 1992.

_____. *Closing the books.* Transitional Justice in historical perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

FORTES, Paulo Antônio Carvalho. Critérios éticos em microalocação de escassos recursos em saúde. In. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leo (orgs) *Bioética*: Alguns desafios. São Paulo: Loyola, 2001, p. 163-180.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos:* Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KÜBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a Morte e o Morrer.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LACERDA, Galeno. Seguro de Saúde. In. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) *Direito & Medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 301-311.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética.* 5ed. São Paulo: Loyola, 2000.

ROSENVALD, Nelson. *Por uma isenção de responsabilidade dos profissionais de saúde por simples negligência em tempos de pandemia.* Disponível em https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2020/05/01/POR-UMA-ISEN%C3%87%C3%83O-DE-RESPONSABILIDADE-DOS-PROFISSIONAIS-DE-SA%C3%9ADE-POR-SIMPLES-NEGLIG%C3%8ANCIA-EM-TEMPOS-DE-PANDEMIA, acessado em 16.06.2020.

SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia.* Trad. Laura T. Motta. São Paulo: Cia das Letras, 2008.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A Nova Interpretação Constitucional*: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 285-326.

TEICH, Nelson. Economia da Saúde como Instrumento Decisório em Auditoria. In. GONÇALVES, Viviane Fialho (Coord.). *Fronteiras da Auditoria em Saúde.* São Paulo: RTM, 2008, p. 33-60.

VIEIRA, Fabíola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. *Rev. Saúde Pública*, v. 42, n. 2, p. 365-369, abr. 2008.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial*: Aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *O Direito à Saúde no Brasil:* Reflexões bioéticas à luz do princípio da Justiça. São Paulo: Loyola, 2014.

_____. *Alocação de Recursos em Saúde*: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam. 2009. 425f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

_____. Justiça distributiva, critérios de alocação de recursos escassos em saúde e suas críticas. In. *Revista Redbioetica/UNESCO,* 2010; 1 (2):73-84

_____. Justiça, igualdade e equidade na alocação de recursos em saúde. In. *Revista Brasileira de Bioética,* 2010; 6 (1-4):29-52.

_____. Alocação de órgãos e tecidos e a disciplina legal dos transplantes. In. *Revista Bioética*, 2011; 19(3): 639-658.

_____. A população idosa e o *ageism* na atual pandemia: o desafio de uma abordagem humanista. In. BAHIA, Saulo José Casali; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis (Org.). *Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus.* v2. São Paulo: Ed. IASP, 2020, p. 347-368.

# 24

# COVID-19: Tensão Entre Direitos de Propriedade Intelectual e Saúde Pública

**MARIA INEZ ARAUJO DE ABREU**

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. As patentes de segundo uso; 3. Licença compulsória; 4. Considerações finais: a pandemia e a aplicação dos institutos; 5. Referências.*

## 1. Introdução

Em 21 de janeiro de 2020 pesquisadores do Instituto de Virologia de Wuhan, na China, depositaram um pedido de patente cobrindo o uso do medicamento Remdesivir para tratar a COVID-19 [1]. A referida droga é um antiviral experimental para tratamento da Ebola, uma doença que levou a óbito muitas pessoas e deixou outras tantas doentes no surto havido entre 2013 a 2016 na África Ocidental [2]. Um número relativamente grande de pacientes com Ebola já estava em tratamento com o Remdesivir, quando se demonstrou menos efetivo que outras drogas. Contudo, apresentou resultados promissores em estudos com animais para Síndrome Respiratória no Oriente Médio (MERS-CoV) e Síndrome Respiratória Aguda Grave

1. SIXTH TONE, Wuhan's Much-Maligned Virology Institute Seeks Patent on US Drug, publicado em 10.fev.2020, <http://www.sixthtone.com/news/1005169/wuhans-much-maligned-virology-institute-seeks-patent-on-us-drug>, acesso 27.abr.2020. O pedido de patente não foi publicado até a data de entrega do presente artigo, 15.mai.2020, em função do prazo legal de sigilo predominante na legislação de vários países.

2. WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO. Ebola virus disease, <https://www.who.int/health-topics/ebola#tab=tab_1>, acesso 13.mai.2020.

(SARS), que também são causadas por coronavírus, sugerindo que pode ter algum efeito em pacientes com COVID-19 [3].

Ocorre que não foi o Instituto de Virologia de Wuhan que desenvolveu o Remdesivir. A referida droga foi objeto de pesquisa e produção pela Gilead, uma empresa farmacêutica baseada nos Estados Unidos da América, a qual havia inclusive depositado pedidos de patente anos antes, em vários países, dentre os quais, Brasil e China, cobrindo "métodos para tratamento de infecções pelos vírus arenaviridae e coronaviridae" [4].

O pedido de patente do Instituto de Virologia de Wuhan, no meio da rápida escalada da crise de saúde sobre um uso de uma droga ainda sem resultados comprovados, trouxe uma série de questionamentos. Considerando a escalada da pandemia do COVID-19, não seria esperado que um instituto de virologia localizado no epicentro da crise dedicasse recursos e tempo para conter a disseminação desse vírus desconhecido ou para a pesquisa de novos tratamentos e vacinas, ao invés de despender esforços na tentativa de obter uma patente para novos usos de uma droga não completamente desenvolvida ou testada? Embora legal, a decisão do Instituto de Virologia de Wuhan de buscar a proteção por patente não traria um impacto negativo para a saúde pública e esforços de cooperação de pesquisa?

Em resposta, o Instituto de Virologia de Wuhan [5] defendeu seu pedido de patente indicando que foi feito visando o interesse nacional chinês. O Instituto esclareceu que irão renunciar os direitos conferidos

3. *WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO "Solidarity" clinical trial for COVID-19 treatments*, <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/global-research-on-novel-coronavirus-2019-ncov/solidarity-clinical-trial-for-covid-19-treatments> acesso 13.mai.2020

4. Título do Pedido de patente no Brasil BR1120180050482, integrante da família do processo na China CN108348526A e pedido internacional PCT/US2016/052092.

5. MARKETWATCH, INC. *China scientists want to patent Gilead drug to treat coronavirus patients*, publicado em 06.fev.2020, <https://www.marketwatch.com/story/china-scientists-want-to-patent-gilead-drug-to-treat-coronavirus-patients-2020-02-06> acesso 27.abr.2020

pela patente de impedir terceiros de explorar o objeto da patente se empresas farmacêuticas estrangeiras, tais como a Gilead, colaborarem com as autoridades chinesas para auxiliar com o fim da pandemia [6]. Todavia, se o Instituto de Virologia de Wuhan tinha reais preocupações com a saúde pública e acesso para uma droga vital em momento de emergência, porque não se valer da licença compulsória, mecanismo conferido por tratados internacionais aos países para flexibilizar direitos de propriedade intelectual em circunstâncias como essas?

Doutra senda, no meio do feriado internacional do dia do trabalhador, no dia 01 de maio de 2020, a agência estadunidense de controle e supervisão alimentar, de fármacos e outros produtos, a *Food and Drug Administration* (*FDA*) concedeu autorização à Gilead para o uso emergencial do Remdesivir em pacientes com COVID-19 [7], acelerando não só o tratamento, como a pesquisa prática dos efeitos da droga por unidades de saúde estadunidenses.

Nesse contexto, o presente artigo visa compreender o que seriam as patentes de segundo uso, para então analisar o instituto da licença compulsória, avaliando, por fim, a aplicabilidade de tal remédio legal diante da pandemia decretada e seus efeitos em face da tensão entre direitos de propriedade intelectual e saúde pública.

## 2. As patentes de segundo uso

Em interessante documentário sobre Pesquisa e Desenvolvimento Biomédico [8] o Dr. Steve Sands, PhD, pesquisador chefe em um projeto

6. WININGER, Aron. *Wuhan Institute of Virology Applies for a Patent on Gilead's Remdesivir*, *The National Law Review*, publicado em 06.fev.2020, disponível em <https://www.natlawreview.com/article/wuhan-institute-virology-applies-patent-gilead-s-remdesivir>, acesso 27.abr.2020.

7. *FOOD AND DRUG ADMINISTRATION - FDA. Authorization* publicado em 01.mai.2020, <https://www.fda.gov/media/137564/download>, acesso 11.mai.2020.

8. INTERFARMA, ASSOCIAÇÃO DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA DE PESQUISA. Guia de pesquisa e desenvolvimento biomédico: como nasce uma nova droga. Tradução de Andréa Delcorso; Revisão de Dra.Isa Dietrich e Dr.Sidney Marques. CD, 2006

de pesquisa de desenvolvimento de novas drogas para o tabagismo, pondera que o desenvolvimento de um medicamento "não é como projetar aviões". Para explicar ele faz uma analogia que quando se faz uma nova pílula "é como se fosse os irmãos Wright inventando o primeiro avião: é feito o projeto, é desenvolvido o protótipo, mas se alguém perguntar se vai voar, ninguém pode prever". No caso específico dele, na época do documentário já estava há onze anos em um projeto, ainda inacabado, no qual os dois primeiros anos dedicados à primeira fase do projeto, de busca de uma molécula que pudesse ser levada para iniciar as pesquisas clínicas, foram desperdiçados, vez que nos testes toxicológicos a dita molécula foi reprovada. Assim, voltaram ao começo do projeto, reiniciando a busca para identificação de uma nova molécula suscetível de passar para a segunda fase das pesquisas. O que, segundo ele, neste caso foram mais dois anos, e não necessariamente esta segunda molécula localizada chegará a ser um remédio. Calcula-se que a cada dez mil moléculas analisadas com o objetivo de se desenvolver um novo medicamento, somente cinco evoluem para testes pré-clínicos, e desse total, apenas uma é aprovada e será utilizada como medicamento [9].

Além do enorme tempo dedicado e das remotas chances de êxito, à medida que as pesquisas vão avançando nas fases, o número de pessoas envolvidas e de especialidades requeridas aumenta consideravelmente, e consequentemente, os gastos. Neste ponto, o Dr. Paul Changelian, PhD, pesquisador chefe em um projeto de pesquisa de desenvolvimento de novas drogas para diminuição da rejeição de órgãos transplantados, no mesmo documentário, pondera que ele não imagina um projeto por menos de um bilhão de dólares americanos. E ressalta: "e tudo isso sem garantia que o medicamento chegará ao mercado". E se chegar ao mercado, tudo

9. SOUZA, Edson *et al*. Proteção da inovação biotecnológica (19 -27) *In* Revista da ABPI nº 70, mai/jun 2004. p.20.

isso sem certeza de recuperação dos investimentos, posto que apenas dez por cento dos medicamentos lançados no mercado recuperam pelas vendas ao consumidor os gastos realizados ao longo dos anos e etapas de pesquisa e desenvolvimento.

As invenções na área médica tratam, portanto, de inovações da mente humana tanto quanto qualquer outra inovação, e como visto são resultado de uma pesquisa substancial, esforço inventivo e investimentos em sofisticados laboratórios. Destarte, como em qualquer campo da tecnologia, a proteção por patentes é necessária seja para que haja continuidade de investimentos, que só ocorrem com a certeza da proteção; seja pelo interesse público de promoção do progresso tecnológico e do compartilhamento do conhecimento proporcionado pela divulgação obrigatória [10].

O Acordo *TRIPS/ADPIC* [11] em seu artigo 27 dispõe que os direitos de patente serão desfrutados sem discriminação quanto ao setor tecnológico desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial, permitindo aos membros considerar como não patenteáveis invenções cuja exploração em seu território seja necessária evitar para proteger a ordem pública ou a moralidade, inclusive para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal ou para evitar sérios prejuízos ao meio ambiente, desde que esta determinação não seja feita apenas por que a exploração é proibida por sua legislação.

Portanto, pode-se conceituar patente de invenção como aquela outorgável à invenção que atenda aos requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial e não esteja contemplada nas proibições legais.

10. LOUREIRO, Luiz Guilherme de A.V. Patente e biotecnologia: questões sobre a patenteabilidade dos seres vivos. (17-77) p. 19. *In* Revista de Direito Mercantil Vol. 116 out/dez 1999. São Paulo: Malheiros.

11. Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (ADPIC) ou *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS), cuja assinatura é obrigatória para ser considerado um Estado Membro da Organização Mundial do Comércio (OMC). BRASIL. Congresso Nacional. Decreto nº 1.355, de 30.dez.1994. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Brasília, 1996.

Em linhas gerais, usando da definição da legislação brasileira [12], uma invenção será considerada nova se não estiver compreendida pelo estado da técnica. Estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição oral ou escrita ou qualquer outro meio, no Brasil ou exterior. Não é necessário que tenha ocorrido publicação ou divulgação, bastando tão somente que tenha se tornado acessível ao público para que se resulte afastado o requisito legal de novidade [13]. Aliás, como se verá a diante, a necessidade de revelação [14], conhecida com suficiência descritiva, além de ser um requisito é uma das justificativas para a concessão de uma patente. Se o documento de patente não revela a nova tecnologia, não há justificativa para a concessão de uma exclusividade temporária ao seu titular.

Por sua vez, a invenção satisfazerá o segundo requisito, ou seja, terá um "passo inventivo", ou a "atividade inventiva" prevista na legislação pátria [15], sempre que a invenção não for uma decorrência lógica ou evidente do estado da técnica para um técnico no assunto. Para "técnico no assunto" há inúmeras definições que convergem para o sentido que é aquele homem normalmente competente no domínio da causa. Não é um inventor, mas sim um profissional competente na área de atuação da invenção. Assim, conclui-se como evidência que afasta a atividade inventiva o progresso o qual não ultrapassou o normal da técnica, restringindo-se ao que flui logicamente do estado da técnica e não supõe uma habilidade do técnico maior do que a esperada [16]. Ressalve-se que o fato de outras pessoas ou equipes estarem trabalhando no mesmo projeto concomitantemente, por se tratar de uma tecnologia interessante como é o caso de medicamentos

12. BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.279, de 14.mai.1996. Lei da Propriedade Industrial (LPI). Brasília, 1996, art. 11 e 12

13. IDS – INSTITUTO DANNEMANN SIEMSEN DE ESTUDOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. Comentários à lei da propriedade industrial. Ed.Rev.Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 28.

14. Art. 29 *TRIPS/ADPIC*

15. Para patentes de invenção, artigo 13 LPI.

16. OLIVEIRA, Maurício Lopes de. Reflexão sobre a atividade inventiva (23-27) p.26 *In* Revista da ABPI nº 39 Mar/Abr 1999. p.26.

para cura da COVID-19 nesse momento; ou mesmo "óbvia para tentar" como seria o caso de buscar novos usos ao Remdesivir por ter demonstrado inibir a atividade da RNA em um grupo diversificado de vírus de RNA [17], não implica necessariamente que a solução identificada seja "óbvia".

O terceiro requisito, a aplicação industrial, "decorre do próprio conceito de que a patente somente deve ser concedida à 'contribuição' ao conhecimento público. Algo, portanto, implicitamente útil." [18] A expressão industrial, destarte, deve ser tomada no seu sentido mais amplo. Portanto, poderia ser definida como a necessidade do objeto da invenção ser apto a ser fabricado ou utilizado.

Por fim, destaca-se que o *TRIPS/ADPIC*, seguido por diversos ordenamentos jurídicos, determina que não são considerados patenteáveis: métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos para o tratamento de seres humanos ou de animais; e plantas e animais, exceto microrganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não-biológicos e microbiológicos.

As patentes de segundo uso muitas vezes são combatidas pela compreensão que não teriam aplicação industrial ou, ainda, confundidas como métodos diagnósticos ou terapêuticos. Contudo, como leciona AHLERT [19], "[a] invenção de novo uso médico não é um evento imprevisível ou uma decorrência espontânea do processo de maturação da invenção original". Tal invenção trata de evento novo e inesperado que se manifesta em circunstâncias peculiares que ocorrem apenas após investimento de

17. Vírus de RNA: as informações necessárias para sua multiplicação na célula de quem é infectado vêm em uma molécula de RNA, e não de DNA, como é mais comum. Essa mesma característica foi encontrada em filovírus (por exemplo, Ebola, Sudão, Marburgo), paramixovírus (por exemplo, RSV, Nipah, Hendra) e coronavírus patogênicos, SOCIEDADE BRASILEIRA DE MEDICINA TROPICAL - SBMT, Pesquisadores testam remédios para combater coronavírus, publicado em 11.abr.2020, <https://www.sbmt.org.br/portal/researchers-test-drugs-to-fight-coronavirus> acesso 13.mai.2020.

18. PELL JÚNIOR, Rodolfo H.Martinez Y. O caráter industrial como requisito de privilegiabilidade da invenção (Conselho de Administração da ASIPI em Bogotá) (15-16) *In* Revista da ABPI nº 6, 1993 (15-16) p. 15.

19. AHLERT, Ivan Bacellar e DESIDERIO, Maurício Teixeira. A Patenteabilidade dos novos usos de substâncias conhecidas (23-31) p.28 In Revista da ABPI nº 100 Mai/Jun 2009.

consideráveis recursos intelectuais e financeiros por parte dos envolvidos.

Em recente palestra, MORAIS [20] desmistifica medicamentos de segundo uso – independentemente de ter patente ou não – demonstrando que são mais comuns do que se imagina. Do levantamento apresentado, em torno de 15% (quinze por cento) da lista de medicamentos essenciais da lista da Organização Mundial da Saúde são de medicamentos de segundo uso e 90% (noventa por cento) dos medicamentos mais populares registrados na *FDA* são de segundo uso. Além disso, medicamentos de segundo uso inseridos nos dia-a-dia da população são inúmeros. Há a aspirina, inicialmente para dor e inflamação passou a ser importante anticoagulante; o Minoxidil, inicialmente para hipertensão converteu-se em promissor medicamento para a calvície; o Viagra, originalmente um remédio para doenças cardíacas; e até mesmo o AZT, primeiro medicamento disponibilizado para tratamento da infecção pelo HIV, inicialmente testado como possível tratamento para o câncer [21].

Em suma, não importa se a invenção é de primeiro ou segundo uso médico, o que importa é o avanço tecnológico que ela traz à sociedade. Uma vez não incluídos nas proibições legais citadas, uma invenção relacionada a um mesmo medicamento poderá ser objeto da proteção patentária em diversas nuances. Por exemplo uma molécula produzida em laboratório pode ser patenteada por si mesma (patente de produto) ou pode ser protegida nos seguintes aspectos: na forma produção (patente de processo); na forma de ser ministrada contra determinadas doenças ou outras concretas indicações terapeuticas (patente de uso); ou ainda na sua utilização em conjunto com outras moléculas (patentes

20. INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO PARANÁ – IAP. Série "COVID-19 Reflexos Legais". Painel "Patentes e Licença Compulsória", publicado em 28.abr.2020, <https://www.youtube.com/watch?v=zGiIRy1kIuE>, acesso 12.mai.2020.

21. DE MELO, Sheila de Souza Correa e BEZERRA, Maria das Graças Ferraz. A Geopolítica da propriedade intelectual: o caso da produção de antirretrovirais e o licenciamento compulsório para medicamentos (53-59) In Revista da ABPI nº 160 – Mai/Jun 2019, p. 55

de associação fixa) [22].

Apenas para fins de registro, sem nos alongar na temática, no Brasil e em alguns outros países há uma discussão entre ilicitude e ideologia, que pode ser constatada em seguidas alterações de posicionamentos e interpretação acerca das limitações permitidas pelo *TRIPS/ADPIC*. Por exemplo, no Brasil, foi incluída em 2001 a previsão no artigo 229-C da LPI, que a concessão de patentes para produtos e processos farmacêuticos depende de prévia anuência da Agência Nacional de vigilância Sanitária – ANVISA. Assim, não obstante no Brasil as reivindicações de uso sejam aceitas, estejam presentes em todas as áreas técnicas e não se encontrem nas vedações legais [23], a ANVISA por um longo período de tempo deixou deferir pedidos de patentes de segundo uso por pura e simplesmente entender que se tratava de "instituto lesivo à saúde pública". Exatamente os mesmos medicamentos que, quando exercendo a sua competência de autorizar a comercialização de todos os medicamentos no país, a própria ANVISA autorizava em seu segundo uso para ministrar à população [24]. Atualmente esse posicionamento se abrandou com a formação do Grupo de Articulação Interinstitucional INPI-Anvisa (GAI) [25], contudo, a dependência da anuência prévia permanece e ainda conturba o processo de concessão de patentes de segundo uso. Essa é uma discussão que extrapola a temática desse artigo, mas que deve ficar consignada para fins compreensão dos debates.

22. FERNANDES, Roberta Silva Melo. Patentes de primeiro uso médico e usos subsequentes: admissibilidade? (25-37) In Revista da ABPI nº 124 – Mai/Jun 2013, p. 25 citando ARRUDA, Gustavo Fávaro e CERDEIRA, Pablo de Camargo. Patentes de Medicamentos e Saúde Pública, *in* Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, vol 139 ano XLIV, jul-set.2005.

23. WOLFF, Maria Thereza e ANTUNES, Paulo de Bessa. Patentes de segundo uso médico (48-61) p. 51 *In* Revista da ABPI nº 74 Jan/Fev 2005 e KUBRUSLY, J.Cristovam S. Reivindicações de uso e de segundo uso (104-105) *In* Anais do XXIV Seminário Nacional da Propriedade Intelectual, 2004, p. 104

24. ROSMAN, Suzel Whitaker de Assumpção Mattos e ROSMAN, Eduardo Colonna. "Segundo uso" – Remédios jurídicos contra a ANVISA (62-70) p. 64 *In* Revista da ABPI nº74 Jan/Fev 2005

25. Constituído conforme Portaria Interministerial 1.956/2011, após longa discussão – inclusive com debate judicial - sobre o Parecer 210/PGF/AE/2009.

De todo modo, o que se verifica é que a partir do momento que a identificação do segundo uso médico de determinada droga preencher os requisitos legais de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, e não estiver nas proibições legais, a ele é cabível proteção. Tal tutela pode ser benéfica à sociedade vez que a busca por novos usos, como visto na descrição do documentário mencionado, pode diminuir o tempo necessário do descobrimento da molécula à demonstração de segurança e eficácia de um medicamento, viabilizando o atingimento de uma solução da pandemia de modo mais célere e, portanto, efetivo.

## 3. Licença compulsória

A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiros, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com esses propósitos produto objeto de patente e/ou processo ou produto obtido a partir de processo patenteado, bem como de impedir que terceiros contribuam para os referidos atos sejam praticados [26]. Assim, uma vez aferida a possibilidade de proteção de invenções relacionadas ao segundo uso médico por meio de patentes, paira a dúvida sobre quais as garantias da sociedade que não haverá um abuso do direito conferido.

A natureza jurídica do direito conferido ao inventor ou titular de uma patente já foi objeto de controvérsias [27]. Ao longo das décadas foi definido como direito de personalidade; como um contrato; como direitos sobre bens imateriais; direito a um monopólio; dentre outros; atualmente os direitos conferidos ao inventor ou titular de uma patente de invenção, por designação legal, são tidos como sendo de natureza real e, portanto, de propriedade.

26. Artigo 42, LPI.

27. ABREU, Maria Inez Araujo de. A proteção da biotecnologia em contencioso de patentes. Dissertação (Mestrado em Direito Economico e Social) - Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Curitiba – Paraná, 2006. <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=520>, acesso 12.mai.2020. p.79.

Como direito de propriedade que é, possui limitações. Primeiramente, o direito conferido possui limitação quanto ao espaço, considerando o princípio da territorialidade, a patente confere ao inventor um direito de propriedade no território do Estado que a outorgou. A segunda é quanto ao tempo, a patente confere ao inventor um direito de propriedade apenas pelo seu período de vigência, que, em decorrência do *TRIPS/ADPIC*, atualmente é via de regra de vinte anos [28]. A terceira limitação - ou "o dever" que compreende o trinômio do novo conceito técnico de propriedade [29] - é quanto a submissão ao interesse público.

Para atender ao interesse público, o sistema de patentes tem dois momentos. O primeiro está em condicionar a concessão da patente na divulgação detalhada da invenção, disseminando conhecimento e consequentemente fomentando o desenvolvimento tecnológico da nação que a concede. O segundo está no exercício do direito quando a patente está concedida: deve ser regular e sem abuso.

Nesse contexto a Convenção União de Paris (CUP), revisão de Estocolmo, ratificada pelo o Brasil [30] já determinava em seu art. 5º (2) que os países tinham a faculdade de adotar "medidas legislativas prevendo a concessão de licenças obrigatórias para prevenir os abusos que poderiam resultar do exercício do direito exclusivo conferido pela patente, como, por exemplo, a falta de exploração."

O Acordo *TRIPS/ADPIC* incorpora os artigos 1 a 12 da CUP, e segue em seu artigo 31 com a permissão do uso de licenças compulsórias para que uma autoridade governamental competente licencie o uso de uma invenção patenteada a terceiros ou órgão governamental sem o consentimento do

28. Artigo 33 *TRIPS/ADPIC*.

29. MASSINEO. *Manuale di Diritto Civil e Commerciale*, 1997. citado por ESPÍNDOLA, Eduardo. Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais. GAMA, Ricardo Rodrigues (atual.). Campinas: Bookseller, 2002. p. 171.

30. Em vigor desde 07.jul.1883, última revisão ratificada pelo Brasil pelos Decretos nº 635/1992 e 1.263/1994.

detentor da patente. O Acordo estabelece várias condições para a concessão de licenças compulsórias, que incluem que a determinação se dê caso a caso, a necessidade de demonstrar que efetivas negociações com o proprietário da patente foram feitas visando uma licença voluntária e o pagamento de remuneração adequada ao titular da patente.

Uma importante nota deve ser feita com relação ao termo "quebra de patentes", amplamente utilizado nos meios de comunicação, vez que inadequado [31] para o instituto da licença compulsória. Enquanto a referida terminologia leva à compreensão de que há um rompimento no direito do titular, a licença compulsória segue normas estabelecidas desde a CUP, o *TRIPS/ADPIC* e a legislação de cada país. A concessão da licença é objeto de procedimento administrativo ou judicial, há a possibilidade de demonstração de razões legítimas da ausência de exploração, o titular permanecerá como titular, de modo que receberá pelo uso do terceiro, com o pagamento de *royalties*, e poderá continuar a explorar seu direito. Apenas, por um certo período, não com a exclusividade pretendida.

Os motivos usuais de concessão de licença compulsória são definidas por cada país, porém os mais usuais estão bem traduzidas na legislação brasileira [32] , que prevê o exercício dos direitos da patente "de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico"; "a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado"; e "a comercialização que não satisfizer as necessidades do mercado". Há ainda outras hipóteses de concessão de licença compulsória, como por exemplo, situação de dependência de uma patente com relação à outra, que é considerado interesse público vez que

31. DE CARVALHO, Carlos Eduardo Neves. Contratos de propriedade industrial: marcas, patentes e desenhos industrail (07-31) In Revista da ABPI nº 125 – Jul/Ao 2013, p.16.

32. Artigos 68 a 74, LPI.

é o meio hábil para capacitar o desenvolvimento tecnológico. Por fim, há a concessão da licença nos casos de emergência nacional ou interesse público declarados em ato do Poder Executivo Federal.

Nos casos em que são concedidas licenças compulsórias para atender a uma emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência, alguns requisitos poderão ser dispensados para acelerar o processo, como o de a necessidade de negociações prévias obter uma licença voluntária do titular da patente. Em recente artigo dedicado ao tema da pandemia, LEONARDOS [33] lembra que o Decreto nº 3.201/1999 já autoriza que em casos de extrema urgência, a implementação da licença compulsória e o uso da patente independentemente do prévio atendimento das condições formais como a impossibilidade do titular de suprir o mercado, fixação do prazo da licença, ou a determinação do valor a ser recebido pelo titular. Cabe, ainda, anotação que a Declaração de Doha que reafirma o preceitos do *TRIPS/ADPIC* com relação ao direito dos países de conceder licenças compulsórias e a liberdade de determinar os motivos pelos quais essas licenças são concedidas, como em necessidade de saúde pública, trouxe importante emenda passando a permitir licença compulsória especialmente adaptada para a exportação de medicamentos para países necessitados [34].

No Brasil, embora se fale muito sobre o instituto da licença compulsória, ela foi concedida uma única vez, em 2007, com relação ao medicamento Efavirenz, protegido pelas patentes PI 1100250-6 e 9608839-7 [35]. Esse importante antirretroviral é de titularidade do laboratório Merck Sharp & Dohme, que estava cobrando do governo brasileiro valores superiores aos praticados em outros países de igual nível de desenvolvimento e com

33. LEONARDOS, Gabriel. A pandemia e as patentes farmacêuticas, publicado em 30.abr.2020, <https://m.migalhas.com.br/depeso/325845/a-pandemia-e-as-patentes-farmaceuticas> acesso em 12.mai.2020.

34. *WORLD TRADE ORGANIZATION – WTO. TRIPS and public health* <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/pharmpatent_e.htm> acesso 12.mai.2020

35. BRASIL. Congresso Nacional. Decreto nº 6.108, de 04.mai.2007 (revogado).

menor número de pessoas em tratamento. A concessão de licença compulsória do Efavirenz previu pagamento de 1,5% de *royalties* ao titular da patente e, inicialmente, o suprimento do mercado nacional se deu por importação, mas atrelada ao compromisso de que o laboratório exportador repassasse ao Brasil toda a tecnologia para produção nacional pelo laboratório oficial para Instituto de Tecnologia em Fármacos (Farmanguinhos/Fiocruz). Embora único, esse caso é muito importante pois tanto demonstra que o Brasil respeita os direitos de propriedade intelectual como está atento às circunstâncias que podem ensejar a licença compulsória, sendo relevante argumento de negociação em outros importantes momentos de saúde pública nacional.

A licença compulsória, portanto, trata de instituto não só previsto nos acordos internacionais da matéria, como tem sido utilizado pelos países. Assim, no caso delineado na introdução, sobre o Remdesivir, a licença compusória está prevista na Lei de Patentes Chinesa [36] e, como vimos, está em conformidade com *TRIPS/ADPIC*. Dada a escala da crise de saúde em andamento, uma empresa chinesa que venha solicitar uma licença compulsória não seria necessariamente vista como uma tentativa de burlar injustificadamente os direitos de patente de Gilead. Isso, sem contar, que em meio à pandemia, a própria Gilead já anunciou [37] licenças voluntárias sem cobrança de royalties para cinco farmacêuticas produzirem o Remdesivir para 127 (cento e vinte e sete) países de baixa renda até que a Organização Mundial da Saúde declare o fim da Emergência de Saúde Pública de Interesse Internacional referente ao COVID-19 ou até que um produto farmacêutico que não seja o Remdesivir ou uma vacina seja aprovado para tratar ou prevenir o COVID-19, o que ocorrer antes.

36. Artigos 48-58 Patent Law of the People's Republic of China (as amended up to the Decision of December 27, 2008, regarding the Revision of the Patent Law of the People's Republic of China), <https://wipolex.wipo.int/en/text/475082> acesso 12.mai.2020

37. GILEAD SCIENCES, INC., Voluntary Licensing Agreements for Remdesivir, <https://www.gilead.com/purpose/advancing-global-health/covid-19/voluntary-licensing-agreements-for-remdesivir> acesso 13.mai.2020.

## 4. Considerações finais: a pandemia e a aplicação dos institutos

De todo o exposto o que vemos é que a proteção dos direitos da propriedade intelectual é uma das ferramentas essenciais na promoção do desenvolvimento tecnológico, econômico e científico das empresas, e consequentemente, de uma nação. À medida em que as criações humanas são reconhecidas pela concessão de um direito temporário de excluir terceiros de explorar o produto ou processo desenvolvido, o criador é recompensado por ter alcançado e divulgado resultados tão úteis à sociedade e a indústria estimulada a investir com pesquisas. Doutra sorte, eventuais usos abusivos de ditos direitos já possuem seus respectivos remédios previstos não só nas legislações nacionais como em tratados internacionais, que são as licenças compulsórias.

Assim, embora haja uma aparente tensão entre patentes e saúde pública, fato é que a saúde pública pode ser muito beneficiada pelos direitos de propriedade intelectual quando bem aplicados.

Quando se fala em apropriação do uso e exploração por patentes o que muito se ouviu e ainda se ouve é uma opinião pública e um poder legislativo que, por falta de informação, condenam ou discordam de inventos que podem salvar vidas de indivíduos de modo barato e eficiente, buscando criar restrições na verdade já existentes. Como exemplo temos no Brasil o Projeto de Lei nº 1.462/2020, que propõe criar uma licença compulsória ampla e que decorra automaticamente da lei para todas as "tecnologias utilizadas para o enfrentamento à respectiva emergência de saúde, tais como vacinas, medicamentos, diagnósticos, reagentes, dispositivos médicos, equipamentos de proteção individual, suprimentos e quaisquer outras tecnologias utilizadas para atender às necessidades de saúde relacionadas à emergência." Para completar, de antemão, fixa

os valores dos royalties em 1,5%. Como foi visto, a legislação brasileira e internacional já proveem diversos dispositivos que autorizam a licença compulsória em tais hipóteses e uma predefinição de valores sem a análise caso a caso, além de temerário para fins de estímulo à inovação, viola os preceitos do *TRIPS/ADPIC* analisados.

Assim, não obstante a inquietude e instabilidade e que a pandemia da COVID-19 instaurou no dia-a-dia de todos, é imprescindível a compreensão que o estudo e proteção do segundo uso de medicamentos, encurtando o tempo e investimento no desenvolvimento de opções de cura; e o cabimento das licenças compulsórias em caso de saúde pública precisam ser analisadas de modo técnico e responsável, sem ideologias, sob pena de inviabilizar o desenvolvimento tecnológico que tanto pode beneficiar a retomada ao novo normal de modo mais seguro e saudável.

Afinal, como já alertou MERKL[38] em artigo anterior à atual pandemia, enquanto o interesse social for "interpretado apenas como sinônimo de domínio público, de maneira antagônica à concessão de uma patente, estaremos fadados a viver em uma falsa dicotomia que, cedo ou tarde, sempre nos leva à morte pela falta de um remédio que verdadeiramente cure a doença".

## 5. Referências

ABREU, Maria Inez Araujo de. **Os Tratados Internacionais de proteção das patentes sob gestão da** WIPO – World Intellectual Property Organization. Monografia (Especialização em Direito Empresarial) - Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba – Paraná, 2003

38. MERKL, Márcio. Interesse social e desenvolvimento tecnológico: dicotomias do sistema de patentes? In Revista da Ordem, Publicação da OAB/PR, Nº 54, Cadernos Jurídicos #85, nov.2018 <https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/12/cadernos-juridicos-novembro.pdf> acesso 13.mai.2020

-. **A proteção da biotecnologia em contencioso de patentes**. Dissertação (Mestrado em Direito Economico e Social) - Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba – Paraná, 2006. <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=520>, acesso 12.mai.2020.

AHLERT, Ivan Bacellar e DESIDERIO, Maurício Teixeira. **A Patenteabilidade dos novos usos de substâncias conhecidas** (23-31) p.28 *In* **Revista da ABPI** nº 100 Mai/Jun 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. **Decreto nº 635, de 21.ago.1992**. Promulga a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, revista em Estocolmo a 14 de julho de 1967. Brasília, 1992.

-. **Decreto nº 1.263, de 10.out.1994**. Ratifica a declaração de adesão aos arts. 1º a 12 e ao art. 28, alínea l, do texto da revisão de Estocolmo da Convenção de Paris para Proteção da Propriedade Industrial.. Brasília, 1994.

-. **Decreto nº 1.355, de 30.dez.1994**. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Brasília, 1996.

-. **Lei nº 9.279, de 14.mai.1996**. Lei da Propriedade Industrial (LPI). Brasília, 1996.

-. **Decreto nº 6.108, de 04.mai.2007**. Concede licenciamento compulsório, por interesse público, de patentes referentes ao Efavirenz, para fins de uso público não-comercial. Brasília, 2007. (revogado).

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei** nº 1.462, de 02.abr.2020. "Altera o art. 71 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, para tratar de licença compulsória nos casos de emergência nacional decorrentes de declaração de emergência de saúde pública de importância nacional ou de importância internacional". Brasília, 2020.

DE CARVALHO, Carlos Eduardo Neves. **Contratos de propriedade industrial: marcas, patentes e desenhos industrail** (07-31) *In* **Revista da ABPI** nº 125 – Jul/Ago 2013

DE MELO, Sheila de Souza Correa e BEZERRA, Maria das Graças Ferraz. **A Geopolítica da propriedade intelectual: o caso da produção de antirretrovirais e o licenciamento compulsório para medicamentos** (53-59) *In* **Revista da ABPI** nº 160 – Mai/Jun 2019.

ESPÍNDOLA, Eduardo. **Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais**. GAMA, Ricardo Rodrigues (atual.). Campinas: Bookseller, 2002.

FERNANDES, Roberta Silva Melo. **Patentes de primeiro uso médico e usos subsequentes: admissibilidade?** (25-37) *In* **Revista da ABPI** nº 124 – Mai/Jun 2013.

*FOOD AND DRUG ADMINISTRATION - FDA.* ***Authorization*** publicado em 01.mai.2020, <https://www.fda.gov/media/137564/download>, acesso 11.mai.2020.

GILEAD SCIENCES, INC., ***Voluntary Licensing Agreements for Remdesivir,*** <https://www.gilead.com/purpose/advancing-global-health/covid-19/voluntary-licensing-agreements-for-remdesivir> acesso 13.mai.2020

IDS – INSTITUTO DANNEMANN SIEMSEN DE ESTUDOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Comentários à lei da propriedade industrial.** Ed.Rev.Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL – INPI (Brasil), **Consulta à Base de Patentes.** <http://www.inpi.gov.br> Acesso gratuito período de 11 a 13.mai.2020.

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DO PARANÁ – IAP. Série "COVID-19 Reflexos Legais". **Painel "Patentes e Licença Compulsória",** publicado em 28.abr.2020, <https://www.youtube.com/watch?v=zGiIRy1kIuE>, acesso 12.mai.2020.

INTERFARMA, ASSOCIAÇÃO DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA DE PESQUISA. **Guia de pesquisa e desenvolvimento biomédico: como nasce uma nova droga.** Tradução de Andréa Delcorso; Revisão de Dra.Isa Dietrich e Dr.Sidney Marques. CD, 2006

LEONARDOS, Gabriel. **A pandemia e as patentes farmacêuticas,** publicado em 30.abr.2020, <https://m.migalhas.com.br/depeso/325845/a-pandemia-e-as-patentes-farmaceuticas> acesso 12.mai.2020.

LOUREIRO, Luiz Guilherme de A.V.. **Patentes e biotecnologia: questões sobre a patenteabilidade dos seres vivos.** (17-77) *In* **Revista de Direito Mercantil** Vol. 116 out/dez 1999. São Paulo: Malheiros.

MARKETWATCH, INC. ***China scientists want to patent Gilead drug to treat coronavirus patients,*** publicado em 06.fev.2020, <https://www.marketwatch.com/story/china-scientists-want-to-patent-gilead-drug-to-treat-coronavirus-patients-2020-02-06> acesso 27.abr.2020

MERKL, Márcio. **Interesse social e desenvolvimento tecnológico: dicotomias do sistema de patentes?** *In* **Revista da Ordem l Publicação da OAB/PR,** Nº 54, Cadernos Jurídicos #85, nov.2018 <https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/12/cadernos-juridicos-novembro.pdf> acesso 13.mai.2020

OLIVEIRA, Maurício Lopes de. **Reflexão sobre a atividade inventiva** (23-27) *In* **Revista da ABPI** nº 39 Mar/Abr 1999.

PELL JÚNIOR, Rodolfo H.Martinez Y. **O caráter industrial como requisito de privilegiabilidade da invenção** (palestra apresentada na reunião do Conselho de Administração da ASIPI em Bogotá) (15-16) *In* **Revista da ABPI** nº 6 Jan/Fev 1993.

ROSMAN, Suzel Whitaker de Assumpção Mattos e ROSMAN, Eduardo Colonna. **"Segundo uso" – Remédios jurídicos contra a ANVISA** (62-70) *In* **Revista da ABPI** nº74 Jan/Fev 2005.

SIXTH TONE, **Wuhan's Much-Maligned Virology Institute Seeks Patent on US Drug,** publicado em 10.fev.2020, <http://www.sixthtone.com/news/1005169/wuhans-much-maligned-virology-institute-seeks-patent-on-us-drug>, acesso 27.abr.2020

SOCIEDADE BRASILEIRA DE MEDICINA TROPICAL - SBMT, **Pesquisadores testam remédios para combater coronavírus,** publicado em 11.abr.2020, <https://www.sbmt.org.br/portal/researchers-test-drugs-to-fight-coronavirus> acesso 13.mai.2020

SOUZA, Edson; *et al.* **Proteção da inovação biotecnológica (19 -27)** *In* **Revista da ABPI** nº 70, mai/jun 2004.

WININGER, Aron. ***Wuhan Institute of Virology Applies for a Patent on Gilead's Remdesivir*** *In* **The National Law Review,** publicado em 06.fev.2020, <https://www.natlawreview.com/article/wuhan-institute-virology-applies-patent-gilead-s-remdesivir>, acesso 27.abr.2020.

WOLFF, Maria Thereza e ANTUNES, Paulo de Bessa. **Patentes de segundo uso médico** (48-61) *In* **Revista da ABPI nº** 74 Jan/Fev 2005.

*WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION – WIPO.* **Patent Scope,** https://patentscope.wipo.int Acesso gratuito período de 11 a 13.mai.2020.

**-.Patent Law of the People's Republic of China (as amended up to the Decision of December 27, 2008, regarding the Revision of the Patent Law of the People's Republic of China),** <https://wipolex.wipo.int/en/text/475082> acesso 12.mai.2020

*WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO.* ***Ebola virus disease,*** <https://www.who.int/health-topics/ebola#tab=tab_1>, acesso 13.mai.2020

***-."Solidarity" clinical trial for COVID-19 treatments,*** <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/global-research-on-novel-coronavirus-2019-ncov/solidarity-clinical-trial-for-covid-19-treatments> acesso 13.mai.2020

*WORLD TRADE ORGANIZATION – WTO.* ***TRIPS and public health*** <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/pharmpatent_e.htm> acesso em 12.mai.2020

# 25

# COVID-19 e o Controle Sanitário Transfronteiriço: a Tensão entre a Reserva de Soberania e a Liberdade Fundamental de Locomoção

**MARIO JORGE P C LIMA**

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. As irreparáveis perdas humanas; 3. A soberania territorial dos estados e a liberdade de circulação de pessoas; 4. Globalização, integração e seus efeitos nas fronteiras estatais; 4.1. As fronteiras nacionais na globalização e a crise do coronavirus; 4.2 As fronteiras nacionais na integração e a crise do coronavirus; 5. As normas internacionais de saúde e o controle sanitário nas fronteiras nacionais; 6. Efeitos mediatos da crise do coronavirus na globalização e na livre circulação entre fronteiras; 7. Considerações finais; 8. Referências.*

## 1. Introdução

A propagação da pandemia pelo coronavírus (covid-19) atinge todos os continentes, assusta as sociedades humanas e paralisa as atividades cotidianas comuns, com reflexos em declínio progressivo na operação econômica, além da sobrecarga intensa em alguns setores específicos, como serviços de saúde, segurança, transportes e até serviços funerários.

A pandemia iniciada nos primeiros dias de 2020 na Ásia já consumiu o primeiro semestre do ano e ainda não é possível garantir quando será controlada, uma vez que, apesar da redução relevante da contaminação na

China, e das previsões esperadas de refluxo em agosto na maioria dos países ocidentais, não há como garantir que após o relaxamento das medidas de distância e isolamento social, não sejam retomadas novas ondas sucessivas de agravamento da contaminação em todo o mundo.

Além disso, a pandemia parece ainda afetar de modo crescente os países da América Latina e da África, com seus contingentes humanos empobrecidos, e a OMS [1] continua expressando seus temores pela disseminação do vírus nessas regiões, onde a fragilidade das populações vulneráveis e atingidas por desigualdades sociais, e sem recursos econômicos e materiais para atender a demandas especiais, como limpeza e alimentação, tendem a ser fortemente afetadas pela contaminação e mal atendidas pelos serviços sociais e de saúde pública disponíveis. .

Deve-se notar que a pandemia também acentua a desigualdade social já imanente e em crescimento nos países desenvolvidos, onde há uma quantidade acentuada de pessoas sem-teto ou que vivem em habitações muito concentradas [2] , bem como os contingentes de refugiados carentes e outras populações vulneráveis.

No momento, os meios para enfrentar a pandemia permanecem apenas a higiene pessoal e a distância social instaurada pelos governos, e segue a busca pela aplicação de testes diagnóticos em larga escala, a fim de delinear uma dimensão quantitativa e espacial da contaminação, necessária para determinar rotinas e mapeamento, enquanto equipes científicas de todo o mundo se desdobram na elaboração de medicamentos e adaptação de tratamentos existentes para controlar os efeitos da nova moléstia.

1. Organização Mundial da Saúde
2. Santos, 2020

Além do drama social e da saúde, e do processo de declínio econômico acentuado, que exigirá intervenções importantes dos países em geral, observa-se que os governos nacionais, na sua grande maioria, encetaram ações de fechamento total ou parcial de suas fronteiras, de modo autônomo e unilateral, para circulação de pessoas e mesmo cargas, em comportamento de sentido contrário às práticas de mais de 30 anos de abertura de fronteiras e até mesmo de um 'mundo sem fronteiras', progressivamente incentivada pelos processos de globalização e integração, que se espalharam pelos continentes a partir da iniciativa dos países ocidentais.

Por sua vez, essas políticas progressivas de incentivo à redução de barreiras fronteiriças induziram o surgimento, nessas últimas décadas, de diversos sistemas normativos internacionais de abrangência regional, bilateral ou mesmo global, no sentido de facilitação da circulação de pessoas, que favorece a liberdade humana fundamental de ir e vir, e que se tornam aparentemente sacrificados de modo ilegítimo pela recente ação restritiva dos países por conta da pandemia do coronavirus. Vale lembrar, em tempo, que as normas internacionais sanitárias admitem e mesmo determinam o controle sanitário profilático nas fronteiras, mas de modo pontual e com procedimentos específicos de saúde.

Neste artigo, pretendemos analisar justamente a legitimidade do fundamento normativo dessas ações nacionais de fechamento unilateral e geral de suas fronteiras no momento atual, que atinge o desfrute de um dos direitos fundamentais da pessoa humana, a sua liberdade de locomoção.

## 2. As irreparáveis perdas humanas

O efeito mais nefasto do alastramento da atual pandemia consiste nas perdas significativas de vidas humanas, ceifadas de modo insubstituível

pela doença respiratória causada pelo coronavírus, e que se estendem pelas famílias afetadas diretamente por essas mortes rápidas de pessoas hígidas para a vida social que, além da perda emocional, pode privar as famílias de suas principais fontes de apoio material.

O segundo tipo de perda humana angustiante consiste no contágio de profissionais de saúde expostos à contaminação pelo vírus, e que são atingidos ou temporariamente removidos de suas atividades por causa da doença, causando ainda mais sofrimento àqueles que precisam de seus cuidados, e afetação emocional aos companheiros que permanecem no esforço direto para tratar e controlar pacientes com a doença.

Esse drama supera as dificuldades até mesmo de situações de guerra em que os profissionais de saúde recebem atenção especial até de convenções internacionais, e o caráter de sacrifício desse serviço prestado nesse momento eleva esses profissionais ao nível do heroísmo dos bombeiros de Chernobyl.

De fato, não ocorre uma pandemia com esses efeitos desde o início do século 20, há mais de 100 anos atrás, quando da chamada gripe espanhola causada pelo vírus influenza. A situação atual destaca a rapidez com que a pandemia se espalha, a facilidade de contaminação, e o perigo letal. Acima de tudo, a pandemia se dissemina de modo acelerado por causa do mundo globalizado em que vivemos hoje, marcado pelo intenso movimento de pessoas, onde o vírus viaja de avião.

Atualmente, a maneira de reduzir as perdas humanas é disseminar o uso de testes para dimensionar, segregar e tratar a população afetada, facilitando assim a redução de procedimentos coletivos de isolamento e distância social. Além disso, buscasse formas de tratamentos clínicos para os efeitos da doença, de acordo com o conhecimento adquirido no tratamento

de outras doenças com os mesmos efeitos como a SARS e a MERS [3].

Essa triste situação se encaixa no sensato plano de ação em três etapas proposto pelo bilionário filantropo Bill Gates [4], que preconiza como ação de curto prazo o teste em larga escala das populações para projetar a extensão efetiva e potencial da pandemia, como ação de médio prazo, a produção ou adaptação de medicamentos e tratamentos eficazes para ajudar os infectados e prevenir pessoas em risco como trabalhadores da saúde, e como ação de longo prazo, a vacina, para evitar eventuais futuras ondas de ataques do mesmo vírus, como alertam especialistas [5].

A busca por medicamentos e vacinas seguras para atacar e prevenir o coronavírus não deve ser esperada a médio prazo, pois isso demanda produtos com resultados garantidos, ou seja, a disseminação e comercialização de produtos farmacêuticos desse tipo exigem confiabilidade nos resultados, que ocorre somente quando a grande maioria dos tratamentos com esses produtos é bem-sucedida, caso contrário, subsiste grande risco de perda financeira e de credibilidade para os fornecedores.

Vale lembrar que outras doenças contagiosas causadas por vírus afetaram a humanidade durante o século XX, como sarampo, que causa morte, e a poliomielite, que causa incapacidade. Essas doenças foram controladas por vacinas, mas o desenvolvimento dessas vacinas durou décadas, como a poliomielite cujo vírus foi identificado em 1908, mas a vacina só apareceu em 1957, e o sarampo cujo vírus foi identificado em 1954 e a vacina se tornou útil apenas em 1963.

Note-se que a natureza do agente contaminador pode causar dificuldades adicionais, como no caso do vírus influenza, que desenvolveu

3. Acrônimos científicos de doenças virais recentes que causam deficiência respiratória aguda
4. Gates, 2020
5. Massad, 2020

várias cepas e, portanto, requer uma vacina múltipla, que, por sua vez, não impede que outras cepas apareçam por mutação genética. Outros vírus são resilientes e multifacetados, como o HIV, para o qual ainda não existe medicamento ou tratamento completo, apesar de sua identificação há quase 30 anos. Outros vírus são recorrentes e persistentes, como HSV (herpes simplex) e HPV, que são neutralizados, mas não eliminados, causando recidivas perigosas que reduzem a imunidade a outras doenças.

O teste também é inseguro, pois seu uso em larga escala apenas se justifica se há um resultado confiável e rápido, o que demanda bastante material, pessoal e equipamentos de laboratório disponíveis, porém o investimento em sua produção oferece poucos riscos, pois a eventual falha pouco interfere no resultado do tratamento a ser aplicado às pessoas contaminadas.

Assim, o longo prazo atualmente estimado em dois anos, na prática, pode vir a ser muito mais extenso do que as expectativas até que o coronavírus se torne apenas outra doença [6].

## 3. A soberania territorial dos estados e a liberdade de circulação de pessoas

A liberdade de locomoção do indívíduo está reconhecida como atributo imanente do ser humano desde as declarações pioneiras, insculpida nos dispositivos que repelem prisões ou detenções arbitrárias de ordem pública, quando não fundadas em determinação legal, e como vedação de qualquer arresto privado, como ocorria nos regimes de escravidão ou servidão de outrora. A garantia fundamental mais notória dessa liberdade de ir e vir se encontra no instituto do habeas corpus.

6. Amigorena, 2020

Na estrutura normativa mundial contemporânea, a liberdade de circulação está consagrada no Art. 13 da Declaração Universal e de Direitos Humanos que fundamenta a existência da ONU [7]. Esse dispositivo assevera a liberdade de locomoção e residência das pessoas dentro das fronteiras de um Estado, bem como o direito e entrar e sair do mesmo, inclusive do país de sua própria nacionalidade.

Nos países das américas a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem da OEA [8] também consagra a liberdade de locomoção e residência das pessoas nos territórios dos quais são nacionais, bem como entrada e saída do mesmo. Na União Européia, a liberdade de circulação dos nacionais dos países da comunidade através de seus territórios consiste numa das prerrogativas da cidadania européia inaugurada no Tratado de Maastricht em 1992.

Entretanto, esse direito de livre circulação declarado não afasta o controle, pela jurisdição dos estados nacionais, da liberdade de locomoção interna em seus territórios, nem do traspasse de suas fronteiras em qualquer direção, com fundamento no dever essencial do Estado de garantir a segurança de seus cidadãos e territórios.

A noção de vínculo indissociável entre o Estado e seu território está presente desde as concepções originais de estado nacional, no início com fundamento privatista de construção medieval segundo categorias patrimoniais, e que mais tarde evolui para a concepção publicista como componente da natureza do poder dos reis, qualificado como *dominium universale ou políticum*. Nesse sentido, o estado nacional desfruta no seu território do chamado domínio eminente, que significa a superioridade sobre os bens privados, que fundamenta o exercício dos poderes jurisdicionais e tributários [9].

7. Organização das Nações Unidas
8. Organização dos Estados Americanos
9. Homem, p. 77

Registre-se que a prerrogativa exclusiva de atuação e jurisdição das estruturas institucionais dos estados nacionais se refere ao território em sentido mais restrito, conforme a distinção proposta por Kelsen [10], compreendido como o espaço territorial prevalecente terrestre onde há a exclusividade de atuação de somente uma ordem jurídica estatal, que se difere da noção de território em sentido mais amplo, que se estende sobre outras regiões geográficas, terrestres ou não, onde um estado nacional pode exercer sua soberania porém de modo simultâneo e coordenado com outros estados.

Em termos históricos, cabe salientar que o controle de território pelas comunidades humanas precede o surgimento da comunidade de nações decorrente de Westfalia, quando esse controle se instalou como prerrogativa da soberania dos estados nacionais sobre seu território e consiste no elemento material inarredável da concepção cultural clássica do modelo, ainda não superada.

Nos tempos contemporâneos, a atuação interna das jurisdições nacionais em controle da liberdade de ir e vir em cada território estatal está admitida no sistema normativo internacional sob encargo da ONU e não se constitui em afronta nem impedimento ao exercício de direitos humanos fundamentais, e o exemplo mais incisivo da recepção dessa realidade se verifica nos controles restritos de entrada e saída dos nacionais dos territórios de países de regime socialista, a exemplo de Cuba, Coréia do Norte e China.

Nesse sentido, observa-se que deixa de existir o possível conflito entre a liberdade de circulação garantida pelo sistema internacional de direitos humanos e a atuação dos controles de liberdade de locomoção estabelecidos pelos ordenamentos nacionais, quando se aplica o conceito de que o

10. Kelsen, 2010, p. 274

território do Estado é o espaço onde os órgãos estatais estão autorizados, pelo direito internacional, a executar a ordem jurídica nacional [11].

Por fim, cabe lembrar que o viés exclusivo de controle jurisdicional dos estados nacionais sobre seus territórios em sentido mais restrito, assumido como reserva de competência para exercício de suas soberanias plenas, não os exime de cumprir com a atribuição e garantia dos direitos humanos fundamentais a seus nacionais e outros estrangeiros porventura presentes em seus territórios de modo permanente ou temporário.

## 4. Globalização, integração e seus efeitos nas fronteiras estatais

No final do século 20, a rigidez e exclusividade dos estados nacionais no controle da locomoção interna e de entrada e saída em seus territórios passou a ser assediado pelos processos internacionais de globalização e integração fomentados pela ideologia neoliberal, no sentido de livre circulação de mercadorias, serviços, capitais e de fatores de produção.

Esses processos fomentaram a mudança de comportamento tradicional dos estados nacionais, que foram impelidos a afrouxar e facilitar seus controles físicos e burocráticos nas fronteiras, no intuito de acelerar a dinâmica econômica e o volume de riquezas, das quais todos seriam beneficiários.

Esse movimento no sentido da redução dos controles físicos e burocráticos das tradicionais fronteiras nacionais, inclusive em países de regime socialista, representa uma nova etapa das relações internacionais no sentido do fortalecimento da liberdade fundamental de circulação das pessoas.

O fenômeno da globalização induziu ainda o implemento em

11. Kelsen, 1998, p. 301

diversas regiões do planeta do processo de integração, pelo qual alguns países de proximidade geográfica e cultural passam a estreitar suas relações econômicas e políticas, no intuito de compor um bloco institucional onde os ordenamentos normativos internos dos membros estejam harmonizados ou sincronizados, e com o qual possam interagir de modo coeso e unificado perante outros protagonistas das relações internacionais, sejam outros estados, outros blocos de integração ou associações de corporações privadas.

O fenômeno da integração se disseminou por todos os continentes inspirado na experiência européia e seguindo dois sentidos de movimento, a integração regional e a integração global [12].

A integração global decorre diretamente do movimento de globalização, orientada pela lógica de mercados globais e diretrizes empreendedoras implantadas pelas corporações privadas transnacionais e seus consultores, e que, na relação entre os estados nacionais se encontra corporificada e representada pela OMC [13]. A integração global impulsiona o relaxamento das restrições de fronteiras por motivos de predomínio comercial e econômico.

A integração regional decorre subsidiariamente do movimento da globalização e se implementa pelo interesse e iniciativa dos estados nacionais em fortalecer sua capacidade de atuação política e econômica nas relações internacionais globais. A integração regional se desenrola sobretudo por inspiração na implantação da comunidade europeia, progressivamente evoluída por motivos peculiares da região desde meados do século 20, e se complementa com a formação de outros blocos regionais.

A experiência de formação dos blocos econômicos regionais se

12. Prebianca, p. 152

13. Organização Mundial do Comércio

orienta na pretensão de um princípio supraestatal que funcionaria como metassoberania, justificado pelo favorecimento de uma complementaridade econômica, cultural e militar entre os estados membros [14].

A integração regional também impulsiona a redução das restrições de fronteiras por motivos comerciais, e em alguns casos também facilita a livre circulação de pessoas.

## 4.1. As fronteiras nacionais na globalização e a crise do coronavirus

A globalização, que aqui equiparamos à integração global, consiste em processo de conteúdo notoriamente econômico, que pretende e exerce impacto direto no processo político internacional, e de modo sucessivo, acarreta efeitos nos processos sociais e no campo jurídico, ou seja, não é fenômeno que se projeta a partir do Direito, mas que interfere na formulação do Direito.

O fenômeno surgiu no anos 80 preconizado pela ideologia neoliberal que condenava o estado bem-estar social, e progrediu favorecido e estimulado pelo desenvolvimento de tecnologias eletrônicas sobretudo para fins de circulação financeira e de informações.

Depois da dissolução da União Soviética no final do século 20, a globalização econômica, que já se propagava no mundo ocidental, centro e periferia, ganhou força para se expandir também para outras regiões continentais antes obstruídas pelos regimes políticos de orientação socialista e seus satélites, evoluindo para a modelagem de uma efetiva estrutura padrão de relações econômicas globais.

Essa expansão da globalização econômica, no âmbito das relações entre os estados nacionais, além de fomentar o surgimento de entidades internacionais como a OMC, acordo comercial global instituído em 1995

14. Bauman, p. 71

em substituição ao anterior GATT [15], induziu o aumento da prática do multilateralismo nas relações internacionais, onde cresceu o protagonismo de entidades como a ONU e suas filiadas no enfrentamento dos problemas e crises do mundo globalizado, sejam crises políticas, financeiras, armadas, humanistas ou sanitárias.

Em adendo, os efeitos políticos da globalização suscitaram oportunidade para efetiva disseminação e implantação de pautas globais de conteúdo sócio politico, como se observa com a reafirmação e garantia dos direitos humanos e o compromisso com a agenda ambiental em busca do desenvolvimento econômico sustentável.

Por conseguinte, a globalização originalmente econômica, incentivou a globalização política que concorre com a original na formulação e aplicação do Direito, tanto no âmbito internacional como nacional, inspirando o surgimento de termos que as diferenciam, no caso, globalização e globalismo.

Nessa distinção, o termo Globalização se refere ao conteúdo econômico associado a livre comércio, divisão de trabalho em nível mundial com aproveitamento das habilidades específicas de cada povo e repartição dos benefícios a todos, segundo os princípios do liberalismo econômico, enquanto que o termo Globalismo se refere ao conteúdo político de viés internacionalista que busca um processo centralizado de decisões para os problemas mundiais através de ordenamentos harmonizados [16], e que seria de interesse de políticos e burocratas e obstrutivo para a dinâmica econômica.

O olhar da Globalização se contenta com o relaxamento dos controles de fronteiras apenas no que diz respeito a mercadorias, serviços, capitais e outros insumos da dinâmica econômica, porém, no olhar do Globalismo,

15. General Agreement on Tariffs and Trade
16. Polleit, 2017

a redução dos controles de fronteiras deve equiparar acessibilidade de liberdade de locomoção das pessoas ao mesmo grau de liberdade deferido á circulação dos fatores econômicos.

Em análise crítica, vale observar que a Globalização econômica sempre ofereceu uma perspectiva de meia verdade ou meia mentira a depender do tipo de observador, porque sempre representou liberdade de movimento para uns e impedimento de locomoção para outros [17] .

Nesse caso, cabe observar que as iniciativas dos estados nacionais em 'fechar' suas fronteiras físicas para pessoas, na atual crise do coronavirus, em razão de controle sanitário, mas manter o fluxo de tráfego de fatores econômicos não humanos, não contraria a índole da Globalização original, mas afeta principio normativo sensível do Globalismo político de índole humanista.

Entretanto, o efeito da integração globalizada no que diz respeito a fronteiras territoriais, não se resume às fronteiras nacionais tradicionais, mas também na demarcação virtual de fronteiras locais, no caso, oriundas do surgimento das cidades globais [18] , que são constituídas como pontos geográficos de operação da economia globalizada sob impulso dos interesses corporativos transnacionais, alterando o sentido de uso dos espaços e introduzindo comportamentos culturais cosmopolitas em algumas regiões.

Fenômeno territorial que expressa a globalização de cidade pode ser verificado nos HUBs [19] criados por empresas aéreas para operação de seus voos segundo uma distribuição geográfica, e que impulsiona a transformação de espaços com a construção de grandes aeroportos, super dimensionados para as necessidades de uma cidade nacional, e o aparato

17. Mégret, 2020
18. Laniado, p. 37
19. Centro, ponto central

de serviços então requisitados, como de hotéis, alimentação e transporte, que a instalação do equipamento atrai, inclusive com remanejamento de operações de grandes empresas de outros ramos.

Fenômeno cultural das cidades globalizadas se verifica no mimetismo de comportamento cosmopolita das pessoas nesses locais, persuadidas por idéias propagadas a partir da mídia jornalística internacionalizada, disseminadas como compatíveis e necessárias ao progresso evolutivo ou vanguardista da humanidade.

O descompasso cultural entre nacionais habitantes de territórios globalizados e não globalizados de um mesmo país, se revela no recente plebiscito do Brexit [20], onde os eleitores de cidades globalizadas como Londres votaram contra o Brexit, o que expressa o conteúdo cosmopolita dos habitantes dessa grande cidade, enquanto que os eleitores ingleses de outras regiões rurais, nacionalizadas e não globalizadas, votaram a favor do Brexit.

O surgimento das cidades globais representa uma outra noção de espaço geográfico criada pela integração globalizada, que concorre com a tradicional noção de espaço geográfico nacional, e demonstra a importância relativa que as fronteiras nacionais recebem na dinâmica do processo de globalização.

Essa relevância reduzida das fronteiras nacionais para o dinamismo da economia globalizada sinaliza que o fechamento atual dessas fronteiras, por razões sanitárias, representa apenas um passo simbólico [21], porque a propagação do coronavirus demanda também o implemento de limites importantes em torno de cidades globalizadas ou regiões onde o surto está

20. British-exit – acrônimo midiático para se referir ao processo de saída do reino Unido da União Européia
21. Zielonka, 2020

mais concentrado.

## 4.2. As fronteiras nacionais na integração e a crise do coronavirus

O processo de integração consiste em efeito subsequente da globalização, no qual os países pretendem formalizar um bloco institucional com estrutura orgânica autônoma para com seus componentes estatais, com funcionamento intergovernamental, através da qual os membros coordenam ações internas ou internacionais de proveito aos interesses do bloco.

A integração assume diversos graus de aglutinação desde a simples união aduaneira e a zona de livre comércio que conformou o pioneiro BENELUX [22], até a união política plena de um grupo de estados independentes, ao modo de confederação ou federação, atualmente denominadas como comunidade. A integração regional mais profunda ocorre na União Européia onde se caminha no sentido de uma união política total e permanente, ainda que em futuro de longo prazo.

Além da União Européia, somente a América do Sul realizou iniciativas de integração mais profundas com intenção de implantar um mercado comum na região, a exemplo da CAN [23] e do Mercosul [24], com livre circulação de fatores de produção e desenvolvimento conjugado, e na América do Norte cabe registrar a recente dissolução do NAFTA [25], substituído por parcerias de livre comércio entre os três países da região.

Na Ásia, as iniciativas se limitam à instituição de acordos de livre comércio a exemplo da SAFTA [26] e o ACFTA [27], ou de índole cooperativa

22. Tratado de livre comércio instituída em 1960 entre Belgica, Holanda e Luxembrugo, um dos embriões da futura UE que já previa estrutura orgânica elivre circulação de pessoas

23. Comunidade Andina, instituído em 1969

24. Mercado Comum do Sul, instituído em 1991

25. North American Free Trade Agreement, encerrado em 2018

26. South Asia Free Trade Agreement

27. Asean-China Free Trade

inclusive envolvendo países de outros continentes, como são o TPP [28], a APEC [29] e o BRICS [30], com exceção da ASEAN [31] que institui uma organização internacional. Portanto, nesse continente os controles de fronteiras exercido pelos estados nacionais corresponde ao padrão usual das relações internacionais.

Na África, a integração se inicia com a União Africana de dimensão continental e expressão sobretudo política e a integração econômica se declara por alguns tratados regionais como a SADC [32], a UMA [33] e a ECOWAS [34], essa última com pretensão de implemento de uma moeda única, mas que não deslancham em razão das dificuldades econômicas inerentes à região, e não operam liberdade de circulação de pessoas sem controle dos estados nacionais..

Nesse cenário, verifica-se que nenhuma das experiências de integração incrementadas fora da União Européia cogita de cessão de soberania ou supranacionalidade comunitária, que signifique impedimento aos países membros em estabelecer restrições de circulação de pessoas nos seus territórios ou entrada e saída dos mesmos.

O exemplo inspirador da União Européia se ergue como resultado de um esforço político de união permanente da Europa em nome da pacificação da região, que se inicia desde os anos 60, e adquire seu atual formato a partir da efetiva criação da União Européia no Tratado de Maastricht de 1992, remodelado por alguns tratados sucessivos hoje consolidados no Tratado de Lisboa de 2009.

28. Transpacific Partnership
29. Asia Pacific Economic Cooperation
30. BRICS - organização de cooperação entre Brazil, Russia, India, China e South Africa
31. Association of Southeast Asian Nations
32. Southern Africa Development Community
33. União do Magreb Arabe
34. Economic Community of West African States

Desde o Tratado de Maastricht implantou-se no continente europeu o conceito de cidadania comunitária ou européia, a ser atribuído a todas pessoas que são cidadãos de um país membro da União Européia e em adição a sua própria cidadania nacional, não substituída. Essa cidadania comunitária atribui a seus portadores o direito de livre circulação e residência no território de qualquer dos países membros, ultrapassando a predisposição de livre circulação de pessoas na condição de mobilidade econômica, como simples de fator de produção [35].

O progresso peculiar da integração europeia inaugura o conceito inovador de supranacionalidade que implica no compartilhamento da soberania inerente aos estados nacionais com a estrutura institucional que os representa em conjunto na organização internacional edificada, no caso, a União Européia, um princípio estranho ao direito internacional clássico [36] .A supranacionalidade funciona como princípio legitimado nos tratados de integração que admite o exercício pela organização internacional dos poderes de governo sejam legislativos, jurisdicionais, administrativos ou contratuais no território dos estados membros, de duração temporária, e em determinados segmentos de competência previamente estipulados [37].

O compartilhamento de competências soberanas implica em organizar a distribuição dos encargos referentes ao exercício dessas competências no território da União, que se inicia pela observação dos princípios de atribuição e subsidiariedade, e em seguida pela responsabilidade dos estados membros em articular essas competências em seus territórios nacionais, no que diz respeito à circulação de pessoas, observando suas funções institucionais e seus compromissos para com a União Européia [38].

35. Ocampo, p. 288
36. Idem, p. 128
37. Arbuet-Vignali, p. 344
38. Abderemane, p. 437

O efetivo exercício da cidadania comunitária pelos nacionais dos países membros da união demanda viabilizar a livre circulação de pessoas. Nesse objetivo, houve ampliação do Acordo intergovernamental de Schengen assinado inicialmente em 1985 entre Alemanha, França, Belgica, Holanda e Luxemburgo, e estendido depois de Maastricht para os demais países da União Européia, embora alguns não participem.

Entretanto, a gestão compartilhada do território europeu provoca tensões de interpretações aplicativas derivadas da responsabilidade de cada Estado de garantir a segurança de seu território nacional e a concorrente responsabilidade européia de garantir a livre circulação de pessoas segundo as regras definidas pela União Européia [39].

A conciliação dessas tensões no que afeta à livre circulação de pessoas ocorre pela aplicação, como regra, da responsabilidade européia dos Estados em garantir o exercício da livre circulação de pessoas no seu território nacional, que integra o território da União Européia, enquanto que, por exceção, se aplica a responsabilidade nacional dos Estados nos seus territórios, que possibilita aos mesmos estipular limite ao exercício da livre circulação de pessoas, em circunstâncias justificáveis [40].

Essa faculdade excepcional para os estados nacionais de estabelecer limites à circulação de pessoas recebe fundamento normativo no artigo 4º, item 2, do TUE, que reconhece que "a União respeita as funções essenciais do Estado, em particular as que visam garantir a sua integridade territorial, manter a ordem pública e salvaguardar segurança nacional [41].

Nesse caso, os limites à circulação de pessoas, podem ser instituídos, por exceção, através de disposições legais fundadas de modo genérico nas

39. Idem, p. 436
40. Ibidem, p. 438
41. Ibidem, p 451

cláusulas de salvaguarda, como as chamadas "reservas da ordem pública" ou para atender às razões imperiosas de interesse geral [42].

Dessa forma, cabe constatar que subsiste fundamento legítimo em favor dos estados nacionais europeus, para eventual interposição de impedimento à livre circulação de cidadãos comunitários no seu território em situações de exceção.

Quanto ao Mercosul, sua pretensão de compor um regime de mercado comum econômico entre os países do cone sul das américas permanece distante, embora tenha avançado sem parar nesses quase 30 anos de vigência. Nesse objetivo, observa-se que não consta de suas proposições implantar um regime de livre circulação de pessoas, mas somente livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, conforme a primeira diretriz do Art. 1º do Tratado de Assunção. Apesar disso, os países membros assinaram um acordo em 2002 [43] que facilita a residência de nacionais dos participantes do bloco Mercosul nos territórios dos demais.

Portanto, não há compromissos normativos estatuídos no Mercosul ou entre seus membros a respeito de controle coordenado de fronteiras, aplicando-se as regras comuns do direito internacional público aprofundadas pelas proximidades física, cultural e amistosa entre os países membros.

## 5. As normas internacionais de saúde e o controle sanitário nas fronteiras nacionais

O problema da liberdade de locomoção dentro dos territórios nacionais se tornou mais acentuado com a chegada da crise dos corononavirus,

42. Ibidem, p. 446

43. Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados-Partes do Mercado Comum do Sul, Bolívia e Chile

onde os países em geral, sejam desenvolvidos, emergentes ou carentes, trataram de estabelecer impedimentos à circulação de pessoas justificado na necessidade de controle sanitário.

Cabe lembrar que as restrições ao exercício da liberdade de locomoção já vinham em crescimento desde os movimentos recentes de migrações em direção aos países desenvolvidos, a exemplo da União Européia, afetada por ondas de migrantes carentes vindos da África e Oriente Médio, e dos EUA, assediado por levas de migrantes oriundos da América Central, Caribe e América do Sul.

Os obstáculos interpostos pelos países desenvolvidos à recepção dos grandes contingentes de migrantes vindos de países empobrecidos, ou emergentes, ou mesmo em evasão de zonas de guerra, sofreram ferrenha crítica dos movimentos humanistas internacionais, que ressaltaram o dever humanitário de acolhimento pelos governos, com fundamento em normas internacionais cogentes. Entretanto, mesmo a admissão controlada desses contingentes migratórios provocou inquietação política interna nos países desenvolvidos e até mesmo se constituiu como motivo relevante para o Brexit.

Antes de resolvida a crise migratória, a crise do coronavirus atinge os países desenvolvidos ocidentais e as recomendadas medidas de isolamento e distanciamento social motivam os governos de todos os continentes a impedir a livre circulação de pessoas pelas fronteiras, em flagrante entrave à liberdade fundamental de locomoção, que desperta a verificação do fundamento político jurídico justificante dessas ações segundo os ordenamentos normativos internacionais vigentes.

Os compromissos normativos internacionais mais importantes sobre a temática da saúde, de alcance multilateral, são aqueles elaborados no

âmbito da OMS, sendo o atual e abrangente o regulamento IHR [44] – International Health Regulations de 2005, que estabelece os deveres de conduta dos participantes quando da emergência ou risco de surtos, epidemias ou pandemias de alcance internacional.

A OMS – Organização Mundial da Saúde foi criada em 1946 em decorrência do surgimento da ONU e representa o sucesso de esforços centenários da civilização ocidental, através de conferências sobre saúde e controle sanitário iniciadas em 1851 por iniciativa do imperador francês Napoleão III [45] . Curioso observar que, desde o início, constava entre os motivos originais dessas conferências pioneiras de controle sanitário, a intenção de 'defender a Europa de pestilências exóticas' [46] .

A versão atual do IHR foi elaborada em 2005 depois da crise da SARS-Cov-1 nos anos de 2002/2003. Suas disposições descrevem a noção de enfermidade ou doença e estabelece a definição de 'emergência de saúde pública de importância internacional' (art. 1º) que deve induzir uma resposta internacional coordenada [47] .

O IHR/2005 estabelece obrigações de três tipos para os estados membros, quando da emergência de moléstia de potencial risco ou alcance internacional: - as medidas imediatas (hard-and-fast), que constam nos art. 05 a 14, a exemplo da obrigação de notificação da OMS em 24h quando da identificação do surgimento da emergência, , - medidas de ação contínua (protacted), que constam nos art. 15 a 18, a exemplo da obrigação dos estados de criar e manter estruturas de saúde adequadas e capacitadas ao enfrentamento de surtos e epidemias, e as medidas de contingência (contingent), que constam nos art. 43 a 46, que determina as obrigações de informar as medidas diligenciadas pelos estados para enfrentamento de epidemias, que sejam mais completas que as medidas previstas pelo

44. RSI – Regulamento Sanitário Internacional 2005, aprovado pelo Dec. Legislativo nº 395/2009
45. Mello, p. 691
46. Idem, p.673.
47. Garcia, p. 281

regulamento e que contenham base científica [48].

O regulamento IHR não implanta nem existe serviço de saúde internacional, ou seja, administrado por organismos internacionais. Os serviços dessa natureza existentes são mantidos por entidades privadas humanitárias, ainda que de alcance internacional, como a Cruz Vermelha e a Médicos sem Fronteiras, e não são suficientes nem possuem autonomia para conter epidemias internacionais. Portanto, cabe de qualquer modo aos serviços de saúde dos estados nacionais nos seus territórios e em cooperação intergovernamental coordenada, inclusive com atores não estatais, o enfrentamento direto das crises de saúde internacionais [49].

Por sua vez, o regulamento contém disposições (art. 30 a 32) para controle sanitário de viajantes, mas não estipula nenhuma menção a controle de acessibilidade nas fronteiras, que permanece sendo uma prerrogativa de jurisdição e operação dos estados nacionais.

Ao lado disso, desde os anos 90, nenhum tratado a respeito de risco internacional de moléstias contagiosas contém regras com previsão de compensar danos causados a outros países, e o IHR/2005, principal documento normativo internacional a respeito de questões de saúde também não contém disposições nesse sentido, e somente determina obrigações de notificação e de atuação aos países membros [50].

Do mesmo modo, o IHR/2005 não atribui poderes à OMS para impor responsabilidade aos estados por descumprimento de suas disposições, restando aos estados nacionais a faculdade de acionar os mecanismos de solução de controvérsias, nos termos do art. 56 do regulamento, para apuração de responsabilidade ou eventual compensação, através dos

48. Villareal, 2020
49. Garcia, p. 277
50. Fidler, 2020

tradicionais procedimentos de negociação, mediação ou arbitragem. Entretanto, não existe referência de qualquer causa dessa natureza nas relações internacionais [51].

De outra forma, resta a remota possibilidade de pessoas privadas ou entidades não governamentais de acionarem cortes de direitos humanos, em busca de apuração de responsabilidade, naturalmente com fundamento das disposições humanistas internacionais.

Desse modo, resta fortalecida a prerrogativa dos estados nacionais de diligenciar a proteção de suas populações em nome de segurança sanitária social, inclusive através de controle de fronteiras, considerando a ausência de disposições normativas internacionais efetivas que admitam a eventual intimação ou imputação de responsabilidade a algum estado por descuido ou omissão quanto a riscos de propagação de moléstias contagiosas a partir de seu território.

Nesse sentido, o conceito de seguridade humana desde os anos 90 assume sentido amplo, para incluir também o conceito de seguridade sanitária, que pode ser entendido como a necessária proteção contra riscos e ameaças à saúde pública, que são de amplo espectro e não respeitam fronteiras [52].

Cabe ressaltar que o controle de fronteiras somente se justifica na dependência do tipo de contaminação que dissemina a moléstia. Por isso, quando do auge da epidemia da AIDS, houve resistência contra ao impedimento de viagens de pessoas portadoras do vírus HIV, uma vez que essa restrição não assumia fundamento razoável, considerando as características de contaminação perfeitamente controláveis que a moléstia oferece [53].

51. VillareaL, 2020
52. Garcia, p. 278
53. Idem, p. 292

A regulação internacional em favor de ação coordenada de estados e outras entidades contra a propagação do coronavirus pode vir a ser editada a partir do Conselho de Segurança da ONU, como ocorreu em 2014, com a emissão da Resolução nº 2177 [54], que convocava os esforços de todos os países membros (Itens 7 a 11) ao enfrentamento conjunto da crise do ebola, mencionando disposições do IHR/2005.

A Resolução nº 2177 reconhecia que a disseminação descontrolada daquela moléstia se revelava como questão de saúde pública que sinalizava ameaça à paz e segurança internacional (Preâmbulo), por se tratar de moléstia sem precedentes, de notificação obrigatória pela capacidade de transpor fronteiras, e com potencial de exceder à eficácia da resposta dos estados, trazendo inquietação civil, tensão social e instabilidade de segurança [55].

A Resolução nº 2177 obteve aprovação unânime dos membros do Conselho mas não trazia regras de controles de fronteiras para os estados membros, e mesmo recomendava que as diligências nacionais não oferecessem restrições de viagens e ao comércio (Item 4). Contudo, uma eventual resolução do Conselho de Segurança da ONU nesse sentido, na atual crise do coronavirus, seria de obediência obrigatória pelos membros da ONU, e seu descumprimento acarretaria eventual imputação de responsabilidade e obrigação de compensação a terceiros.

Resta lembrar, porém, que, na crise do ebola, a contaminação se espalhava a partir de países africanos, enquanto que, na crise atual, a contaminação se originou na China, isto é, um dos cinco membros permanentes do Conselho, com poder para obstruir a edição de uma

54. Security Council resolution 2177 (2014) Peace and security in Africa

55. Gaver, Perera, 2020

resolução que prejudique ou ameace seus interesses.

No Mercosul os países emitiram uma declaração conjunta em março 2020 [56] no intuito de facilitar o retorno dos nacionais a seus países, regular as peculiaridades das populações de fronteira, e reduzir obstáculos à circulação de bens e serviços de primeira necessidade e relativos à saúde, e em seguida os membros fecharam as fronteiras por iniciativa própria uma vez que essa ação não contraria o ordenamento normativo do bloco. Em adendo, a Argentina suspendeu de modo unilateral suas negociações no âmbito do Mercosul até o final da crise, para fins de melhor cuidar de sua economia interna.

Todavia, a interposição de barreiras de livre circulação nas fronteiras entre os países do Mercosul tende a dificultar a integração espontânea que ocorre nessas regiões, onde estrangeiros dos países vizinhos e brasileiros residentes nesses países utilizam o SUS – Sistema Único de Saúde brasileiro [57] .

Por sua vez, permanecem vigentes os acordos bilaterais [58] de controle sanitário de fronteiras entre Brasil e os demais membros do bloco do mercosul, o Uruguai (1969), o Paraguai (1971) e a Venezuela (1982), atualmente suspensa, exceto com a Argentina, com a qual existe um acordo desse conteúdo apenas para localidades vinculadas de fronteiras.

Dessa forma, observa-se que as diligências dos estados nacionais de restrição de circulação nas suas fronteiras terrestres, marítimas ou aéreas, orientadas por necessidade de controle de segurança sanitária, não ultrapassam suas prerrogativas correntes de soberania no direito internacional, mesmo quando disponíveis por exceção, a exemplo das regras peculiares da União Européia.

56. Declaração dos presidentes dos países do Mercosul sobre coordenação regional de contenção e mitigação do coronavirus e seu impacto

57. Lima, p. 190

58. Ministério da Saúde, Brasil

Denote-se ainda que essas restrições estatais na atual crise, ainda que unilaterais, ocorreram involuntariamente de modo coordenado, na medida que todos os países as aplicam uns aos outros pelos mesmos motivos e segundo a gravidade de suas circunstâncias, e então não violam ordenamentos normativos internacionais sensíveis, como o sistema de direitos humanos, porque entre esses direitos se encontra justamente o direito á saúde, que pode vir a ser até melhor resguardado a partir das ações coordenadas dos estados nacionais.

## 6. Efeitos mediatos da crise do coronavirus na globalização e na livre circulação entre fronteiras

A crise coronavirus se impõe como efetiva crise de saúde global, e as diligências restritivas de todos os aspectos na contenção da propagação da moléstia produzem efeitos imediatos e mediatos na dinâmica sócio-econômica. Os efeitos imediatos decorrem dos procedimentos de isolamento e distanciamento social que resultaram na paralisia parcial das economias nacionais e dos negócios globais, o que afetou severamente até os países mais poderosos, e o efeito mediato será a necessidade de programas consistentes de recuperação econômica e incentivo às atividades empresariais mais prejudicadas.

Da mesma forma, a crise de saúde induziu iniciativas imediatas dos estados nacionais no sentido de restrições à liberdade de circulação em suas fronteiras, a exemplo do bloqueio das viagens aéreas e do turismo, e podem evoluir para efeitos mediatos que retardem ou dificultem a retomada da liberdade de locomoção de pessoas e mesmo de bens e serviços aos níveis anteriores da crise, ainda que com segregações apenas regionais.

Nessa expectativa, cabe recordar a tendência já vislumbrada no

mundo ocidental de redução do livre movimento de pessoas e de comércio, em razão do enfrentamento das crises migratórias, das ações terroristas, a busca de reequilíbrio nas relações comerciais com a China, a diretriz de bilateralismo em substituição ao multilateralismo, e a rejeição ao pretenso 'globalismo' entendido como um elenco de obrigações prescritas a partir de um virtual centro de governança global, adverso à natural liberdade de atuação inerente aos estados nacionais na comunidade internacional.

Por outro lado, a guinada em direção do bilateralismo sugere privilegiar o incremento de obrigações de conteúdo contratual nas relações internacionais pelos estados nacionais dominantes, e redução do prestígio às obrigações de conteúdo convencional, considerando a classificação neorealista de Krasner [59] para as tensões que afetam a idéia clássica de soberania.

Essa tendência sinaliza o possível final de uma etapa das relações internacionais que poderia ser descrito como o encerramento da fase pós-Guerra Fria evoluindo para uma forma mais limitada de globalização, que não seria encerrada mas transformada [60].

Nessa percepção, o processo de globalização instaurado de modo inexorável a partir dos anos 80 teria atingido seu ápice em 2008, quando da crise financeira americana, e nesse caminho deixou um rastro de outras crises financeiras nos anos 90, crises fiscais nos países emergentes, e crises de saúde decorrentes de epidemias mais ou menos espalhadas pelo mundo pela SARS, gripes suína e aviária, ebola, zika e MERS, e por fim o covid-19 [61].

59. Fernandes, p. 104. Classificação de Stephen D Krasner para os desvios voluntários da soberania internacional, na qual o exemplo de obrigações convencionais ocorre nas declarações de direitos humanos da ONU e outras, destinadas a exercer efeito interno nos estados, e as obrigações contratuais seriam os tratados entre estados voltados a regular uma relação externa especifica de interesse comum, sem efeito no ordenamento interno.

60. Fontaine, 2020

61. idem

Por sua vez, a crise do coronavirus salientou a traiçoeira dependência de todos os países em geral da capacidade industrial da China. A crise chegou no ocidente um pouco antes do vírus, quando diversos setores econômicos passaram a sofrer redução de atividade em razão da escassez de insumos, sobretudo eletrônicos, vindos da China, primeiro país afetado e parcialmente paralisado pelas restrições de movimento impostas pelo seu governo.

Essa dependência revela aos governantes ocidentais o risco de segurança de todos os tipos a que estão sujeitos seus países e suas populações perante uma eventual mudança de rumo ou de ritmo da economia chinesa, ainda quase que inteiramente voltada para alimentar o funcionamento da economia ocidental, o que demanda a revisão das relações de longo prazo entre as duas regiões [62].

Outra perspectiva que sugere uma eventual transformação na globalização decorre da constatação de que, malgrado o mundo globalizado e a movimentação dos organismos internacionais, em verdade, as respostas às crises globais são efetivamente definidas pelos aparatos institucionais e recursos dos estados nacionais.

Na União Européia, modelo de região mais 'internacionalizada' do planeta, a crise do coronavirus resultou justamente no esvaziamento da identidade européia uma vez que os europeus voltaram-se expectantes para as ações de seus governantes nacionais e não para as lideranças européias de Bruxelas, sugerindo incerteza quanto à efetiva capacidade do processo europeu em assegurar apoio político dos povos do continente [63].

De modo sincrônico, cada país europeu tratou de atender a sua própria população exercendo a autonomia de suas estruturas nacionais de

62. Mohan, 2020

63. Wiseman, 2020

saúde, uma vez que saúde pública não consiste em competência específica da União Européia [64].

Nesse contexto, não há de surpreender do ressurgimento de uma Europa menos 'globalizada', isto é, mais restritiva nas relações com outras regiões mundiais e mais concentrada nas relações internas, sinalizando o fim da era do 'borderless world' [65].

Ao mesmo tempo, a integração do continente europeu passa a ser conduzida com reforço dos estados nacionais europeus, para estipular restrições à liberdade de locomoção e de residência de pessoas, mesmo para com os cidadãos comunitários, fortalecendo a funcionalidade das fronteiras, que na verdade nunca deixaram de existir, como meio de controle desenhado para segregar exclusão, detenção e privilégio [66].

Na América do Sul, os acontecimentos recentes insinuam o mesmo roteiro, quando se verifica a dissolução da Unasul, projeto politico de integração do continente, com viés de atração ao restante da américa latina, e as possíveis reformulações no Mercosul, no intuito de facilitar as relações internacionais bilaterais dos membros que implica no enfraquecimento dos objetivos do bloco.

## 7. Considerações finais

A experiência da pandemia do covid -19 causará uma importante revisão dos padrões de funcionamento dos serviços de saúde em todo o mundo, liderados pelas ações dos países desenvolvidos, o que exigirá inevitavelmente que mecanismos e recursos para a rápida mobilização

64. Grose, 2020
65. Mohan, 2020
66. Mégret, 2020

permaneçam disponíveis nos casos em que ameaças de novos eventos semelhantes venham a surgir.

Outra ação afetará as estruturas de pesquisa médica em favor de programas permanentes de longo prazo, com ampla cobertura sobre possíveis patógenos e não orientada pela viabilidade do investimento. Também será necessário compor estruturas de prevenção e técnicas procedimentais abreviadas, que possam ser mobilizadas nos casos em que os incidentes de saúde exijam esforços intensivos para impedir a propagação de doenças contagiosas.

As iniciativas soberanas e unilaterais dos estados nacionais em cerrar suas fronteiras e limitar a circulação de pessoas com justificativa na necessidade de controle sanitário, embora desbordem das instruções das normas de saúde internacionais, não violam nenhum princípio sensível do sistema de direitos humanos internacionais, e concorreram em favor dos esforços dos organismos internacionais de monitorar e superar a propagação da moléstia, uma vez que os instrumentos e equipamentos existentes para o enfrentamento material da crise estão disponíveis apenas nas estruturas públicas e privadas existentes nas sociedades nacionais.

Os processos de globalização e integração desenvolvidos desde o final do século 20 mostram-se incapazes de oferecer uma alternativa mais vantajosa para as sociedades humanas, do que as tradicionais estruturas nacionais independentes, no que diz respeito a suas necessidades essenciais como a saúde. Em adendo, o excesso de globalização, além de servir como fator de aceleração da contaminação das populações, findou por causar agravamento da insuficiência de respostas à crise em andamento, com a múltipla demanda dos mesmos insumos hospitalares dirigida para o mesmo e restante fornecedor disponível no planeta.

A recente crise de saúde e sua duração parece ser capaz de determinar

um novo marco de transformações nas sociedades contemporâneas, e refrear os processos comunitarização global em curso desde o início do século 21, inclusive no revigorar dos limites de circulação transfronteiriço de pessoas.

## 8. Referências

ABDEREMANE, Karine. La responsabilité em matiére de libre cisculation des personnes dans l'Union Europeenne. In União Européia e Mercosul: responsabilidades em debate, p. 433-460. Org. Saulo José Casali Bahia. Salvador: Paginae, 2015

ARBUET-VIGNALI, Heber. Claves Jurídicas de la Integración: en los sistemas del Mercosur y la Unión Europea. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

AMIGORENA, Santiago. La covid-19 à long terme nesera qu'une maladie de plus. Paris: Le Monde, 28Avril2020.<acess 05.01.2020>

BAUMAN, Zygmunt. Globabização: as consequências humanas, trad, Marcus Penchel. Rio de Janeiro, Zahar, 1999.

FERNANDES, José Pedro Teixeira. Teoria das Relações Internacionais: da abordagem clássica ao debate pós positivista. Coimbra: Almedina, 2009

FIDLER, David. Covid 19 and International Law: must China compensates countries for the damage? March 27, 2020. www.justsecurity.org <acesso 14.05.2020>

FONTAINE, Richard. Globalization will look very diferente after coronavirus epidemic. April 17, 2020. https://foreignpolicy.com <acesso 14.05.2020>

GARCIA, David Bondia. La exigibilidade del derecho a la salud em situaciones de crisis sanitárias. In El Derecho internacional de los derechos humanos em períodos de crisis: estudios desde la perspectiva de si aplicabilidade, p. 265-297. Eds. Jordi Bonet Perez/Jaume Saura Estapà. Madrid: Marcial Pons, 2013.

GATES, Bill. Bill Gates tem um plano detalhado para nos tirar da crise da saúde. Entrevista ao site Vox reproduzida no site www.uol.com.br/tilt. Gabriel Francisco Ribeiro 29.04.2020.<acess 05.01.2020>

GAVER, Craig D. PERERA, Nishadee. Will the UN Security Council act on Covid-19?. In COVID-19 and International Law – Opinio Juris Symposium. Eds. Barrie Sander,Jason Rudall. Blog <opiniojuris.org> March-April, 2020. <acesso 22.05.2020>

GROSE, Thomas K. Coronavirus tests Europe's open borders. March 02, 2020. www.usnews.com <acesso 14.05.2020>

GRANILLO OCAMPO, Raul. Direito Internacional Público da Integração. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

HOMEM, Antonio Pedro Barbas. História das Relações Internacionais: o Direito e as concepções políticas na Idade Moderna. Coimbra: Almedina, 2003.

KELSEN, Hans. Princípios do Direito Internacional. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LANIADO, Ruthy Nadia. Territórios, Fronteiras Nacionais e Cidades Cosmopolitas na Globalização. In O Brasil e a Cooperação Sul-Sul: dilemas e desafios da América do Sul, p. 35-47. Org. Denise Vitale/Elsa Sousa Kraychete. Salvador: EDUFBA, 2016.

LIMA, Efson Batista. A construção da cidadania social comunitária do direito fundamental de acesso à saúde no âmbito do Mercosul e da Unasul. In União Européia e Mercosul: responsabilidades em debate, p. 173-194. Org. Saulo José Casali Bahia. Salvador: Paginae, 2015

MASSAD, Eduardo. Coronavirus pode ser só 'ensaio' de uma próxima grande pandemia, diz médico e matemático da USP. Entrevista a Monica Manir, BBC News Brasil, 05Maio2020,<acesso 05.05.2020>

MÉGRET, Fréderic. Returning 'Home' – Nationalist International Law in the time of the coronavirus. In COVID-19 and International Law – Opinio Juris Symposium. Eds. Barrie Sander, Jason Rudall. Blog <opiniojuris.org> March-April, 2020. <acesso 22.05.2020>

MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito Internacional Público, vol I, 12ªed. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2000.

MERCOSUL. <mercosur.int/pt-br/>, <acesso em 01.06.2020>

MINISTÈRIO DA SAÙDE. < saúde.gov.br/assessoria-internacional/relações-bilaterais/>, acesso em 01.06.2020>

MOHAN C Raja. Sovereignty is back: solidarity is under stress, will need to be reinvented. April 07, 2020.https://indianexpress.com <acesso em 14.05.2020>

NAÇÕES UNIDAS.< un.org/securitycouncil/>, <acesso em 01.06.2020>

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – RSI – Regulamento Sanitário Internacional, 2005. www.portal.anvisa.gov.br, <acesso 01.06.2020>

POLLEIT, Thorsten. A diferença básica entre globalismo e globalização econômica: um é o oposto do outro. 01Março2017. www.mises.org.br <acesso 22.05.2020>

PREBIANCA, Leticia. Livre Circulação de Pessoas e Cidadania da União Européia. In Integração e Cidadania Européia, p. 144-163. Org. Thomas Richter/ Rainer Schmidt. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza. A cruel pedagogia do vírus. Coimbra: Almedina, 2020.<acesso em 01.05.2020>

VILLAREAL, Pedro. Can they really do that? States obligations under the international health regulations in light of covid-1, Part I, Part II. In COVID-19 and International Law – Opinio Juris Symposium. Eds. Barrie Sander, Jason Rudall. Blog <opiniojuris.org> March-April, 2020. <acesso em 22.05.2020>

WISEMAN, Oliver. Will we meet again? The coivd 19 crisis is testing european unity to breaking point. April 08, 2020. www.city-journal.org <acesso em 14.05.2020>

ZIELONKA, Jan. Has the coronavirus brought back the nation-state? March 26, 2020. www.socialeurope.eu <acesso em 14.05.2020>

# 26

# A Necropolitica e a Escolha de Sofia: A Judicialização como Instrumento de Garantia dos Direitos Fundamentais

**MATHEUS CARNEIRO CARDOSO DA FONSECA**

**DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR**

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A escolha de Sofia e a autonomia médica; 3. A Pandemia e a Necropolítica; 4. A judicialização como instrumento de garantia dos direitos fundamentais; 5. Considerações finais; 6. Referências.*

## 1. Introdução

Em dezembro de 2019 o mundo viu o surgimento de uma infecção por um novo tipo de vírus desconhecido, oriundo da cidade de Wuhan na China. O patógeno foi identificado como (2019-nCovid), ou como é popularmente conhecido por Covid-19. Em pouco tempo a infecção se espalhou pelo mundo, gerando medo e insegurança na população. A Organização Mundial de Saúde - OMS (World Health Organization-WHO), na data de 11 de março de 2020, decretou a Pandemia [1] ocasionada pelo COVID-19.

Em meio a uma preocupação mundial, o diretor geral da OMS, Tedros

1. World Health Organization. WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19-11 March 2020. 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 05/06/2020.

Adhanom Ghebreyesus [2], declarou: "Pandemic is not a word to use lightly or carelessly. It is a word that, if misused, can cause unreasonable fear, or unjustified acceptance that the fight is over, leading to unnecessary suffering and death.". A Pandemia de Covid-19 começou a ser tratada com seriedade por parte dos Países ao redor do mundo e o medo por conta da nova doença se propagou.

O termo Pandemia [3] tem sua origem no grego "*pandemías*". Significa "todo o povo" e sendo representada pela junção dos elementos gregos: "pan" (todo, tudo) e "demos" (povo). A pandemia seria o agravamento de uma epidemia e ocorre quando uma epidemia se espalha geograficamente, saindo do seu lugar de origem e contaminando todo o mundo. Na Pandemia já não se sabe com clareza onde estão ocorrendo as infecções, pois começam a eclodir diversos focos da doença, sendo necessário uma rápida resposta dos órgãos de saúde ao redor do mundo para conter essa propagação.

No Brasil, o Ministério da Saúde [4] declarou, em 20 de março de 2020, a transmissão comunitária nacional do novo coronavírus. A transmissão comunitária significa que a infecção do patógeno está sendo disseminada de forma que não mais é possível se identificar o seu foco inicial, sendo, portanto, uma transmissão de pessoa para outra pessoa de forma comunitária. Nesse mesmo dia, o Senado Federal brasileiro, através do Decreto Legislativo nº 06, de 20 de março de 2020, reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), o estado de calamidade pública no Brasil.

Destarte, após o reconhecimento de Pandemia, se iniciou uma busca

2. Idem. "Pandemia não é uma palavra para ser usada de maneira leve ou descuidada. É uma palavra que, se mal utilizada, pode causar medo irracional ou aceitação injustificada de que a luta acabou, levando a sofrimento e morte desnecessários" (tradução livre dos autores).

3. Dicionário online de português. DICIO. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/pandemia/>. Acesso em 02/06/2020.

4. Diário oficial da união. Portaria n. 454 de 20 de março de 2020. Disponível em http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-454-de-20-de-marco-de-2020-249091587. Acesso em 02/06/2020.

para o tratamento adequado a essa nova doença. O Ministério da Saúde [5] lançou o novo protocolo de combate ao Covid-19, porém, até o presente momento, não há medicamento específico para o tratamento da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). O que se recomenda para casos graves seria a aplicação de medidas de suporte a vida, devendo ser implementadas com a internação em Unidade de Tratamento intensivo (UTI) e a intubação endotraqueal caso não haja resposta do paciente. O procedimento deve ser realizado por um profissional treinado e experiente, utilizando precauções para aerossóis.

Assim, pelo fato da doença ser altamente contagiosa, há grande preocupação de que considerável parte da população contraia o novo vírus, gerando um aumento na taxa de internação nos hospitais, podendo colocar todo o sistema de saúde em risco, entrando em colapso. Para se evitar o colapso do sistema de saúde se criou uma corrida do poder público e dos hospitais de todo Brasil em busca de aumentar o número de leitos de UTI e respiradores, visando a seguir o protocolo de tratamento indicado. De fato, conforme declarações do Ministro da Saúde à época, Luiz Henrique Mandetta [6] , o colapso do sistema de saúde é inevitável. Reflexo disso é a atual situação das emergências hospitalares, onde os médicos por não terem acesso às matérias adequadas no tratamento da COVID-19 e com a escassez de leitos de UTI e respiradores, precisam tomar uma difícil e trágica escolha: a escolha de Sofia. Deverão decidir em uma situação onde somente um paciente terá acesso ao tratamento e os demais irão ficar em uma fila, à espera de vaga ou de um milagre.

Em paralelo, começam a surgir discussões sobre a possibilidade

5. Ministério da saúde. Tratamento da covid-19. Disponível em https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/40195/2/Protocolo_Tratamento_Covid19.pdf>.Acesso em 02/06/2020.

6. ENTREVISTA, Mandetta, Luis Henrique. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/03/20/sistema-de-saude-entrara-em-colapso-no-final-de-abril-diz-ministro-da-saude.acesso em 02/06/2020.

do Estado em criar uma política pública excludente que irá determinar de forma sistematizada qual cidadão irá ter acesso ao tratamento e qual cidadão não terá acesso, devendo se tratar e morrer em casa. Trata-se de uma Necropolítica do Estado, visando a controlar quem deve viver e quem deve morrer. Os conselhos regionais de medicina de alguns Estados já elaboraram critérios objetivos que irão auxiliar o Estado e os médicos para decidir quem deve ter o tratamento em última instância, justificando e fundamento essa exclusão social.

O presente artigo visa a analisar a (im)possibilidade do Estado em criar políticas de exclusão de acesso à saúde por meio de uma necropolítica e como se dá o processo de escolha medica pela escolha de Sofia aos casos concretos que necessitem de uma aprofundada intervenção na hora de escolher o tratamento adequado ao paciente, bem como, utilizar a judicialização como uma ferramenta adequada visando a garantir a efetivação dos direitos fundamentais pelo poder judiciário.

## 2. A escolha de Sofia e a autonomia médica

A escolha de Sofia é uma expressão cunhada pelo escritor romancista William Styron em sua obra: A escolha de Sofia (Sophie's Choice). A narrativa se passa no período da Segunda Guerra Mundial, onde a sua protagonista Sofia Zawistowka é presa no campo de concentração de Auschwitz junto com seus filhos e é forçada por um soldado Nazista a fazer uma terrível escolha que irá acompanha-la pelo resto de sua vida: deve escolher entre seus filhos qual deve viver ou se ambos morrerão, impondo uma escolha na qual deve decidir se um filho irá para câmara de gás ou ambos irão morrer.

Neste contexto apresentado, a "escolha de Sofia" é uma expressão adaptada que exemplifica a necessidade de se adotar uma decisão difícil,

sob pressão e enorme sacrifício pessoal. Na medicina, ela é utilizada quando o médico, diante de uma situação de extrema urgência e com recursos médicos escassos, deve escolher quais pacientes irão receber tratamento e quais pacientes somente irão receber cuidados paliativos.

Em uma situação onde o médico deverá escolher quem vive e quem morre, dentro de sua autonomia médica, aplicando os recursos a quem ele elegeu como o mais indicado ao único tratamento disponível.

Durante a pandemia de Covid-19, este tema se tornou recorrente em todo mundo, devido à escassez de UTIs disponíveis e aparelhos respiradores, impondo ao médico a difícil escolha de decidir qual paciente deve ter acesso ao tratamento e qual paciente deverá morrer na fila de espera.

No Brasil, a discussão sobre a escolha de Sofia se intensificou entre a comunidade médica durante a pandemia de Covid-19, gerando a criação de protocolos de escolha por parte dos Conselhos Regionais de Medicina, a exemplo do conselho de Pernambuco, no qual adota alguns critérios que devem ser observados pelo médico na hora de se iniciar o tratamento através da recomendação CREMEPE [7] **nº 05 /2020.**

Nessa recomendação, em seu art. 3°, fica definido que caberá à autoridade sanitária definir o início, duração e gradação do ponto de corte de utilização do Escore Unificado para Priorização (EUP-UTI), devendo ser observado a necessidade de adequação dos quantitativos de leitos à demanda existente.

O escore consiste na utilização de diversos indicativos para medir as condições físicas do paciente, emprega a combinação do SOFA (Sequential Organ Failure Assessment) simplificado, Índice de Comorbidades de

7. Recomendação CREMEPE nº 05 /2020. Disponível em < https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/recomendacoes/pe/2020/5>. Acesso em 02/06/2020.

Charlson (ICC) , Clinical Frailty Scale (CFS) e performance status de Karnofsky, para definir a pontuação de acesso a leitos de terapia intensiva, assistência ventilatória e paliação, como meio de hierarquização da gravidade dos pacientes, na ausência absoluta de leitos suficientes para atender a demanda terapêutica.

Cria-se, então, um ponto de corte com base em um escore para se definir quais pacientes terão tratamento e quais não terão a mesma "sorte", transferindo a responsabilidade de início, duração e gradação para o Estado. Inclusive, no próprio site do CREMEPE, pode ser encontrada uma calculadora [8] do Escore Unificado para Priorização em Unidades de Terapia Intensiva, onde o médico ou a autoridade sanitária precisa completar a tabela e decidir quem deve viver ou morrer, literalmente um jogo da morte.

Dessa forma, por meio desta recomendação do CREMEPE, podemos entender que é transferida de forma indevida a autonomia médica para o Estado, ou município na forma de sua autoridade sanitária, para definir, o início, a duração e o término da aplicação do escore. Essa transferência viola nitidamente o próprio código de ética médica, ao restringir a escolha do profissional de medicina em aplicar metodologias duvidosas de escore de doenças, operando um verdadeiro retrocesso cientifico.

Compete única e exclusivamente ao profissional médico a escolha do tratamento adequado ao seu paciente. Neste sentido, cabe invocar o Código de Ética Médica do CFM, em seu "capitulo I – Princípios fundamentais", no qual determina que o médico exercerá sua profissão com autonomia e em nenhuma circunstância ou pretexto renunciará a sua liberdade profissional que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho:

8. Calculadora de score CREMEPE. Disponível em http://www.medicinapecovid19.com.br/ Acesso em 02/06/2020.

> *VII – O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.*
>
> *VIII – O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.*

Outrossim, o Código de Ética Médica veda expressamente que alguma disposição estatuaria, regimental ou contratual poderá limitar o poder de escolha do médico para pôr em pratica os diagnósticos e a execução do tratamento cientificamente reconhecidos.

> *XVI – Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, dos meios cientificamente reconhecidos a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente.*

Concluindo, o Estado e o Conselho regional de medicina não podem criar impedimentos para o livre exercício da atividade médica em escolher qual o tratamento mais adequado ao seu paciente. A "escolha de Sofia", se a tanto se chegar, só pode ser feita pelo médico que efetivamente se encontrar diante de uma situação de vida ou morte do seu paciente e deve decidir de acordo com suas convicções, para determinar naquele momento qual o melhor tratamento ao seu paciente.

## 3. A Pandemia e a Necropolítica

O termo necropolítica foi criado pelo filosofo Achille Mbembe [9] em sua obra Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. O termo [10] consiste em uma crítica ao modelo de administração do Estado, pautado na escravidão do ser, onde o homem escravizado tem uma perda tríplice em sua forma de existência, ele perde seu lar, seu corpo e sua política, se tornando um objeto nas mãos do Estado e tem a sua morte legitimada como um ato cerimonial.

Tem-se, então, a manifestação do poder da soberania com o Estado legitimado na faculdade de matar e em contraposição justo direito de sobrevivência do cidadão. Surge a manifestação política que representa a própria morte, em uma política pública fundamentada e justificada. [11]

Ao aplicar o conceito de necropolítica na realidade atual do Brasil em Pandemia do Covid-19, observa o Estado impondo regras de restrição ao acesso de tratamentos médico-hospitalar com base em critérios de escore, idade e doenças preexistentes, para definir de uma forma sistematizada quais pacientes devem viver ou morrer. Ao adotar tais medidas, representa a manifestação de uma política pública pautada tão somente na morte, deixando de lado o dever do Estado de zelar pela sua população e entregar um sistema de saúde pública adequado às necessidades do povo.

O direito à saúde está assegurado na Constituição Federal de 1988 , em cujo artigo 196 prescreve imperativamente que "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

9. MBEMBE, Achille. Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. São Paulo: N-1 edições, 2018.
10. MBEMBE, Achille. *Necropolítica*: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. São Paulo: N-1 edições, 2018. p.27.
11. Idem.p.16.

e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

Fica evidenciado que é dever do Estado prestar o adequado serviço de saúde a sua população, sendo inclusive reconhecido como um direito social [12], um direito de todos o acesso universal à saúde.

Ademais, mesmo o pior criminoso, autor do crime mais hediondo possível, jamais poderia ser condenado à morte pelo Estado, pois existe a vedação constitucional à pena de morte [13]. Neste contexto, quando se nega o atendimento médico necessário ao cidadão em situação de emergência, o Estado está condenando o sujeito a morte. Quando se criam politicas públicas, chanceladas pelos órgãos de classe médica, onde se utilizam de critérios excludentes para definir quem deverá morrer ou viver, com base tão somente em sua idade e doenças preexistentes, se cria um Estado de exceção, pautado em uma política da morte, uma necropolítica. Essa decisão, crucial para a vida de um paciente, deve ser tomada única e exclusivamente pelo médico, definindo qual tratamento médico adequado ao paciente, garantindo a sua autonomia médica, necessária para o livre exercício profissional.

## 4. A judicialização como instrumento de garantia dos direitos fundamentais

Quando o Estado falha em garantir o acesso à saúde por via do seu Poder executivo, seja não criando políticas públicas de acesso a saúde, ou, quando existentes, não proporciona a efetiva execução e implementação dessas políticas, a única solução que resta ao cidadão é buscar suas garantias constitucionais através do Poder Judiciário.

12. Idem. Art.6°.

13. Idem. Art. 5°. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasilTeiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

Apresenta-se o fenômeno da judicialização como uma situação na qual o Poder Judiciário deverá decidir o controle e a aplicação das políticas públicas, dentro de um devido processo judicial, operando com as ferramentas jurídicas da interpretação e aplicação da Constituição e das leis em geral.

CUNHA JÚNIOR [14] , explica que tal fenômeno de atribuição do juiz é uma exigência da sociedade contemporânea que vem reclamado uma maior celeridade na efetivação dos preceitos constitucionais e na defesa dos direitos humanos. Tal fenômeno tem propiciado um crescente reconhecimento do controle judicial das políticas públicas.

Embora MONTESQUIEU [15] tenha delimitado no seu livro o espírito das leis a separação tríplice dos poderes do Estado em legislativo, executivo e judiciário, também apresentou mecanismos de interferências recíprocas na fórmula de *checks and balances*, conhecida como freios e contrapesos. Entretanto, o que de fato caracteriza a independência entre órgãos do poder político não é a exclusividade no exercício de funções e sim a predominância no seu desempenho. Assim, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário têm atribuições predominantes típicas de suas funções e atribuições atípicas que são realizadas subsidiariamente. Por exemplo, é função primária do executivo a administração pública; porém, permite-se, de forma subsidiaria, que o executivo legisle, criando e editando seus atos normativos, com os decretos e medidas provisórias.

Desta forma, quando surge a figura de um juiz constitucional, decidindo se determinada política pública deve ou não ser aplicada em um caso concreto, de sorte não estamos diante de uma invasão de competência legislativa ou até mesmo executiva. Neste caso, apresenta-se a figura da

14. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais.p.3.

15. MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. O espirito das leis. E. ed. Trad. Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 2000

politização do juiz, assim explicada por CUNHA JÚNIOR:

Essa politização do juiz é o resultado de sua alta independência e criatividade. Juiz politizado, porém, não significa juiz imparcial, apartado da lei e substituto da política. O juiz-político continua imparcial e não cede as pressões de grupos e partidos; continua limitado e vinculado à Constituição, de modo que sua politização é tão-somente expressão, numa sociedade complexa, de um aumento das possibilidades de escolha e decisão, e não de um processo de negação ou recusa da legalidade constitucional; continua, enfim, a cumprir a sua precisa função constitucional. [16]

Outrossim, diante de uma situação de injustiça social, o poder Judiciário, ao ser provocado pelo cidadão ou por organizações sociais, pode e deve oferecer proteção ao indivíduo e à sociedade, ao decidir se determinada política pública deverá ser aplicada ou não. A sociedade cobra do judiciário essa resposta e tem a figura do juiz constitucional como um garantidor para a construção do Bem-Estar social, tendo em vista que a efetivação dos novos direitos sociais tornam os juízes corresponsáveis pela realização das políticas públicas dos outros Poderes [17] .

CAPPELLETTI [18] demonstra que efetivamente o juiz-político é chamado para interpretar, e de certa forma esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro irá criar *ex novo* o direito, mas isso por si só não significa que seja um legislador.

Ora, se o Estado quer adotar uma política pública da morte, visando a excluir determinados cidadãos de buscar o acesso à saúde, passando por cima da autonomia médica e criando um Estado de exceção, nesse caso o Poder Judiciário deve ser o guardião da Constituição Federal e do pacto

16. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais, p. 8.
17. Idem. p. 14
18. CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, Editor,1993.

social, garantindo o acesso à saúde de todos os cidadãos, indistintamente, sem que sejam adotados critérios preconceituosos de exclusão. O papel do juiz constitucional é fundamental para decidir de forma justa a aplicação ou não de determinada política pública, buscando a pacificação e o Bem-Estar social.

## 5. Considerações finais

Observou-se que, com a propagação do surto da Pandemia de Covid-19, ocorreu uma corrida aos postos de saúde e hospitais, com a população buscando o tratamento para a atual infecção. Nesse cenário, invariavelmente houve uma escassez de recursos nos hospitais, tais como leitos de UTIs e respiradores, levando ao caos e o colapso no sistema público de saúde.

O médico, ao se deparar com a difícil decisão entre quais recursos serão utilizados e quais pacientes deverão obter o tratamento, deverá fazer a "escolha de Sofia', utilizando-se de critérios científicos e de sua autonomia para decidir o caso concreto. Essa escolha deverá ser única e exclusivamente do médico, pois é o único profissional capacitado para decidir, em um momento de crise na saúde pública, qual tratamento é o mais indicado ao seu paciente.

Constatou-se que o Estado, legitimado pelos Conselhos Regionais de Medicina, começou a adotar uma política pública de exclusão de pacientes contaminados pelo Covid-19, criando uma necropolítica onde o Estado determina quem irá morrer ou viver. Essa determinação se pauta tão somente em uma suposta falência do sistema público de saúde em combater a crise, submetendo a população a uma má administração pública.

Deve o Estado garantir o acesso à saúde igualmente a toda população, pois esse é seu irrecusável dever constitucional.

Ao criar uma política de exclusão por questões de idade e doenças preexistentes, aplicando um escore para definir quem irá obter o tratamento médico, o Estado deixa de ser um Estado Democrático de Direito e se transforma em um Estado de exceção, onde a desigualdade é legitimada pelo poder público.

Surge a figura do juiz constitucional, apresentando-se como um contrapeso à execução das políticas públicas dissonantes com a ordem constitucional, visando a garantir a efetividade da aplicação da justiça social, assegurando que sejam respeitados todos os direitos fundamentais.

O judiciário, sempre que provocado, não pode se calar diante de manifesta injustiça e segregação social, devendo ser a ferramenta garantidora dos direitos fundamentais, dando a devida resposta que anseia à sociedade.

## 6. Referências

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art 196. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 02/06/2020.

Calculadora de score CREMEPE. Disponível em http://www.medicinapecovid19.com.br/ Acesso em 02/06/2020.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, Editor,1993.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional.* 14ª ed., Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

_____. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais. Revista da Faculdade Baiana de Direito.

Diário oficial da união. Portaria n. 454 de 20 de março de 2020. Disponível em http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-454-de-20- de -marco-de- 2020-249091587. Acesso em 02/06/2020.

Dicionário online de português. DICIO. Disponível em: <https://www.dicio.com.

br/pandemia/>. Acesso em 02/06/2020.

ENTREVISTA, Mandetta, Luis Henrique. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/03/20/sistema-de-saude-entrara-em-colapso-no-final-de-abril-diz-ministro-da-saude.acesso em 02/06/2020.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte*. São Paulo: N-1 edições, 2018.

Ministério da saúde. Tratamento da covid-19. Disponível em https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/40195/2/Protocolo_Tratamento_Covid19.pdf>.Acesso em 02/06/2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant, Baron de. *O espirito das leis*. E. ed. Trad. Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 2000

Recomendação CREMEPE nº 05 /2020. Disponível em < https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/recomendacoes/pe/2020/5>. Acesso em 02/06/2020.

World Health Organization. WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19-11 March 2020. 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 05/06/2020.

# 27

# O Programa Federativo de Enfrentamento a COVID-19 (Lei Complementar 173/2020)

**PEDRO LEONARDO SUMMERS CAYMMI**

*SUMÁRIO: 1. A COVID-19 e o Orçamento Público; 2. A Lei Complementar 173/2010; 3. Suspensão de Dívidas Federais; 4. Restruturação de Operações de Crédito; 5. Auxílio Financeiro; 6. Alterações na Lei de Responsabilidade Fiscal; 7. Conclusão; 8. Referências.*

## 1. A COVID-19 e o orçamento público

É fato notório que o mundo enfrenta uma situação de pandemia (epidemia que se espalha por vários países e continentes) provocada pelo novo agente viral de infecção respiratória denominado SARS-CoV-2, causador da doença COVID-19 (*Coronavirus disease 2019*) [1], com significativos impactos na ação do Poder Público.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou, desde 30 de janeiro de 2020, que a contaminação pelo novo coronavírus configura "emergência de saúde pública de interesse internacional". Na sequência, em 11 de março de 2020, a OMS alterou a classificação da crise para pandemia, já que a doença manifestada pela nova mutação do coronavírus, conhecida

1. "Coronavírus é uma família de vírus que causam infecções respiratórias. O novo agente do coronavírus foi descoberto em 31/12/19 após casos registrados na China. Provoca a doença chamada de coronavírus (COVID-19)". (https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:uiRKlsc7mDsJ:https://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/coronavirus. Acesso em 25/03/2020)

como Covid-19, atingiu diversos continentes do planeta, com transmissão sustentada entre as pessoas.

O Ministério da Saúde, já antes, havia declarado emergência em saúde pública de importância nacional (ESPIN) em decorrência da infecção humana pelo coronavírus, por meio da Portaria nº 188/GM/MS, de 4 de fevereiro de 2020. Diante da gravidade do tema, foi editada a Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, dispondo sobre medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, decorrente do coronavirus, objetivando a proteção da coletividade, e impondo diversas providencias para restrição de circulação de pessoas.

A administração federal, com o alastramento da contaminação e consequente agravamento da crise de saúde, reconheceu a necessidade de declarar estado de calamidade pública, encaminhando a Mensagem 93 ao Congresso Nacional, que ensejou o Projeto de Decreto Legislativo n. 88/2020, aprovado pela Câmara dos Deputados em 18.3.2020, e pelo Senado Federal em 20.3.2020.

As administrações públicas estaduais e municipais, por sua vez, vêm adotando medidas semelhantes, com o objetivo de prevenção da doença e proteção às comunidades locais (o governo do Estado da Bahia, por exemplo, editou diversos decretos nesse sentido, como o decreto 19.529, de 16 de março de 2020, alterado pelos decretos 19.532, de 17 de março de 2020, e 19.550, de 19 de março de 2020, além de muitos outros posteriores).

A nação brasileira vive um momento de extrema vulnerabilidade social e econômica em razão da rápida disseminação global da COVID-19. O cenário preocupante provocado pela pandemia implica, ao mesmo tempo, em (a) restrições à atividade econômica regular e (b) aumento dos gastos públicos com a função pública saúde.

A quarentena ou recolhimento voluntário, inegavelmente, afeta a atividade econômica, com reflexos diretos na arrecadação pública, especialmente por conta dos tributos sobre consumo e circulação.

Sendo a principal receita pública o tributo [2], e sendo este um gravame que transfere parte da riqueza obtida na atividade privada para o Estado, a redução desta atividade sensivelmente diminui as possibilidades financeiras dos entes federados, que passam a conviver com inevitáveis restrições orçamentárias.

Neste mesmo período, por conta das medidas médico-sanitárias de enfrentamento à pandemia, se estima um aumento expressivo da demanda por atendimento hospitalar, além de diversas outras despesas públicas extraordinárias, que terão que ser realizadas para atender a demanda excepcional por serviços públicos de saúde e assistência social correlatas.

Perceba-se que não só os gastos com a função pública saúde serão elevados, mas, também, despesas expressivas com assistência social e até mesmo com educação, decorrente dos auxílios financeiros a alunos carentes no período de fechamento das escolas, sem falar na necessária política de amparo e fomento à atividade econômica.

É inegável que cabe ao Poder Público o papel de protagonista do enfrentamento da pandemia, mesmo porque a proteção à saúde é um dos direitos fundamentais do cidadão previstos na CF-88 (arts.196-200), e dever inegável do Estado como "um dos agentes de satisfação das necessidades humanas, representando, assim, os homens congregados coletivamente desenvolvendo um esforço para atender às necessidades decorrentes da vida em sociedade, ou seja, da própria convivência [3] ".

2. **Klaus Tipke** lembra que "el Estado, fundado en la propriedad privada de los medios de producción, está obligado a sostener principalmente mediante impuestos las cargas financieras exigidas para el cumprimiento de sus funciones". (TIPKE, Klaus. **Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes**. Madrid: Marcial Pons, 2002, pp.27)

3. BRITO, Edvaldo. Atividade financeira do Estado. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva *et alli* (coord.). **Tratado de Direito Financeiro**, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2013, pp.49.

Ao mesmo tempo, tais medidas implicam em inevitáveis *custos adicionais*, em um período, como visto, de *queda de arrecadação*, em um quadro de redução das receitas públicas regulares, e do pouco espaço econômico para instituição de receitas extraordinárias, diante do achatamento da atividade econômica e do iminente quadro de recessão.

Neste momento, é preciso eleger prioridades para os gastos públicos, não só dentro da função *alocativa* do orçamento, mas também se entendendo que o grave momento de crise mundial exige a adoção de escolhas mais radicais, em que se deve, dentro da ontológica *escassez* dos recursos econômicos, concentrar excepcionalmente esforços nos serviços públicos de saúde e assistência social.

Os recursos públicos são finitos, e, por isso, devem ser reservados para as ações emergenciais de saúde e assistência, pois, como lembram **Stephen Holmes** e **Cass Sunstein**, "garantir direitos é distribuir recursos", já que "os direitos são bens públicos, serviços sociais pagos pelo contribuinte e administrados pelo governo, cujo objetivo é aperfeiçoar o bem-estar coletivo e individual" [4] .

## 2. A Lei Complementar 173/2010

Diante desse quadro, o projeto de lei complementar originariamente concebido como o "Plano Mansueto" (PLP 149/2019 [5] ), em referência ao seu idealizador e então Secretário do Tesouro Nacional, Mansueto Almeida, foi convertido no "Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavirus".

O que era um "Plano de Promoção do Equilíbrio Fiscal", com a imposição, aos Estados e Municípios, de severo ajuste fiscal em troca de

4. HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass. **O custo dos direitos:** por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Martins Fontes, 2019, pp.91; 35.

5. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2206395. Acesso em 25/03/2020.

acesso facilitado ao crédito federal [6], se tornou a Lei Complementar 173, de 27 de maio de 2020, que prevê a entrega de recursos aos entes federados subnacionais e a suspensão de suas dívidas com a União e instituições financeiras, mediante a exigência de aplicação dos recursos resultantes no enfrentamento da pandemia, bem como a adoção de medidas de transparência que evidenciem essa situação.

A nova lei complementar, nesta perspectiva, se divide em quatro conjuntos de medidas, (1) a suspensão do pagamento das dívidas de Estados e Municípios com a União; (2) a restruturação de operações de crédito com instituições financeiras e entidades multilaterais de crédito; (3) a instituição de transferências legais de recursos para os entes federados subnacionais, na tentativa de equacionar a queda de receitas; e (4) alterações temporárias e permanentes no regime instituído pela lei complementar 101, de 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

## 3. Suspensão de dívidas federais

O primeiro eixo, que trata da suspensão dos pagamentos à União durante o exercício de 2020, contempla tanto as parcelas do refinanciamento das dívidas estaduais e municipais ocorrido no final da década de 90 quanto, no caso dos Municípios, os parcelamentos de débitos previdenciários efetuados em 2017, o Programa de Regularização dos Débitos Previdenciários dos Estados, Distrito Federal e Municípios (PREM).

Sendo o quadro atual de insuficiência generalizada de caixa pelos entes subnacionais, e necessitando estes de socorro financeiro federal, não faz sentido que paguem a União parcelas de dívidas e, ao mesmo tempo, recebam desta aportes para suprir inclusive este valor, em um inútil

6. Resumidamente, se propunha que Estados e Municípios seriam dispensados de demonstrar "capacidade de pagamento" (índice CAPAG) para contrair dívidas, e, estes, em troca, adotariam medidas de austeridade fiscal e transparência, tais como privatização de estatais, redução de benefícios fiscais, instituição de "teto de gastos" nos moldes do federal, e desvinculação de receitas não afetadas constitucionalmente, bem como outras de semelhante teor.

movimento financeiro.

Parte do socorro financeiro prestado pela União, portanto, ocorrerá de modo indireto, pela suspensão dos pagamentos a serem efetuados por Estados e Municípios, ao invés de apenas por transferências diretas intergovernamentais.

A suspensão do pagamento das parcelas, que tem eficácia imediata e dispensa, inclusive, a prévia celebração de aditivos [7], envolve, como dito, dois tipos de dívidas.

Primeiro, a dívida contraída junto a União por Estados e Municípios que, em 1997, se encontravam em situação de grave desequilíbrio de suas finanças por força de um enorme passivo acumulado durante o período de hiperinflação e sucessivas gestões temerárias. Assinala neste ponto **Marco Aurélio Cabral** que "a partir de 1994, com o fim das receitas inflacionárias provenientes de descasamento entre arrecadação e pagamentos, tornou-se mais difícil para Estados e Municípios enfrentarem a difícil missão que lhes impôs a Constituição de 1988", e, com isso, "a descentralização de responsabilidade e centralização de recursos financeiros levou ao colapso das contas públicas subregionais" [8].

Buscando evitar essa situação, e, ao mesmo tempo, impor um padrão de regularização das finanças públicas que permitisse um ambiente de responsabilidade fiscal no Brasil, a União, buscando auxiliar os entes subnacionais, instituiu um Programa de Apoio à Estruturação e Ajuste Fiscal, primeiro para os Estados (RSF 99/96, MP 1560-8/1997 e lei federal 9.496/1997), e, em seguida, para os Municípios (MP 1891-5/1999, reeditada até se converter na MP 2185-35/2001, RSF 37/99 e decreto 3.099/99).

7. Art.1º, § 2º, LC 173/2020. "As medidas previstas no inciso I do § 1º são de emprego imediato, ficando a União autorizada a aplicá-las aos respectivos contratos de refinanciamento, ainda que previamente à celebração de termos aditivos ou outros instrumentos semelhantes."

8. https://dogmaseenigmas.wordpress.com/2014/12/05/a-lei-complementar-14814 -e-os-ap ort es-d o-tesouro-n os- ba ncos-publicos/. Acesso em: 06/04/2015.

A União, por esta sistemática, absorveu a dívida dos Estados e Municípios, se tornando o credor único destes, e as refinanciou em condições mais favoráveis, exigindo o compromisso, em contrapartida, de que novas dívidas só poderiam ser contraídas atendidas a rigorosas condições. Posteriormente, o regime desse refinanciamento foi alterado pelas leis complementares 148/2014, 151/2015 e 156/2016, especialmente no que diz respeito aos índices de atualização e capitalização aplicáveis.

Essas dívidas, caso ainda não quitadas, ficam com as parcelas do exercício financeiro de 2020 (março a dezembro) em regime de moratória, com a diluição do seu valor nas parcelas restantes a pagar a partir de janeiro de 2022, sem alteração do prazo final de pagamento nem da quantidade de parcelas.

Além disso, também ficam com vencimento suspenso as parcelas vencidas no mesmo período (março a dezembro de 2020) do refinanciamento de dívidas previdenciárias efetuado por municípios nos termos da lei federal 13.485/2017 [9], o citado PREM.

Neste segundo caso, tendo sido objeto de veto o art.9º, § 1º da LC 173/2020 [10], não se tem claro como será o processo de reabsorção destes valores no saldo devedor total, remetendo o *caput* do art.9º ao regulamento executivo, que, provavelmente, seguirá a mesma regra acima exposta para o refinanciamento da dívida pública do final da década de 90.

Os valores aqui com pagamento postergado devem, de acordo com o art.2º, § 1º, II da LC 173/2020, ser aplicados "preferencialmente em ações de enfrentamento da calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19", no que se deverá, de acordo com o § 5º, "demonstrar e

9. Art. 1º Os débitos com a Secretaria da Receita Federal do Brasil e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional de responsabilidade dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e de suas autarquias e fundações públicas, relativos às contribuições sociais de que tratam as alíneas a e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, inclusive os decorrentes do descumprimento de obrigações acessórias, vencidos até 30 de abril de 2017, e os de contribuições incidentes sobre o décimo terceiro salário, constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa da União, ainda que em fase de execução fiscal já ajuizada, ou que tenham sido objeto de parcelamento anterior não integralmente quitado, poderão ser pagos em até duzentas parcelas, conforme o disposto nesta Lei.

10. "Art.9º. (...) § 1º As prestações não pagas no vencimento originalmente previsto em virtude do disposto no **caput** terão seu vencimento, em parcelas mensais iguais e sucessivas, 30 (trinta) dias após o prazo inicialmente fixado para o término do prazo do refinanciamento".

dar publicidade à aplicação dos recursos de que trata o inciso II do § 1º deste artigo, evidenciando a correlação entre as ações desenvolvidas e os recursos não pagos à União, sem prejuízo da supervisão dos órgãos de controle competentes".

A necessidade de transparência na aplicação dos recursos vinculados ao combate à COVID-19 repete o que já alerta a EC 106/2020, o "orçamento de guerra", que, em seu art.5º, exige que as despesas com o enfrentamento da pandemia deverão "constar de programações orçamentárias específicas ou contar com marcadores que as identifiquem" e "ser separadamente avaliadas na prestação de contas do Presidente da República e evidenciadas, até 30 (trinta) dias após o encerramento de cada bimestre, no relatório a que se refere o § 3º do art. 165 da Constituição Federal", que vem a ser o relatório resumido de execução orçamentária, disciplinado pelos arts.52-53 da LRF.

Fica a questão do que caracterizaria essa "aplicação preferencial", sendo que o princípio da supremacia do interesse público primário, bem como a natureza teleológica da Administração Pública, tudo sinaliza que, apenas quando não absolutamente necessário o uso dos recursos no combate à COVID-19, seria admissível o seu emprego em outras funções públicas.

Isso porque o interesse público secundário (manutenção da máquina administrativa) não pode se sobrepor ao interesse público primário (tutela constitucional da saúde), especialmente em função de situação absolutamente atípica.

**Luís Roberto Barroso** lembra que "o interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social", e, por isso, "em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário", pois "a inversão de prioridades seria patente, e nenhuma lógica razoável poderia sustenta-la" [11].

Isso porque o Estado não existe para si mesmo ou para produzir resultado em seu próprio favor, como uma empresa, mas o Estado é um ente

11. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 07. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, pp.97.

*teleológico*, ou, como afirma **Celso Antônio Bandeira de Mello**, "o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles [12] ".

Deste modo, caberá às diversas instâncias de fiscalização aferir quando efetivamente será possível o uso do valor "economizado" em outras áreas e quando, pelas circunstâncias concretas, o interesse público primário tornará imprescindível o seu emprego na saúde e assistência, até porque não existe discricionariedade como sinônimo de livre escolha, quando se trata da Administração Pública em um Estado Democrático de Direito.

## 4. Restruturação de operações de crédito

Mais complexa é a previsão de celebração de aditivos entre os Estados e Municípios e instituições financeiras, na maior parte das vezes bancos estatais federais, para suspensão do pagamento das operações crédito durante o exercício de 2020.

"Operação de crédito" é hoje uma definição constante da lei, de modo expresso, pelo que deve se observar, em sua caracterização, a LC 101/2000 (LRF), especialmente o inciso III e o § 1º do seu artigo 29, e a Resolução do Senado Federal 43/2001, editada de acordo com o inciso VII do artigo 52 da CF-88.

As operações de crédito têm em sua essência um *compromisso financeiro*, ou seja, a assunção de uma prestação (ou prestações) futuras pelo Estado em troca de uma contraprestação (pecuniária ou não) atual;

12. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp.63.

por isso, **Aliomar Baleeiro** define "o crédito público como processo de repartição dos encargos governamentais no tempo [13] ".

Neste aspecto, envolve a assunção voluntária, pelo ente público, de obrigação futura em pagamento a prestação contemporânea; **Jose Maurício Conti**, nesta linha, a define como "aquelas realizadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios contemplando compromissos de pagamento a serem honrados no futuro [14] ", lembrando **Baleeiro** que "o Estado é obrigado a cumpri-lo, sem que possa invocar a 'noção misteriosa de soberania' [15] ".

Sendo negócio jurídico bilateral, da espécie dos contratos, "o empréstimo público, ao qual se acha vinculado mutuante e mutuário, é formado a partir da livre manifestação entre as partes (*elemento volitivo*), do qual resulta a obrigatoriedade da convenção (*pacta sund servanda*)", como define **Geilson Salomão Leite** [16] .

A dívida pública, ainda, possui natureza contratual ou negocial, constituindo seus atos de constituição contratos administrativos, ainda que não típicos [17] .

Exatamente por isso, a postergação no pagamento de alguma delas, por período definido e sem qualquer dispensa de valor principal, implica em mero reajuste das condições originalmente pactuadas, o que, na atual situação de pandemia, se mostra perfeitamente justificável, pela ocorrência de *fato absolutamente excepcional*.

13. BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp.599.

14. CONTI, José Maurício. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva & NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.) **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. 04. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pp.235.

15. BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à Ciência das Finanças**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp.488.

16. LEITE, Geilson Salomão. Crédito e empréstimo público. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva *et alli* (coord.). **Tratado de Direito Financeiro**, volume 02. São Paulo: Saraiva, 2013, pp.38.

17. Neste sentido, **Harrison Ferreira Leite**. **Manual de Direito Financeiro**. 07. Ed. Salvador: Juspodivm, 2018, pp.569-571.

A pandemia da COVID-19, sem dúvida, altera drasticamente as condições sócio-econômicas em que contratadas as operações de crédito e refinanciamento de dívidas, pelo que "ainda não é possível dimensionar o tamanho do impacto na economia brasileira e os setores que serão mais atingidos, contudo, é possível afirmar que as relações contratuais serão inevitavelmente atingidas, o que já começa a ocorrer" [18].

Tem-se aqui, claramente, a aplicação da teoria da imprevisão, que demanda a transformação contratual em função da alteração do "estado de coisas" existente quando da celebração do ajuste; neste ponto, **Rodolfo Luis Vigo** lembra que "uma mudança no entorno social pode gerar importantes consequências no que se refere aos efeitos do convencionado", mesmo porque "a interpretação é sempre constitutivamente histórica" [19].

Ainda que preveja, como exposto, a restruturação destas operações de crédito, a lei complementar não determina a suspensão de imediato dos pagamentos, como faz com as dívidas federais anteriormente tratadas, ainda que dispense, na celebração dos aditivos, os requisitos legais regulares para contratação de crédito pelos entes federados [20]. Fica a expectativa de como será operacionalizada a celebração destes aditivos, e, principalmente, em que horizonte de tempo.

Outro ponto problemático da lei é a sua aplicação aos contratos de crédito firmados com entidades multilaterais, como o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e o Banco Mundial. A lei complementar prevê,

18. LEITE, Carlos Alberto Mourão. **Teoria da imprevisão – Coronavírus**. Migalhas, 23/03/2020. https://www.migalhas.com.br/depeso/322291/teoria-da-imprevisao-coronavirus. Acesso em: 24/03/2020.

19. VIGO, Rodolfo Luis. Interpretação jurídica dos contratos civis. **Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas**. São Paulo: RT, 2005, pp.168.

20. Art.4º, §§ 2º-4º, LC 173/2020. "§ 2º Estão dispensados, para a realização dos aditamentos contratuais de que trata este artigo, os requisitos legais para contratação de operação de crédito e para concessão de garantia, inclusive aqueles exigidos nos arts. 32 e 40 da Lei Complementar nº 101, de 2000, bem como para a contratação com a União. § 3º No caso de as operações de que trata este artigo serem garantidas pela União, a garantia será mantida, não sendo necessária alteração dos contratos de garantia e de contragarantia vigentes. § 4º Serão mantidas as condições financeiras em vigor na data de celebração dos termos aditivos, podendo o prazo final da operação, a critério do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ser ampliado por período não superior ao da suspensão dos pagamentos".

do mesmo modo, a "possibilidade" de celebração de aditivos, não obstante se saiba que essas entidades multilaterais, normalmente vinculadas a regulação jurídica específica em outros países, dificilmente o poderão fazer apenas com base nas permissões da lei brasileira.

Surge aqui, então, uma polêmica na construção da lei. O texto aprovado no Congresso Nacional previa, no caso de recusa da instituição de crédito em renegociar a dívida, que a União, ainda que obrigada a pagar na condição de garantidora, não poderia executar a contragarantia dos Estados e Municípios, geralmente na forma de retenções nos Fundos de Participação (FPE e FPM) [21].

Isso implicaria, na prática, que os Estados e Municípios pediriam a celebração de aditivo postergando o pagamento das parcelas correntes, e estas entidade multilaterais, quase certamente, se negariam a assim proceder, até por conta de sua própria regulação jurídica.

A União, então, assumiria o pagamento das parcelas durante o exercício de 2020, mas sem poder exigir dos entes subnacionais, durante esse período, que realizassem o ressarcimento dos valores pagos, e, igualmente, sem poder executar as garantias e contragarantias previamente acordadas.

Ocorre que a ausência de previsão expressa de como a União refinanciaria essa dívida com Estados e Municípios, ainda que pudesse executar as contragarantias a partir de 2021, e o desconforto do Ministério da Economia em assumir este valor, calculado na ordem de dez bilhões de reais, levou ao veto presidencial deste dispositivo [22], o que significa que, fatalmente, tais operações continuarão ativas durante o período de

21. Art.4º, § 6º. "No exercício financeiro de 2020, a União ficará impedida de executar as garantias e contragarantias das dívidas decorrentes dos contratos referidos no **caput** deste artigo, desde que a renegociação tenha sido inviabilizada por culpa da instituição credora".

22. Consta de mensagem de veto: "O dispositivo, ao impedir a União de executar as garantias e contragarantias das dívidas a que se refere, viola o interesse público ao abrir a possibilidade de a República Federativa do Brasil ser considerada inadimplente perante o mercado doméstico e internacional, trazendo consequências que podem culminar no risco de refinanciamento do país e potencial judicialização nos tribunais estrangeiros, deixando o Brasil numa situação em que tecnicamente seria considerado um país em **default**".

enfrentamento da pandemia.

## 5. Auxílio financeiro

A instituição de transferências legais, ou "socorro financeiro", a Estados e Municípios, por sua vez, acabou por se tornar o ponto central da lei complementar, em uma entrega direta de recursos na ordem de sessenta bilhões de reais [23], em quatro parcelas pagas em nove de junho, treze de julho, doze de agosto e onze de setembro.

A transferência legal de recursos se revela absolutamente essencial no atual quadro de queda de arrecadação e despesas extraordinárias, pois apenas a União tem uma maior margem de manobra orçamentária, ainda que limitada, e pode, não existindo alternativa, obter recursos com dívida mobiliária, o que é vedado aos entes subnacionais.

Trata-se de uma transferência intergovernamental, ou seja, "repasses financeiros entre diferentes esferas de governo", de natureza legal, que "decorrem de previsão em lei específica para tal fim e destinam-se, em geral, à implementação de programas sociais e de saúde [24] ", como afirma **Marcus Abraham**.

A Secretaria do Tesouro Nacional (STN), por meio da Nota Técnica SEI 21231/2020/ME, informa que as receitas deverão ser registradas na Natureza de Receita (NR) 1.7.1.8.99.1.0 – Outras Transferências da União.

Após grande discussão e diversas alterações no critério de divisão dos recursos, se chegou à fórmula prevista no texto legal, que adota o seguinte critério de distribuição: dez bilhões como receita vinculada a ações de saúde e assistência social, e cinquenta bilhões como recursos de

23. Art.5º, LC 173/2020. "A União entregará, na forma de auxílio financeiro, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, em 4 (quatro) parcelas mensais e iguais, no exercício de 2020, o valor de R$ 60.000.000.000,00 (sessenta bilhões de reais) para aplicação, pelos Poderes Executivos locais, em ações de enfrentamento à Covid-19 e para mitigação de seus efeitos financeiros, da seguinte forma: (...)"

24. ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 04. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pp.121-122.

livre alocação no Tesouro pelos entes subnacionais.

O rateio dos recursos vinculados à saúde e assistência social, conforme o art.5º, §§ 1º e 2º da LC 173/2020, se baseia, quanto aos Estados e Distrito Federal, em dois critérios, sendo 40% (quarenta) conforme a taxa de incidência do vírus em cada local, e 60% (sessenta por cento) com base na população. Quanto aos municípios, se aplicou apenas o critério populacional para a definição dos valores a serem entregues a cada ente federado.

Não existe indicativo expresso da proporção de aplicação de recursos em cada área (saúde e assistência), sendo razoável supor que isso vai depender das necessidades específicas de ação em cada Estado e/ou Município.

Esse valor afetado para saúde e assistência, ainda, deve ser registrado na fonte de recursos "Vinculada – Saúde e Assistência Social", ou na "1.290.0000 - Outros Recursos Vinculados à Saúde" ou na "1.390.0000 - Outros Recursos Vinculados à Assistência Social". Já o valor alocado no Tesouro deve ser registrado na fonte de recursos "livre", ou seja, na "1.001.0000 - Recursos Ordinários".

Chama a atenção aqui que estes recursos devem ser utilizados não só no enfrentamento médico-sanitário da COVID-19, mas, também, na necessária mitigação dos efeitos financeiros da pandemia, e isso se desdobra em dois aspectos.

Deve se mitigar os efeitos negativos da COVID-19 tanto nas finanças *públicas*, se garantindo um equilíbrio mínimo das contas, severamente afetadas pela alta de despesas e redução de receitas, como acima exposto, quanto nas finanças *privadas*, por meio de políticas de preservação da empresa e do emprego, bem como de fomento econômico.

A LC 173/2020 ainda condiciona expressamente a entrega dos recursos à desistência, pelo Estado ou Município, de qualquer questionamento judicial junto à União que tenha por causa de pedir, direta ou indiretamente, a pandemia da COVID-19; o que o governo federal mirou, aqui, são as ações propostas por alguns Estados e Municípios para suspensão judicial do pagamento de dívidas federais, a exemplo daquelas movidas pelos Estados de São Paulo e da Bahia no Supremo Tribunal Federal.

Até por isso, a nota técnica 21231/2020 da STN esclarece que esta condição atinge "apenas aquelas ações que se relacionem com a imposição de ônus fiscais à União", deixando claro que outras discussões federativas quanto a COVID-19 (fixação da competência para medidas de isolamento social, por exemplo) não estão abrangidas na previsão normativa.

Outra exigência política para a aprovação do auxílio financeiro [25] foi que, durante o estado de calamidade pública, fosse proibido o aumento de despesas com pessoal, de forma direta ou indireta, bem como a criação de despesas obrigatórias de caráter continuado não relacionadas ao combate à pandemia e sem prévia compensação financeira. Exige-se ainda que os Estados e Municípios não aumentem a despesa obrigatória acima da inflação, medida pelo IPCA, de modo análogo ao Novo Regime Fiscal ou "teto de gastos" da União, objeto da EC 95/2016.

O texto aprovado pelo Congresso Nacional previa uma série de exceções à vedação de aumento de pessoal, quanto a carreiras relacionadas a forças armadas, segurança pública, educação e saúde, entre outras, mas o dispositivo foi objeto de veto presidencial [26], previamente acordado com os governadores; deste modo, fica excepcionada apenas a criação de auxílios

25. Art.8º, LC 173/2020.

26. Mensagem de veto: "O dispositivo, ao excepcionar das restrições do art. 8º parte significativa das carreiras do serviço público, viola o interesse público por acarretar em alteração da Economia Potencial Estimada. A título de exemplo, a manutenção do referido dispositivo retiraria quase dois terços do impacto esperado para a restrição de crescimento da despesa com pessoal".

e vantagens para os profissionais de saúde e assistência, relacionados ao combate à COVID-19 [27].

## 6. Alterações na lei de responsabilidade fiscal

As alterações na LRF, por fim, a par de algumas de caráter permanente, referentes à disciplina do aumento de pessoal em final de mandato e ao estado de calamidade pública [28], apenas adequam o quadro orçamentário-financeiro à realidade da pandemia, excluindo temporariamente dispositivos que, por sua natureza, são momentaneamente inaplicáveis, como os requisitos para geração de despesa e renúncia de receita, recebimento de transferências voluntárias e contratação de operações de crédito [29].

A LC 173/2020, neste ponto, repete e amplia o que já previa a EC 106/2020, o "Orçamento de Guerra" [30], expressamente extensível a Estados e Municípios, de acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 6357.

É preciso deixar claro que essa suspensão excepcional das regras da LRF deve ser vista com cautela. Obviamente, é necessária diante do quadro anormal de calamidade que a COVID-19 traz, mas, como diz o próprio texto aprovado, só pode valer para os atos estatais direcionados ao enfrentamento da pandemia e não pode, em hipótese alguma, dispensar a transparência e a fiscalização.

Neste aspecto, como já exposto, a EC 106/2020 já exige que as despesas

27. Art.8º, § 5º, LC 173/2020.
28. Art.7º, LC 173/2020.
29. Arts.3º; 4º, §§ 2º-3º, LC 173/2020.
30. Arts.3º, 4º e 6º, EC 106/2020.

com a pandemia sejam objeto de programação orçamentária específica, com a criação de marcadores que as identifiquem, bem como que sejam identificadas em separado na prestação de contas anual e no relatório resumido de execução orçamentária.

Deste modo, o quadro excepcional de combate à pandemia sem dúvida exige um instrumental orçamentário e financeiro igualmente excepcional, mas é preciso muita atenção aos limites dessa excepcionalidade, para que não se retroajam décadas na moralização e profissionalização das Finanças Públicas.

## 7. Conclusão

A Lei Complementar 173/2020, assim, é uma lei moldada pelo seu momento histórico, assim como a EC 106/2020. Ela traz um remédio excepcional para uma situação excepcional, flexibilizando temporariamente as regras de responsabilidade fiscal e operações de crédito, e, ainda, instituindo um repasse federativo para tentar amparar os gastos públicos extraordinários em momento de baixa atividade econômica.

É um esforço louvável, fruto de um ajuste necessário e digno de aplausos entre os diversos entes federados e os Poderes da República. Cumpre apenas não permitir que se torne um instrumento para desconstrução do paradigma de responsabilidade vigente já há vinte anos, nem um atalho para a malversação de recursos.

## 8. Referências

ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 04. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**:

os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 07. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRITO, Edvaldo. Atividade financeira do Estado. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva *et alli* (coord.). **Tratado de Direito Financeiro**, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONTI, José Maurício. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva & NASCIMENTO, Carlos Valder do (org.) **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. 04. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass. **O custo dos direitos:** por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

LEITE, Carlos Alberto Mourão. **Teoria da imprevisão – Coronavírus**. Migalhas, 23/03/2020. https://www.migalhas.com.br/depeso/322291/teoria-da-imprevisao-coronavirus. Acesso em: 24/03/2020.

LEITE, Geilson Salomão. Crédito e empréstimo público. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva *et alli* (coord.). **Tratado de Direito Financeiro**, volume 02. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEITE, Harrison Ferreira. **Manual de Direito Financeiro**. 07. Ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TIPKE, Klaus. **Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes**. Madrid: Marcial Pons, 2002.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas**. São Paulo: RT, 2005.

# 28

# El Estado Constitucional Solidario y la Pandemia de COVID-19: Breves Lineamientos

RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES,

VALDIR FERREIRA DE OLIVEIRA JUNIOR

E FLÁVIO PEREIRA DE JESUS

*SUMÁRIO: 1. Introducción; 2. El contexto actual de la pandemia de COVID-19; 3. El Estado Constitucional Solidario como alternativa institucional para el enfrentamiento a la pandemia de COVID-19; 3.1. Premisas conceptuales; 3.2. Fundamentos teóricos y filosóficos del Estado Constitucional; 3.3. El lugar Constitucional del pensamiento Solidario; 4. Nuevos vectores solidarios para la actuación del Estado ante la pandemia de COVID-19; 4.1. El federalismo cooperativo; 4.2. La ciudadanía solidaria; 4.3. La reorientación de la actuación de los poderes estatales; 5. Conclusiones. 6. Referencias.*

## 1. Introducción

El presente artículo científico trata sobre la relevancia temática del Estado Constitucional Solidario y la pandemia generada por el Coronavirus. Para eso, se busca, en apretada síntesis, presentar una exposición del panorama de la pandemia del COVID-19; una descripción del Estado Constitucional Solidario como alternativa institucional ante la ya señalada crisis sanitaria ; y a la correlacionada indicación de los principales vectores solidarios que pueden orientar la actuación del poder público delante de este grave y actual problema de alcance planetario.

## 2. El contexto actual de la pandemia de COVID-19

El mundo vive los efectos trágicos de la COVID-19, una enfermedad respiratoria aguda provocada por el coronavirus, identificada inicialmente en Wuhan, provincia de China, en diciembre de 2019. A partir de enero de 2020, empezaron a ser identificados casos confirmados afuera de China, se convirtiendo en un problema de escala global. Con efecto, el 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud **declaró formalmente la emergencia de una pandemia** (OMS,2020).

Del punto de vista del Derecho Constitucional, el enfrentamiento de esta pandemia, en los ámbitos global y nacional, exige la necesaria sustancialización de un verdadero Estado Solidario, como forma político-jurídica más adecuada para tratar con la prevención y el enfrentamiento de los efectos negativos del coronavirus.

Así, la concreción de un Estado Constitucional Solidario, se revela como la vía institucional más adecuada para contestar a los grandes desafíos colocados por esta crisis sanitaria, contribuyendo en la maximización de la tutela y promoción de los derechos fundamentales de los ciudadanos amenazados o violados en tal coyuntura, tal como la vida, la salud, la protección a los mayores, la tutela del consumidor y del trabajo.

Dicho esto, ¿Qué sería, entonces, un Estado Constitucional Solidario?

## 3. El Estado Constitucional Solidario como alternativa institucional para el enfrentamiento a la pandemia de COVID-19

### 3.1. Premisas conceptuales

Por más grande que sea el esfuerzo en revelar nuevas posibilidades de concreción de los derechos fundamentales y comprender el fenómeno

constitucional, toda tentativa será vana sin la clara percepción de que la solidaridad constituye a la identidad y principal fundamento jurídico aurora de este tercer milenio.

El sistema de garantías y de derechos fundamentales, aunque sea invención humana, jamás podría divergir de su propia naturaleza. Salud, lazer, educación, alimento, familia, seguridad, propiedad, trabajo, vida, igualdad, paz, medio ambiente sano y sostenible y los demás bienes jurídicos Fundamentales, constituyen, de manera independiente, el núcleo existencial mínimo de necesidades básicas de cualquier ser humano.

El mayor de los errores que la sociedad contemporánea podría comprender los derechos fundamentales isoladamente. Tales derechos existen en un contexto de solidaridad objetiva y subjetiva. Los derechos fundamentales solamente existen solidariamente. La negación de determinado derecho fundamental implica la negación de todos los demás. Alejar cualquier individuo de la simple posibilidad de vivir dignamente o ter acceso a cualquier derecho fundamental compromete la propia condición humana.

La concreción constitucional y el pensamiento Solidario caminan juntos. Cuando están separados se acaban las posibilidades de construcción de una sociedad libre, justa y solidaria, objetivo fundamental de la República Federativa de Brasil (art. 3°, I, CRFB).

La idea de solidaridad trae dos grandes impactos en el pensamiento constitucional. El primero de ellos es con respecto a los derechos fundamentales y su inserción en el constitucionalismo global mediante de cartas constitucionales supranacionales o de la recepción por medio de cláusulas constitucionales de apertura (art. 5°, § 2 y § 3° de la Constitución Federal de 1988). El segundo impacto de crear nuevo paradigma en

la comprensión del Estado Constitucional, tanto en el aspecto externo (por ejemplo, cooperación, interdependencia, interconstitucionalidad, interculturalidad, democracia inclusiva y ciudadanía supranacional), cuando en ámbito interno (por ejemplo, pluralismo, felicidad, multiculturalidad, ciudadanía multidimensional).

Así, la interpretación y concreción de los derechos fundamentales, principalmente en los países en que los derechos esenciales a la realización de la condición humana son constitucionalizados en virtud de su carencia en plan fáctico, deben ser realizadas a la luz del paradigma Estado Constitucional Solidario.

## 3.2. Fundamentos teóricos y filosóficos del Estado Constitucional

Cuando se habla en *Estado de Derecho, Rechtsstaat, L'État légal,* o *Rule of law,* se está refiriendo a lo que se llama, en la tradición constitucional, de Estado de Derecho democrático-constitucional, o simplemente Estado Constitucional, todos ellos bases de la juridicidad estatal.

Segundo Peter Häberle (2007, p. 5), dichos conceptos reflejan no sólo el real o ya seguramente alcanzado. El Estado Solidario no se figura solamente como posible forma de desarrollo del Estado Constitucional, pues ya ha asumido esta conformación en la realidad, siendo, necesariamente, la forma necesaria de estatalidad legítima del mañana, de reafirmación de la justicia social, del pluralismo y de los derechos fundamentales.

Mucho más importante que fortalecer la solidaridad en el ámbito estatal es fortalecer en la sociedad, comprendiendo su complejidad y su pluralismo, que se afirma en las ideas de tolerancia, respeto a las diferencias, defensa de las minorías, diversidad y, sobre todo, fortalecimiento de los hilos de solidaridad social.

De hecho, el contractualismo, en términos generales, refiere que el Estado es producto de la decisión racional del hombre ante la necesidad social. Entre los filósofos políticos que siguen tal vertiente de pensamiento están: Thomas Hobbes (1588 - 1679), John Locke (1632-1704) y Jean-Jacques Rousseau (1712-1778).

Según Thomas Hobbes (1983, p. 223) tal razón será la paz y la esperanza que debe el Estado garantizar ante la la sociedad beligerante,al final, en su concepción, el hombre es lobo del propio hombre. Sin la espada, los pactos no son nada más que palabras, en su concepción, el Estado asume estructura institucional que en práctica se presentará virtualmente autosuficiente, por la magnitud de sus atribuciones, autoreferencial por los fundamentos de su poder, hermética por su impermeabilidad a los reclamos de los súbditos, incondicional porque el cumplimiento de sus fines es incompatible con la formulación de reservas por parte de los contratantes en momento de contratar, impune, pues, toda sanción pretendida aplicable al soberano sería una sanción del súbdito contra sí mismo, es irreversible debido a los peligros de retorno a la situación precontractual.

A su vez, John Locke (2017, p. 5) fundamenta la existencia del Estado en la garantía de la libertad, propiedad y igualdad entre los individuos. Los hombres en estado de naturaleza son libres para ordenar sus hechos y para disponer de sus propiedades de acuerdo con su propia voluntad, dentro de los límites de la ley natural, sin que tenga la necesidad de pedir autorización y sin depender de la voluntad de otra otras personas, mientras no haya nada más evidente que el hecho de que seres de la misma especie e idéntica naturaleza, nacidos para participar sin distinción de todas las ventajas de la naturaleza y aprovechar las mismas facultades sean también iguales entre sí, sin subordinación o sujeción. Su modelo de Estado es el liberal y el hombre es por naturaleza un ser egoísta que sólo quiere su

progreso personal.

A su turno, J.J. Rousseau (2006, p. 6.) Sostiene la incompatibilidad entre la igualdad y la propiedad, pues es esta última que se encuentra el origen de la desigualdad entre los hombres, en el momento en que uno de ellos rodeó determinado espacio territorial. Van a ser, por tanto, la libertad y la igualdad, los fundamentos del Estado. El hombre es bueno por naturaleza, y, cada uno, uniéndose a todos, solo obedece, sin embargo, a sí mismo, así que la ley, en la concepción de Rousseau, es la expresión de la voluntad general.

Los contractualistas y otros pensadores políticos del siglo XVII y XVIII, como Montesquieu, Voltaire, Sieyès, contribuyeron históricamente para la formación del Estado Constitucional, fruto del movimiento conocido como constitucionalismo, materializado en Inglaterra, después de la Revolución Gloriosa de 1688, en el movimiento de Independencia de los Estados Unidos de América en 1776, y la Revolución Francesa de 1789, que comenzó bajo nuevos ideales y nuevas esperanzas, las cuales se hicieron presentes en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Derechos de los Ciudadanos de 1789, incorporada a la Constitución Francesa de 1791.

Para Montesquieu (2005), las sociedades modernas buscan la libertad por medio de la limitación del poder del Estado ante los individuos, libertad expresas en el los derechos y garantías individuales. El modelo de Estado que seguido, después del absolutismo, fue el Estado Liberal.

Después de dos grandes guerras mundiales, el capitalismo encontró sus primeros límites, expresos en la segunda generación de derechos fundamentales (sociales, económicos y culturales), pues, en tal momento histórico, el Estado necesitaba se fortalecer para atender estas nuevas

demandas sociales que ahora le obligaba hacer y no solamente abstenerse de interferir en la libertad individual.

La gran depresión estadounidense de 1929, por otro lado, señalará el fracaso del liberalismo económico, en su lugar surge el intervencionismo estatal. Se verifica la quiebra del modelo liberal. El estado se convierte en dualista: busca el desarrollo económico para asegurar el bienestar social. Se afirma el Estado Constitucional Social, buscando su legitimidad en la realización de los derechos sociales, económicos y culturales y en la conquista de la igualdad material. Ahora el estado está llamado a intervenir en la sociedad para asegurar la igualdad, visto que, los derechos de la segunda generación de los jóvenes exigen una prestación positiva. La primera constitución del mundo a incorporar los derechos de segunda generación fue la Constitución de México de 1917, seguida por la Constitución de Alemania de 1919.

El legítimo fundamento del Estado encuentrase en la solidaridad y en la dignidad humana, involucrados por prácticas de ciudadanía multidimensional y pluralista dedicadas a la concreción de los derechos fundamentales. Encuentrase también en el transcurso constante y eficaz en dirección al cumplimiento de los objetivos fundamentales de construcción de una sociedad libre, justa y solidaria, garantía del desarrollo nacional, erradicación de la pobreza y la marginalidad, reducción de las desigualdades regionales y a la promoción del bien de todos sin cualquier forma de discriminación.

Como acertadamente señala Posada (1935, p.11), el Estado cumple los propósitos constitucionalmente determinados y debe ser organizado racionalmente y efectivamente para cumplirles. De ahí su naturaleza dinámica, ya que el Estado es proceso. Camina en dirección a una República construida como un pueblo que se gobierna a sí mismo, que decide sus

destinos y contribuye solidariamente en las las decisiones políticas fundamentales del Estado.

En Brasil, el Estado Constitucional es formado por la Constitución Federal de 1988 en sus artículos 1 ° a 4°, así como en otras disposiciones sobre el derecho constitucional organizacional, se legitima en la exacta medida que logra garantizar y hacer efectivos los derechos fundamentales. Sus límites, directrices, posibilidades y funciones institucionales están todos vinculados al fortalecimiento de los lazos de solidaridad social.

Entenderlo en su esencia, es entenderlo como el móvil de las aspiraciones políticas, sociales, culturales, económicas y normativas del pueblo. Él se concreta por medio del nuevo marco teórico y filosófico del constitucionalismo solidario, alcanzando el llamado Estado Constitucional Solidario.

## 3.3. El lugar Constitucional del pensamiento Solidario

Solidaridad es un término multifacético. En ética, se entiende como el sentimiento del grupo que supone la simpatía mutua y la voluntad de luchar por el otro. En teoría política, aparece como conciencia añadidas de derechos y responsabilidades. En sociología, aparece como el consenso entre unidades similares que sólo se puede garantizar mediante un sentimiento de cooperación que deriva necesariamente de la similitud y la división del trabajo, como un hecho social que consiste en el consenso espontáneo de las partes del conjunto social.

Para Durkheim (1999, p. 34), la solidaridad es un hecho social, por lo que su estudio pertenece al dominio de la sociología, un hecho que sólo puede ser bien conocido por sus efectos sociales. El derecho reproduce las principales formas de solidaridad social. Criticando la clásica división del derecho público y privado, Durkheim propondrá una calificación de

la solidaridad social siguiendo la clasificación de las normas jurídicas de acuerdo con las diferentes sanciones que se les imponen.

En lo que se refiere a las sanciones, algunas consisten esencialmente en dolor o en una disminución infligida al agente, privando de algo que disfruta. Se dice que son represiva- como en el caso del derecho penal. En cuanto al otro tipo, consiste en el restablecimiento de las relaciones perturbadas en su forma normal, estando conectada a la reparación de las cosas. Por lo tanto, hay sanciones represiones o sanciones organizadas sólo restitutivas.

El vínculo de solidaridad social al que corresponde el derecho represivo es aquel cuya ruptura constituye el delito. Así pues, el derecho penal simboliza la solidaridad por similitud, que Durkheim llama solidaridad mecánica. Todos los miembros del grupo son individualmente atraídos unos por los otros, por tener semejanza, pero también son apegados a lo que es la condición de existencia de este tipo colectivo, o sea, la sociedad que forman por una reunión. La solidaridad, nacida de las semejanzas, vincula directamente el individuo a la sociedad. Esta conexión se establece entre los individuos, creando vínculo entre conciencias individuales y conciencia colectiva es fundamental para la comprensión de la solidaridad por similitud y se ubica en un nivel más psicológico que propiamente sociológico.

Ya la solidaridad resultante de la división del trabajo o orgánica corresponde a la sanción de restauración.

Parte del derecho civil tiene como objeto determinar la manera como se destruyen las diferentes funciones familiares y lo que ellas deben ser en sus relaciones mutuas; esto quiere decir que exprime la solidaridad particular que une entre sí los miembros de la familia en consecuencia de la división del trabajo doméstico, ejemplifica Durkheim. Esta división del trabajo familiar domina todo el desarrollo de la familia. El derecho administrativo

establece la división funcional administrativa. Lo mismo ocurre con el derecho constitucional en el caso de las funciones gubernamentales y el sistema de división de competencias.

De hecho, la división del trabajo crea entre los hombres todo el sistema de derechos y deberes que los unen entre sí de forma duradera. Así como las similitudes sociales dan origen a un derecho y a una moral que los protege. La división del trabajo social da lugar a reglas que aseguran la competencia pacífica y regular de las funciones divididas.

Al final de su obra, Durkheim hace referencia a la idea de justicia, que será desarrollada por su discípulo, Léon Duguit. Afirma Durkheim, que las reglas no son suficientes, tienen que ser justas y para que esto suceda es necesario que las condiciones externas de la competencia sean iguales.

Como bien refiere Renato Treves (2004, p. 57), la vida en sociedad no puede extender en ningún campo sin que la vida jurídica la siga simultáneamente en los mismos relacionamientos. En Durkheim, el derecho es el símbolo visible de la solidaridad social.

El gran mérito de Durkheim constituyó en presentar la concepción de solidaridad bien próxima de la sociedad, constituyendo casi que la identidad reflectante de la propia sociedad, fundando a las bases de lo que se llamó solidarismo sociológico y que, después, Duguit desarrollaría para construir su solidarismo jurídico.

Según Reinholdo Ullmann y Aloysio Bohnen (1993, p. 159), la solidaridad se presenta hoy como actualización de la fraternidad, a la cual se difiere del solidarismo fundamentalmente por su referencial cristiano, centrando las nociones de caridad y comunión.

Realmente, el Solidarismo ofrecerá un camino diferente de los fanáticos del individualismo exasperado que extiende la conciencia de sí mismo hasta las

dimensiones de la conciencia de todos. El sueño de Platón, en la obra - República, donde confía a los sabios la dirección de la ciudad, no es diferente de los adeptos del Terror de 1793, ni de las dictaduras que encuentran en el principio de una razón o una moral absoluta la legitimidad de un poder abusivo.

Por lo tanto, ser solidario es asumir responsabilidades comunes hacia el otro y de ellos hacia nosotros, en una constante y recíproca vigilancia entre socios en la sociedad, donde cada tarea emprendida en interés de servir al prójimo es parte de la construcción democrática y pluralista del Estado Constitucional Solidario.

Léon Duguit (1975) desarrolló una amplia crítica de las doctrinas que apoyan el principio de la estatización del derecho. Para él, el hombre concibió el derecho antes de concebir el Estado y no el Estado antes de concebir el derecho, y la noción de derecho, tanto en sentido objetivo como subjetivo, es, por tanto, anterior y superior a la noción de Estado.

Por lo tanto, el Estado está sujeto a la norma de desarrollo de la solidaridad como lo son los propios individuos, siendo la voluntad de los gobiernos, una voluntad jurídica capaz de imponer la constricción sólo en el momento en que se manifiesta en los límites establecidos para ella por el estado de derecho. El estado no es más que el producto de diferenciación natural entre los hombres del mismo grupo del que se deriva lo que se llama potencia pública, que no puede de ningún modo, ser legitimado por su origen, pero sólo por los servicios que presta de de acuerdo con la regla de derecho.

Para Adolfo Posada (1934, p. 25), en el tratamiento que este último confiere a la concepción teleológica de Estado. El estado aparece idealmente de la decisión consciente de establecer un medio adecuado de realización de los fines de la vida humana y, sobre todo, para garantizar la libertad. De ahí que para Posada, el Estado es constitutivamente un Estado servicial, de

servicios públicos ofrecidos a los ciudadanos. Así, el Estado sería el reflejo de la solidaridad.

Por lo tanto, la forma de un estado social constitucional reflejaria la implicación constitucional y ética de la justicia social y la armonización de la esfera jurídica de las esferas individual y social del hombre en sus diversas funciones sociales, estableciendo un sistema de garantías de los derechos y libertades esenciales para el logro más amplio de los propósitos humanos. Su idea pura del Estado refleja su compromiso con el régimen de Estado de Derecho comprometido con los derechos humanos, siendo la sustancia condicionante de su forma jurídica.

En el mismo sentido, Duguit (1975) afirma que la reforma social como tarea central del Estado, revisando el constitucionalismo liberal individualista, proporcionando las bases para el constitucionalismo social y solidario. Observa que en todas las formas de agrupamiento humano, existe una única realidad, la persona humana, o sea, la conciencia y la voluntad del individuo, y concluye afirmando que tal individualidad parece más viva y más activa cuando más coherente, complejo y comprensivo es el el grupo social. Construir este ideal universal pasa necesariamente por tres fenómenos relacionados a nuestra concepción de solidaridad: El pluralismo, la cooperación interconstitucional y la interculturalidad.

Para Duguit (1930), el fundamento del derecho es la solidaridad o interdependencia social, todos los miembros de la sociedad, por la regla de derecho, están obligados a no hacer nada contrario a la solidaridad social y para hacer todo lo que esté a su alcance para asegurar su cumplimiento. La solidaridad pertenece al nivel constitucional. Es su referencia y primero fundamento, experiencia presente y nunca terminada, en constante construcción. El puente evolutivo de la teoría de la constitución se encuentra en la afirmación del constitucionalismo Solidario.

En el contexto brasileño, la Constitución Federal de 1988 no se ha afiliado a ninguna concepción específica de solidaridad, acercándose, sin

embargo, del pensamiento de Duguit. La solidaridad a ser implementado en el texto constitucional demuestra infinitas posibilidades de aplicación, después de todo, nuestra Constitución es un texto vivo, abierto y plural, que refleja las esperanzas de una sociedad actualmente en crisis. El preámbulo constitucional brasileño de 1988 hace referencia a la sociedad fraternal, mientras que el Art. 3°, I dispone como objetivo expreso de la República Federativa de Brasil, la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria. Afirma el pluralismo en el art. 1°,IV como fundamento de la República Federal y democrática.

Una sociedad solidaria constituye el centro del desarrollo y efectividad del derecho. Uniendo la perspectiva sociológica y la jurídica podemos definirla como la institución determinante de las condiciones de posibilidad de la vida social que van a ser tan amplias cuanto más grandes fueren los hilos de solidaridad que unen sus individuos para el cumplimiento del proyecto político fundamental establecido en nuestra Constitución.

La sociedad solidaria tiene su aspecto más significativo en su vinculación con la sociedad libre y justa. La vinculación entre libertad, justicia y solidaridad no es gratuíta. Libertad sin justicia social es ilusoria y opresora. La justicia que se afirma en la falta de libertad impone el miedo y el descrédito. La sociedad que se construye de modo egoísta, refractaria a las ideas solidarias, no es justa, tampoco libre, porque la libertad presupone que el otro igualmente lo sea.

Con relación a los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa, ellos reflejan el equilibrio de dos subsistemas: el liberal y el social. Duguit creía firmemente que las sociedades modernas estaban evolucionando para este proyecto Solidario.

La concepción individualista de la libertad, que sin embargo ha motivado construcción de la doctrina sobre el fundamento del derecho y la

limitación del Estado, con importantes repercusiones en la Revolución de 1789, tiene lugar de énfasis en la historia de las ideas políticas, con reflejos sobre el sistema político actual Brasileño. Esta concepción sigue siendo la base de la legislación, aunque es cada día más convergentes hacia la solidaridad. A veces el error permanece de algunos teóricos y legisladores al considerar la libertad individual como un dogma universal intangible y definitivo. La propiedad mucho más que derecho es función social.

La solidaridad que se está construyendo hoy en día ya ha superado la mera fraternidad de la Revolución liberal burguesa, es su evolución. A pesar del gran lema de la Revolución Francesa estar expreso en la trilogía - libertad, igualdad y fraternidad, este último término no estaba presente en la Declaración universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. El va aparecer en 1948, en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de la ONU, al establecer que todos los seres humanos nacen libres y iguales en dignidad y en derechos.

En la doctrina liberal-individualista, si el Estado puede hacer ciertas leyes es porque el individuo tiene ciertos derechos subjetivos contra él, que se preservan en la medida en que se hagan leyes que limiten los derechos de algunos, preservando la libertad de todos. Un ejemplo de esto es el derecho a la propiedad. Por el contrario, en la concepción solidaria de la libertad, el individuo no tiene ningún derecho, tiene deberes sociales, y el Estado no puede hacer nada que le impide cumplir con estos deberes, en particular el de realizar sus actividades libremente.

El proyecto político fundamental establecido en el artículo 3° de la Constitución Federal Brasileña de 1988 es deber de todas las instituciones sociales y del propio individuo imbuido de su propio deber de solidaridad que surge de la división social del trabajo.

Si el hombre es obligado a trabajar él no está, sin embargo, obligado a trabajar en lo que está más allá de tu fuerza. Si un hombre abusa de otro en la explotación de su trabajo compromete los valores sociales. Aquí reside

la legitimidad de todas las leyes de la era moderna de todos los países que organizan el ejercicio del trabajo.

Convergiendo hacia la realización del pensamiento solidario, el constituyente originario estableció en el art. 4°, IX de la Constitución Federal Brasileña de 1988 el principio de cooperación entre los pueblos para el progreso de la la humanidad. Aquí el Brasil pasa a formar parte del conjunto de los Estado constitucionales cooperativos.

Solidaridad, fraternidad y cooperación son términos que el legislador constituyente utilizó para conferir una mayor densidad fenomenológica al pensamiento solidario. Se verifica, pues, en todos los dispositivos constitucionales la influencia del pensamiento solidario. A fin de cuentas,la solidaridad es la forma de aplicar muchas disposiciones constitucionales, especialmente aquellos que reafirman la solidaridad por similitud, asignando deberes de protección a toda la sociedad.

Los derechos fundamentales en el Estado de Solidaridad deben ser comprendidos en sus múltiples dimensiones, dándoles unidad y sistematicidad, sin abandonar la densidad epistemológica que la correcta clasificación en generaciones ofrece para la comprensión de la historicidad de los derechos fundamentales.

## 4. Nuevos vectores solidarios para la actuación del Estado ante la pandemia de COVID-19

### 4.1. El federalismo cooperativo

El Estado Federal tuvo su marco inicial el 1787 con la famosa convención de Filadelfia, que, como solución propuesta a la superación de las dificultades inicialmente encontradas por las treces colonias

inglesas que al momento de su liberación, formaron una confederación de Estados soberanos por medio de un tratado firmado el 1776 y ratificado en el año de 1781.

Como señala Fernanda Almeida (2005, p. 19), el federalismo presentó la adopción de organización política verdaderamente nueva que trascendió los límites del pensamiento político anterior y pasó a representar alternativa para el modelo de autoridad política centralizada, desarrollado durante la Revolución Francesa.

Así, la Confederación se transformó en Federación. Este fue primer y gran paso para la concreción de la forma de Estado Federal. El segundo y no menos importante fue la materialización de los acuerdos y compromisos firmados en la Convención de Filadelfia por la Constitución de Estados Unidos de 1787, la primera Constitución escrita del mundo.

A lo largo de los memorables debates ocurridos en la Convención de Filadelfia, los artífices del nuevo modelo tuvieron la oportunidad de señalar los defectos de la Confederación. Lo hicieron en diversos discursos y artículos, nos toca mencionar los que, bajo el pseudónimo colectivo de Publius, fueron regidos por Alexander Hamilton, James Madison y John Hay, después, reunidos en la clásica obra- El Federalista.

De hecho, la Constitución es la base jurídica del sistema federativo, consolida el acuerdo finado y es repositoria de las reglas esenciales de la convivencia entre la unidad y las entidades componentes. La Constitución Federal es el pacto federativo del tipo de Estado Federal.

A su vez, la repartición de competencias es la piedra angular del sistema federativo, involucrando, la atribución determinadas tareas así como los medios de acción necesarios para su persecución. Más allá de esto, la competencia delimita el cuadro jurídico de actuación de una unidad organizativa relativamente a la otra.

En el modelo federativo vigora la descentralización política, o sea, la competencia legislativa conferidas a las unidades parciales ( gobiernos locales), coexistiendo con la competencia legislativa constitucionalmente conferida a la unidad total (gobierno nacional). La descentralización implica la división de competencias. Para que la descentralización no se desfigure  el Estado Federal, hay que ser mantenida la unidad del todo. Así, la República Federativa del Brasil es dotada de soberanía, al contrario de las unidades parciales que sólo tienen autonomía.

En este sentido, el federalismo se presenta como modo de preservar la particularidad en la ámbito de una unión estatal mayor, mantenimiento el equilibrio entre la soberanía de la nación como un todo y a la autonomía de los entes federados, en conjunto con su interdependencia, que en nuestro entendimiento es fortalecido por los lazos de solidaridad que deben existir entre los entes federativos, nacionales y locales.

El modelo federativo nació inicialmente de la necesidad de la integración de campos de poder exclusivos y limitados, formando una unidad que también tiene poder exclusivo y restringido. Se trata de un federalismo dual. Aquí existía una igualdad absoluta, en materia de competencias, entre las esferas gubernamentales estaduales y la Unión, en este momento no hubo discusión sobre el tema de competencia común o concurrentes, solamente en exclusiva.

Con la sustitución del liberalismo clásico por las concepciones intervencionistas del Estado de bienestar social, el sistema de repartición de competencias ha adquirido una nueva conformación que a resultado en el fortalecimiento del poder central y el enflaquecimiento del poder de los Estados pasando al federalismo cooperativo.

Tal experiencia cooperativa ya se hacía presente en la Constitución alemán de Weimar de 1919, y la Austriaca de 1920, que ya dibujaron un modelo de federalismo cooperativo y que han servido de modelo para la Constitución Federal Brasileña de 1934. En momentos Constitucionales

anteriores, veníamos siguiendo el clásico modelo federalista norteamericano de un federalismo dualista rígido.

De hecho, en el ámbito del federalismo cooperativo, no ocurre el completo abandono de la técnica de repartición de competencia horizontal, sólo surge nueva técnica, donde se predice una área de competencias comunes que pueden ser compartidas.

En lo que toca a la Federación Brasileña, aunque formada de modo diferente de la matriz norteamericana, ya que aquí tuvo un proceso centrífugo, fue muy importante para nuestra Federación, que nació con la la República, en el modelo americano, inicialmente en el *dual federalism*. Fue con la Constitución de 1934 que fuimos buscar inspiración en el federalismo cooperativo alemán de la Constitución de Weimar de 1919 y el austriaco de 1920.

Sin embargo, los caminos de la Federación Brasileña se orientan por nuevo norte, en que se verifica la coexistencia de la Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios, tal cual no ocurre en el modelo norteamericano, tampoco en el modelo alemán. Por tal hecho, se atribuye al federalismo brasileño el el termo federalismo de segundo grado, o sea, el tipo de federalismo en que el Municipio es ente de la federación dotado de autonomía y competencias propias derivadas directamente del pacto federativo.

En en Brasil, el sistema del federalismo dual solo ha encontrado lugar en el Texto Constitucional de 1891, visto que la Carta de 1934 recepciona las influencias de los movimientos que llegaron al surgimiento del intervencionismo estatal, iniciando el movimiento centrípeto de competencias y poderes, pasando al modelo cooperativo, que sufrió reflujos con las Constituciones de 1937 y de 1967.

El principal aspecto del federalismo cooperativo brasileño, recuperado por la Carta Magna de 1988, es la absorción del pensamiento solidario en la búsqueda de la reducción de las desigualdades regionales, conforme afirmamos.

Sin embargo, tenemos que buscar el federalismo cooperativo de equilíbrio, en lo cual las regiones menos favorecidas desarrollen su potencial productivo para salir en de la situación de dependencia, contribuyendo para el desarrollo económico del país. Por lo tanto, las políticas públicas, en todos los niveles, cuando, ingenuamente, distribuyen recursos sin la contraprestación de producción, son fraternales (mínimo existencial), jamás solidarias (máximo potencial). Para dar efecto al principio solidario es necesaria la existencia de una contraprestación, idea reforzada por el principio constitucional de la eficiencia e del deber del progreso (CF/88, art. 37, caput y art. 3°, II).

Otro aspecto de relevancia es la solidaridad educacional, científica y tecnológica que debe existir entre los entes de la federación, tanto en nivel vertical ( Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios) cuánto horizontal (Estados o Municipios), a través de protocolos de cooperación, algo que también debe ser extendidos a la Administración Pública Directa e Indirecta de cada ente.

Así, el federalismo cooperativo se presenta como un modelo de organización estatal más compatible con la necesidad de prevención y enfrentamiento del COVID-19, al promover la articulación de los gobiernos nacionales y locales, en los límites de sus respectivas competencias, teniendo en vistas la formulación y la ejecución de políticas públicas conjuntas y, por lo tanto, dotadas de la sinergia necesaria para proteger la dignidad humana.

## 4.2. La ciudadanía solidaria

El concepto de ciudadanía ha sido central en el ámbito de la filosofía jurídica y política.

Para Adela Cortina (2003, p. 275), el ciudadano es aquél que pertenece a una comunidad política moderna, cuyas instituciones pretenden ser

justas y precisamente obtienen su legitimidad de esa pretensión de justicia. Así, ejercer ciudadanía es participar activamente de este proceso de construcción.

El sueño grego de ciudadanía cosmopolita se torna concreto en el nuevo modelo de ciudadanía multicultural, donde se busca conciliar la diversidad de culturas con la necesidad de una ética universal

Empezar a construir el modelo de ética cívica en la sociedad pluralista, está más cerca de la idea de la ciudadanía solidaria. El derecho en la perspectiva postpositivista debe pretender estar justificada dentro de un referencial moral y ético.

Según Adela Cortina (2003, p. 284) las características de esa ética cívica serían: 1) realidad social que integra al mundo vital de una sociedad pluralista; 2) sustrato axiológico que vincula las personas como ciudadanos y no como súbditos o vasallos; 3) el dinamismo porque constituye la cristalización de los valores compartidos por diversos modos de vida; 4) publicidad, porque se hace conocida a la comunidad a través de la opinión pública con razones comprensibles y admisibles; 5) pertenencia de los ciudadanos, por lo tanto propia de los miembros de sociedad civil, diferente de una ética estatal; 6) laicidad, al tiempo que no apuesta en ninguna determinada confesión religiosa, pero también no de propone eliminarlas.

Luego, la ciudadanía solidaria es producto del compromiso ético y humanistas con la efectividad de los derechos fundamentales por el camino solidario, que realizar el sueño kantiano de comunidad ética cosmopolita en la exacta medida que a la ciudadanía tiende a ser mundial.

Como señala Ricardo Torres (2001, p. 310), existiendo mayor integración entre los Estados Constitucionales Cooperativos, donde los

principios posibilitadores de la efectividad de los derechos humanos constituyen su base ética, el derecho internacional público deja de ser el conjunto de normas y principios que regulan las relaciones entre las naciones para obtener el contorno de un derecho internacional de los derechos humanos.

La democracia en la perspectiva solidaria de materializa, en términos generales, cuando el contenido de los hechos de los representantes se hace justo frente a los ciudadanos lo que posibilitar el desarrollo integral de la condición humana en términos sociales, económicos y culturales, respetando las libertades Fundamentales y fortaleciendo los lazos de solidaridad. Al tiempo que las libertades civiles son una condición necesaria para el ejercicio de la libertad política, o sea, el control popular del poder político figura como una condición necesaria para, primero, obtener y, después, conservar las libertades civiles.

Según Friedrich Müller (2007, p. 50), la posibilidad del ejercicio y el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales es una condición necesaria a la democracia: esto significa que los derechos humanos no reemplazan la democracia; pero una democracia digna de tal nombre es basada en los derechos humanos.

La ciudadanía solidaria también se concreta en la forma de participación política reivindicatoria de las condiciones básicas de vida digna para todos, garantizando el acceso a los bienes indispensables al mínimo existencial. Se efectiva en la satisfacción de las expectativas de los menos favorecidos, proporcionando para ellos una justa igualdad de oportunidades, pues, donde la exclusión social se hace presente, la libertad y la justicia no de manifiestan, sino que para pocos.

De hecho, el ejercicio de una ciudadanía solidaria se revela como uno de dos pilares ético-políticos para la prevención y el enfrentamiento de las consecuencias trágicas de la pandemia del coronavirus, al posibilitar la

construcción de una red fraterna de esfuerzos públicos y privados, a favor de la dignidad humana y del mínimo existencial.

## 4.3. La reorientación de la actuación de los poderes estatales

La declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, preveía que cualquier sociedad en la cual la garantía de los derechos no sea garantizada, ni la separación de los poderes determinada, no tendría una Constitución.

La separación de funciones estatales comporta su interdependencia funcional instrumental aliada a la armonía sustancial, ambas subordinadas a los objetivos y finalidades Constitucionales del Estado, específicamente al régimen jurídico constitucional de bienestar social y desarrollo económico. Resumidamente, el Estado se organiza para realizar los derechos fundamentales.

El artículo 2° de la Ley Fundamental Brasileña establece como poderes de la Unión, independientementes y armónicos entre sí, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

Independencia y la armonía conducen a la interdependencia. La interdependencia funcional está instrumentalizada por la Constitución Federal para que el Estado pueda alcanzar, con fundamento en los preceptos en ella establecidos, sus objetivos fundamentales, que son: la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria; la garantía del desarrollo la erradicación de la pobreza y la marginación mediante la reducción de la pobreza y las desigualdades sociales y regionales y, por último, la promoción del bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad y cualquier otras formas de discriminación.

Según las enseñanzas de J. J. Canotilho (2002, pág. 881), el principio de la separación e interdependencia de los poderes tiene la función de garantizar la Constitución, ya que los esquemas de responsabilidad y control entre los órganos de soberanía se convierten en factores pertinentes de cumplimiento de la Ley Fundamental.

Con efecto, es en la observación de la observancia de Ley Fundamental que debe estar la armonía sustancial de los Poderes, conducente al principio de la conformidad de los hechos del Estado con la Constitución. Mismo los hechos políticos deben someterse a los parámetros Constitucionales y al control de su conformidad con las normas constitucionales.

Cómo sostiene Habermas (2003, p. 81), los problemas de la integración, que todas las sociedades altamente complejas necesitan superar, solo pueden ser resuelto por medio del Derecho moderno, si esta integración, y aquí haciendo referencia a la integración entre los órganos de soberanía, for generada a partir de un Derecho legítimo constituido por aquella forma abstracta de Solidaridad política, cuya continuidad o ruptura dependerá de la concreción de derechos fundamentales.

Hoy en día se atribuye al Poder Judicial un protagonismo mayor en el estado democrático de derecho, de modo que se identifique el activismo judicial en solidaridad con la realización de los derechos fundamentales, con el fin de que la jurisdicción se afirme como un nuevo instrumento de protección social, contribuyendo directamente al logro de los objetivos fundamentales de la sociedad política.

El Poder Legislativo tiene la importante tarea de llevar a cabo, en nivel político y legislativo, desde el texto de la norma constitucional, a través de las decisiones políticas con densidad normativa, los hechos legislativos, los preceptos de la Constitución. Posteriormente, es su deber democrático producir leyes simples que sean accesibles a los estratos sociales más necesitados, en un diálogo abierto a la participación activa de todos los destinatarios de la norma.

Así, realizar los derechos fundamentales partiendo de actividades legislativa se torna posible con una mayor democratización de los procesos legislativos y del propio derecho, pero por encima de todo, respetando adecuadamente la autonomía de los ciudadanos individuales, fortaleciendo los lazos de solidaridad.

A su turno, a través del Poder Ejecutivo, con base en el texto de la norma constitucional e de los siguientes logros de esa a nivel legislativo e infralegal, se desarrolla el trabajo garantizador, mediante decisiones, procedimientos y normas que implementan políticas públicas o programas de acciones gubernamentales.

De este modo, tal reorientación de la actuación de los poderes estatales contribuye de modo decisivo para la prevención y el enfrentamiento de los efectos maléficos de la COVID-19, con el fin de incrementar una actuación sinérgica y éticamente comprometida de los poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo, con vistas a la protección de la vida, de la salud pública, del mercado, del consumo y del trabajo humano.

## 5. Conclusiones

La sociedad internacional vive los trágicos efectos de la COVID-19, una enfermedad respiratoria aguda provocada por el coronavirus, identificada inicialmente en Wuhan, provincia de China, en diciembre de 2019 y, desde marzo de 2020, declarada formalmente por la Organización Mundial de la Salud como una verdadera pandemia.

A la luz del Derecho Constitucional, el enfrentamiento el enfrentamiento de esta pandemia, en los ámbitos global y nacional, exige la necesaria sustancialización de un verdadero Estado Solidario, como forma político-jurídica más adecuada para tratar con la prevención y el enfrentamiento de los efectos negativos del coronavirus.

De hecho, la concreción de un Estado Constitucional Solidario, se revela como la vía institucional más adecuada para contestar a los grandes desafíos colocados por esta crisis sanitaria, contribuyendo en la maximización de la tutela y promoción de los derechos fundamentales de los ciudadanos amenazados o violados en tal coyuntura, tal como la vida, la salud, la protección a los mayores, la tutela del consumidor y el trabajo.

A su vez, el federalismo cooperativo se presenta como un modelo de organización estatal más compatible con la necesidad de prevención y el enfrentamiento de la COVID-19, al propiciar la articulación de gobiernos nacionales y locales, en los límites de sus respectivas competencias, con vistas a la formulación y ejecución de políticas públicas conjuntos, y por lo tanto, dotadas de sinergia necesaria para salvaguardar la dignidad humana.

Además, el ejercicio de una ciudadanía Solidaria se revela como uno de los pilares ético-políticos para la prevención y el enfrentamiento de las trágicas consecuencias de la pandemia del coronavirus, al posibilitar la construcción de una red fraterna de esfuerzos en favor de la tutela y de la promoción de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por último, se destaca que el mencionado redimensionamiento de la actuación de los poderes estatales contribuye también para la prevención y el enfrentamiento de los efectos maléficos de la COVID-19, a fin de incrementar una actuación sinérgica y éticamente comprometida de los poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo, teniendo en vistas la protección de la vida, de la salud pública, del mercado, del consumo y del trabajo humano.

## 6. Referencias

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2000.

ARNAUD, Jean. Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito. Tradução: Patrice Charles, F. X. Willlaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. Da Estrutura à Função – Novos Estudos de Teoria do Direito. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002.

CORTINA, Adela. Ética e Cidade Cosmopolita. Trad. Cláudio Molz. In: Direito e Legitimidade. MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. São Paulo: Landy, 2003.

CRISAFULLI, Vezio. Stato, popolo, governo – ilusioni e desilusioni costituzionale. Milano: Giufrè, 1985.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

DONNE, John. Devotions upon Emergent Occasions. Meditation XVII. 1623.

DUGUIT, Léon . Traité de Droit Constitutionnel. Paris: Éditeurs E. de Boccard, 1930._____. Las Transformaciones del Derecho (Público y Privado). Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1975. _____. Fundamentos do Direito. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

DURKHEIM, Emile. Da Divisão do Trabalho Social. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DUVIGNAUD, Jean. A solidariedade – Laços de Sangue e Laços de Razão. Trad. Vasco Casimiro. Lisboa: Piaget, 1986.

FARIAS, José Fernando de Castro. A Origem do Direito de Solidariedade. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GIUFFRÈ, Felice. La solidarietà nell'Ordinamento Costituzionale. Milão: Giuffrè, 2002.

GURVITCH, Georges. La Vocation Actualle de la Sociologie. Antécédents et Perspectivas. Paris: Presses Universitaires. 2. ed. 1963.

HABERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HAURIOU, Maurice. Princípios de Derecho Público y Constitucional. Tradução: Carlos Ruiz del Castillo. Granada: Editorial Comares, 2003.

HOBBES, Thomas. Leviatán. Trad. Antônio Escohotado. Madrid: Ed. Nacional, 1983.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. 2. ed. Lisboa: Edições 70, 2007.

# 29

# Direitos Fundamentais, Poder Judiciário e Pandemia

**SAULO JOSÉ CASALI BAHIA**

*Sumário: 1. Introdução. 2. Impactos sobre o funcionamento do Poder Judiciário. Quadro legal (Lei 13.979/2020). Teletrabalho. Virtualização. Suspensão de Prazos. Concursos públicos. Perícias. Sepultamentos e cremações. Recuperação empresarial e falências. Videoconferências. Crianças e adolescentes. Estabelecimentos prisionais. Violência doméstica. 3. Impactos sobre a função judicial. Restrições a direitos fundamentais. Saúde. Destinação diferenciada de recursos. Auxílio emergencial. 4. Impactos pós-pandêmicos. Controle de licitações e contratos. Fato do príncipe e teoria da imprevisão. Tributos. Expansão da virtualização. Teletrabalho e ganho orçamentário. Teletrabalho e ganho de produtividade. Cortes orçamentários. Eficiência. 5. Referências.*

## 1. Introdução

A pandemia relacionada ao COVID-19 impactou profundamente o funcionamento do Poder Judiciário e a função judicial. Este impacto não foi de curta duração, e deverá mostrar efeitos a longo prazo. O presente texto pretende analisar estas questões.

## 2. Impactos sobre o funcionamento do Poder Judiciário

Quadro legal (Lei 13.979/2020). A Lei 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, ao dispor sobre as medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do

coronavírus responsável pelo surto de 2019 (art. 1o), previu a possibilidade de ocorrer, no prazo definido em ato do Ministro de Estado da Saúde (sobre a duração da situação de emergência de saúde pública de que trata a Lei, e que não poderá ser superior ao declarado pela Organização Mundial de Saúde, cf. art. 1o, §§ 2ºe 3o, 2o, I e II, e art. 3o):

> a) isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus;
>
> b) quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus;
>
> c) determinação de realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas; vacinação e outras medidas profiláticas; ou tratamentos médicos específicos;
>
> d) estudo ou investigação epidemiológica;
>
> e) exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;
>
> f) restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de entrada e saída do País; e locomoção interestadual e intermunicipal;
>
> g) requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa; e
>
> h) autorização excepcional e temporária para a importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa, desde que registrados por autoridade sanitária estrangeira; e previstos em ato do Ministério da Saúde.

Houve a Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância

Nacional – ESPIN, veiculada pela Portaria n. 188/GM/MS, em 4 de fevereiro de 2020.

Estipulou-se que estas medidas somente poderiam "ser determinadas com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde" e deveriam "ser limitadas no tempo e no espaço ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública" (art. 3o, par. 1o), sem que isto possa significar violação "à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas" (art. 3o, par. 2o, III). Todas as pessoas deveriam sujeitar-se ao cumprimento das medidas previstas (art. 3o, par. 4o), e competia às autoridades federais e gestores locais praticá-las (art. 3o, §§ 5o, 6o e 7o) [1] .

Teletrabalho. Assim, sob a alegação de conter a expansão da contaminação, preservando-se vidas dos utilizadores do sistema de justiça, evitar a sobrecarga dos serviços hospitalares noticiada pela imprensa como ocorrida em outros países, e considerando a previsão de que não deveriam cessar os serviços públicos e atividades essenciais (art. 3o, §§ 8o, 10 e 11), o Poder Judiciário abraçou o teletrabalho, com magistrados e servidores sendo afastados dos prédios onde atuavam e o fechamento de fóruns e tribunais.

O marco normativo desta medida correspondeu à Resolução CNJ 313, de 19.3.2020, que buscou uniformizar o tratamento pelos tribunais ao tema, evitando a "insegurança jurídica e potenciais prejuízos à tutela de direitos fundamentais" que a existência de critérios conflitantes quanto à suspensão do expediente forense poderia gerar [2] .

Foi então estabelecido o "regime de Plantão Extraordinário, no âmbito do Poder Judiciário Nacional, para uniformizar o funcionamento dos

1. Cf. BAHIA, Saulo José Casali, Pandemia, relações privadas e eficácia horizontal dos direitos fundamentais: o caso dos condomínios edilícios. Capítulo de livro in BAHIA, Saulo José Casali (Org.) Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus. São Paulo: Editora Iasp, 2020. ISBN: 978-65-87082-00-4.

2. https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249. Acesso em: 06jul2020.

serviços judiciários e garantir o acesso à justiça neste período emergencial, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19". Manteve-se a tradição de recusar a atuação administrativa do Conselho Nacional de Justiça quanto ao STF e, no caso ainda, quanto à Justiça Eleitoral (o que pode ser explicado unicamente pela circunstância de proximidade das eleições municipais).

Sendo a prestação jurisdicional atividade pública essencial, deveria agora continuar a se dar prioritariamente de modo virtual, com o acesso garantido a magistrados, agentes públicos, advogados e usuários em geral, pelos meios eletrônicos disponíveis, com canal de atendimento remoto a ser divulgado por cada tribunal, prevendo-se atendimento presencial apenas na inexistência de meio para atendimento remoto, devendo as decisões continuar a ser exaradas e cumpridas (art. 3º, pars. 1º e 2º). O teletrabalho deveria exigir o mínimo necessário de servidores em regime de trabalho presencial, já "excluídos da escala presencial todos os magistrados, servidores e colaboradores identificados como de grupo de risco, que compreende pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras com morbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção para diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV e coinfecções, e que retornaram, nos últimos quatorze dias, de viagem em regiões com alto nível de contágio" (art. 2º, pars. 2º e 3º).

O regime de "Plantão Extraordinário" foi implantado em idêntico horário ao do expediente forense regular, cabendo a cada Tribunal, com a suspensão do trabalho presencial de magistrados, servidores, estagiários e colaboradores nas unidades judiciárias, manter os serviços essenciais, garantindo-se minimamente:

1. *a distribuição de processos judiciais e administrativos, com prioridade aos procedimentos de urgência;*

2. *a manutenção de serviços destinados à expedição e publicação de atos judiciais e administrativos;*

3. *o atendimento aos advogados, procuradores, defensores públicos, membros do Ministério Público e da polícia judiciária, de forma prioritariamente remota e, excepcionalmente, de forma presencial;*

4. *a manutenção dos serviços de pagamento, segurança institucional, comunicação, tecnologia da informação e saúde; e*

5. *as atividades jurisdicionais de urgência previstas nesta Resolução. (art. 2º, caput e par. 1º).*

Previsto até 30.04.2020, o prazo foi prorrogado até 15.05.2020 (Resolução CNJ 314, de 20.4.2020), após até 31.05.2020 (Resolução CNJ 318, de 07.5.2020), e para até 14.06.2020 (Portaria PRESI-CNJ 79, de 22.5.2020). Finalmente, a Resolução CNJ 322, de 1.6.2020, considerando que "alguns estados federados e municípios estão relativizando as regras de isolamento social, enquanto outros entes vêm enfrentando maiores dificuldades, chegando a instituir o regime de lockdown, de modo a impedir um regramento único para todos os tribunais do país"; e que haveria a "necessidade de se estabelecer um planejamento de retorno gradual às atividades presenciais, onde seja possível e de acordo com critérios estabelecidos por autoridades médicas e sanitárias"; admitiu o "restabelecimento das atividades presenciais" com início por etapa preliminar, que poderia ocorrer a partir de 15 de junho de 2020, se constatadas condições sanitárias e de atendimento de saúde pública que a viabilizem (art. 2º, par. 1º). Ou seja, delegou-se a cada tribunal decidir a respeito do retorno gradual às atividades, assegurado ainda o isolamento social a magistrados e servidores no grupo de risco.

Virtualização. O principal impacto que a pandemia produziu no tocante ao funcionamento do Poder Judiciário, com o teletrabalho, foi a

admissão do modo não presencial de funcionamento continuado.

O plantão judicial regular já possuía aspectos de virtualidade, uma vez que não havia exigência da atividade no ambiente do fórum ou do tribunal, por magistrados e servidores, que realizavam a maioria das atividades em ambiente doméstico, por vezes de modo integral. Mas sempre havia a possibilidade de remessa ou entrega física e pessoal de peças processuais, e o plantão se dava apenas durante os dias e horários sem funcionamento regular das unidades judiciárias.

O processo eletrônico, em qualquer das centenas de modalidades existentes no país (infelizmente a padronização não logrou priorização por algumas gestões à frente do CNJ), trouxe, por sua vez, real experiência de virtualização, já que o acesso processual é de fato remoto. Mas, como no plantão, sempre havia a possibilidade contatos pessoais ou labor em ambiente não doméstico.

Com a pandemia, avultou a importância e o significado do processo eletrônico, sendo que logo tiveram os respectivos processos a suspensão de andamento processual cessada, como se verá abaixo, e se tornou o único meio ou forma viável, a princípio, para a prestação jurisdicional em tempos de pandemia. Os tribunais passaram a estimular a conversão de autos físicos em eletrônicos, o que chegou a ser conseguido em algumas unidades judiciais, a despeito da carência de meios humanos e materiais para a tarefa.

Suspensão de Prazos. Ficaram suspensos todos os prazos processuais a contar da publicação da Resolução 313, em 19.3.2020, até o dia 30 de abril de 2020. Isto incluiu processos físicos e eletrônicos. Em um primeiro momento, houve a preocupação com a adaptação dos envolvidos com a nova dinâmica de teletrabalho, e não se fez distinção em relação aos processos

eletrônicos, que por sua natureza não careceriam ter sido paralisados. Instalou-se um regime verdadeiro de plantão, desta feita extraordinário, e seguindo as regras do plantão judiciário ordinário, estabelecidas na Resolução CNJ no 71/2009.

De acordo com o art. 4º da Resolução CNJ 313/2020, no período de Plantão Extraordinário, ficou garantida a apreciação das seguintes matérias:

1. *habeas corpus e mandado de segurança;*
2. *medidas liminares e de antecipação de tutela de qualquer natureza, inclusive no âmbito dos juizados especiais;*
3. *comunicações de prisão em flagrante, pedidos de concessão de liberdade provisória, imposição e substituição de medidas cautelares diversas da prisão, e desinternação;*
4. *representação da autoridade policial ou do Ministério Público visando à decretação de prisão preventiva ou temporária;*
5. *pedidos de busca e apreensão de pessoas, bens ou valores, interceptações telefônicas e telemáticas, desde que objetivamente comprovada a urgência;*
6. *pedidos de alvarás, pedidos de levantamento de importância em dinheiro ou valores, substituição de garantias e liberação de bens apreendidos, pagamento de precatórios, Requisições de Pequeno Valor – RPVs e expedição de guias de depósito';*
7. *pedidos de acolhimento familiar e institucional, bem como de desacolhimento;*
8. *pedidos de progressão e regressão cautelar de regime prisional, concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas e pedidos relacionados com as medidas previstas na Recomendação CNJ no 62/2020;*

9. *pedidos de cremação de cadáver, exumação e inumação; e*

10. *autorização de viagem de crianças e adolescentes, observado o disposto na Resolução CNJ no 295/2019.*

11. *processos relacionados a benefícios previdenciários por incapacidade e assistenciais de prestação continuada. (Incluído pela Resolução nº 317, de 30.4.2020)*

O Plantão Extraordinário não se destinou à reiteração de pedido já apreciado no órgão judicial de origem ou em plantões anteriores, nem à sua reconsideração ou reexame (art. 4º, par. 1º).

A suspensão prevista no caput não obstava a prática de ato processual necessário à preservação de direitos e de natureza urgente, respeitado o disposto no artigo 4o da Resolução (art. 5º).

Os processos eletrônicos (exceção ao STF e à justiça eleitoral) puderam voltar a ter impulso com a Resolução CNJ 314, de 20.04.2020, cujo art. 3º previu que teriam os prazos processuais retomados, sem qualquer tipo de escalonamento, a partir do dia 4 de maio de 2020, sendo vedada a designação de atos presenciais. A Resolução CNJ 322, de 1.6.2020, admitiu ainda a eventual suspensão de prazos em processos físicos, como decidisse cada tribunal, "pelo período que fosse necessário".

O CNJ criou uma útil ferramenta para monitorar os prazos em cada tribunal, disponibilizando-a em seu sítio eletrônico.

Concursos públicos. A Recomendação CNJ 64/2020 tratou da suspensão dos prazos de validade dos concursos públicos realizados durante a vigência do Decreto Legislativo no 6, de 20 de março de 2020, como meio de mitigar o impacto decorrente das medidas de combate à contaminação causada pelo Coronavírus Sars-cov-2. Antes, a Resolução

CNJ 313/2020 já havia previsto que, nos concursos públicos em andamento, no âmbito de qualquer órgão do Poder Judiciário, ficavam vedados a aplicação de provas, qualquer que fosse a fase a que estivesse relacionada, a realização de sessões presenciais de escolha e reescolha de serventias, nos concursos das áreas notarial e registral, bem como outros atos que demandassem comparecimento presencial de candidatos.

Perícias. A Resolução CNJ 317/2020 dispôs sobre a realização de perícias em meios eletrônicos ou virtuais em ações em que se discutissem benefícios previdenciários por incapacidade ou assistenciais, enquanto durassem os efeitos da crise ocasionada pela pandemia do novo Coronavírus. Combatida por algumas associações médicas e magistrados, a própria edição de legislação sobre telemedicina (Lei 13.989, de 15.04.2020) serviu para atenuar algumas críticas.

Sepultamentos e cremações. A Portaria Conjunta CNJ/MS 01/2020 estabeleceu procedimentos excepcionais para sepultamento e cremação de corpos durante a situação de pandemia do Coronavírus, com a utilização da Declaração de Óbito emitida pelas unidades de saúde nas hipóteses de ausência de familiares ou de pessoas conhecidas do obituado ou em razão de exigência de saúde pública.

Recuperação empresarial e falências. A Recomendação CNJ 63/2020 dirigiu-se aos Juízos com competência para o julgamento de ações de recuperação empresarial e falência, sugerindo a adoção de medidas para a mitigação do impacto decorrente das medidas de combate à contaminação pelo novo coronavírus causador da Covid-19.

Videoconferências. A Portaria CNJ 61/2020 instituiu 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.*

Crianças e adolescentes. A Recomendação Conjunta CNJ/CNMP/ MDH/MCidadania 01/2020, por sua vez, dispôs sobre cuidados a crianças e adolescentes com medida protetiva de acolhimento, no contexto de transmissão comunitária do novo Coronavírus (Covid-19), em todo o território nacional.

Estabelecimentos prisionais. Atenção especial mereceram os submetidos a regime prisional, até mesmo diante do reconhecimento, em relação aos mesmos, do estado de coisas inconstitucional [3].

Através da Recomendação CNJ 62/2020 previu-se que o grupo de risco para infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 compreende pessoas idosas, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção para diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV e coinfecções; a manutenção da saúde das pessoas privadas de liberdade é essencial à garantia da saúde coletiva e que um cenário de contaminação em grande escala nos sistemas prisional e socioeducativo produz impactos significativos para a segurança e a saúde pública de toda a população, extrapolando os limites internos dos estabelecimentos; a necessidade de estabelecer procedimentos e regras para fins de prevenção à infecção e à propagação do novo coronavírus particularmente em espaços de confinamento, de modo a reduzir os riscos epidemiológicos de transmissão do vírus e preservar a saúde de agentes públicos, pessoas privadas de liberdade e visitantes, evitando-se contaminações de grande escala que possam sobrecarregar o sistema público de saúde. Com isto, recomendou-se aos Tribunais e magistrados a adoção de diversas medidas preventivas

3. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 discutiu a tese de que o Sistema Penitenciário Brasileiro não atende preceitos e fundamentos contidos na Constituição brasileira, requerendo o reconhecimento do "Estado de Coisas Inconstitucionais", relativo ao mesmo, diante da omissão do poder estatal de atender os requisitos constitucionais estabelecidos, havendo omissão tanto da União, Estados e Distrito Federal. O STF concluiu o julgamento da medida cautelar em 2015 (Vide http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm. Acesso em: 06jul2020).

à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema socioeducativo.

Estas medidas foram complementadas pela Recomendação CNJ 68/2020.

Violência doméstica. Outro tema que mereceu especial atenção durante o período da pandemia foi a violência doméstica, cujos números aumentaram diante das medidas de isolamento social e maior intensidade de contato conjugal nos ambientes residenciais. A Recomendação CNJ 67/2020 dispôs sobre a adoção de medidas de urgência, durante a pandemia, para a proteção da integridade física, psíquica e da vida de vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher.

## 3. Impactos sobre a função judicial

Ao lado dos impactos da pandemia sobre o funcionamento do Poder Judiciário, ocorreram ainda efeitos sobre a própria função exercida por este Poder. Novas matérias, novas questões e novas abordagens se impuseram desde o início da pandemia, alterando significativamente a atividade judicial.

Restrições a direitos fundamentais. As limitações facultadas ou determinadas pela Lei 13.979/2020, e exercidas nas esferas federal, estadual e municipal, e mesmo interindividual , produziram conflitos desde o primeiro dia em que impostas. A razoabilidade de algumas medidas de lockdown e restrições a diversas atividades foram levadas ao Judiciário assim que estabelecidas, por aqueles que se sentiram prejudicados ou pelo próprio Ministério Público.

É inegável que algumas medidas foram excessivas, irrazoáveis, e outras absolutamente necessárias, adequadas e proporcionais,

considerando-se a ponderação entre princípios jurídicos valiosos conflitantes, como vida e integridade física (fundamentos para a adoção das medidas sanitárias restritivas) e as liberdades em geral (circulação, ação profissional, expressão etc).

Alguns juristas viram nas limitações, quaisquer que fossem, a marca de absoluta inconstitucionalidade, ao criarem analogia com o estado de sítio, este que permite apenas as limitações constitucionalmente previstas. De acordo com o art. 139, na vigência do estado de sítio só poderão ser tomadas contra as pessoas medidas de obrigação de permanência em localidade determinada; detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; suspensão da liberdade de reunião; busca e apreensão em domicílio; intervenção nas empresas de serviços públicos; requisição de bens. Mas desde que ocorrida a sua decretação segundo todas as formalidades legais, o que não teria sido o caso.

Em nossa opinião, tal analogia é descabida, já que nasceram as restrições de ato normativo sanitário, e as medidas adotadas possuem especificamente associação a esta natureza (sanitária), sendo limitações em tese razoáveis em face do comércio, transporte, serviços etc, e previstas na legislação sanitária brasileira há décadas, inspiradas por situações um tanto diversas daquelas relacionadas ao estado de sítio. Eventual excesso apenas poderia ser verificado no caso concreto, analisadas as circunstâncias que promoveram a adoção das medidas restritivas.

Algumas medidas puderam ser de logo afastadas, inclusive por meio do controle concentrado, como as alterações inicialmente pretendidas

na relação de emprego (vide ADIs 6342, 6344, 6346, 6348, 6349, 6352 e 6354, relacionadas à edição da Medida Provisória MP 927/2020, alterada pela MP 928/2020). Outras vem demandando a atuação do controle de constitucionalidade difuso, ou o controle de legalidade.

A politização inevitável do tema das restrições em face da pandemia levou a que o Poder Judiciário fosse inclusive demandado de modo inusual, para declarar a necessidade de observância da ciência (e não da fé, ou de opiniões próprias sem fundamento em evidências científicas).

Com o uso da proporcionalidade é que devem ser analisadas, ainda, as limitações ao acesso à informação permitidas no art. 6o-B da Lei 13.979/2020.

**Saúde**. Merece destaque, dentre os atos normativos exarados em razão da pandemia, a Recomendação CNJ 66/2020, dirigida aos Juízos com competência para o julgamento das ações que versem sobre o direito à saúde, para a adoção de medidas para garantir os melhores resultados à sociedade durante o período excepcional de pandemia da Covid-19. Esta Recomendação pretendeu afastar qualquer incompatibilidade da atuação do Judiciário em relação às medidas tomadas pelos gestores dos serviços de saúde, havendo preocupação com a priorização de concentração de recursos financeiros e humanos em prol do controle da pandemia. Para tanto, previu-se a adoção de deferência e autocontenção nos processos judiciais que envolvam pedidos de admissão em UTIs e nos processos judiciais que envolvam o controle de atos normativos sobre isolamento social, evitar intimações pessoais aos gestores de saúde durante a pandemia, evitar a aplicação de multas aos entes públicos por descumprimento de ordens judiciais durante a pandemia, e permitir a dilação de prazos para cumprimento de decisões cuja finalidade seja mais difícil de ser alcançada em razão daquela.

Destinação diferenciada de recursos. Tal como se previu quanto á saúde, a destinação diferenciada de recursos ocorreu quanto àqueles

gestados pelo Poder Judiciário oriundos da esfera criminal. A Resolução CNJ 313/2020 previu, em seu art. 9º, que os tribunais deverão disciplinar a destinação dos recursos provenientes do cumprimento de pena de prestação pecuniária, transação penal e suspensão condicional do processo nas ações criminais, priorizando a aquisição de materiais e equipamentos médicos necessários ao combate da pandemia Covid-19, a serem utilizados pelos profissionais da saúde. Na mesma esteira, a Nota Técnica CNJ/CNMP 1/2020 tratou da destinação de recursos do Fundo Penitenciário Nacional em face da decretação de Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional para o novo Coronavírus.

Auxílio emergencial. Demanda judicial típica dos tempos de pandemia, o auxílio emergencial temporário possuiu negativa a muitos que dele dependiam, e foi obtido por tantos outros de modo indevido. Todas estas lides chagaram e ainda chegarão por algum tempo ao Poder Judiciário.

## 4. Impactos pós-pandêmicos

A pandemia trouxe para o Poder Judiciário um legado que talvez perdure por muitos anos em sua pauta de atuação e em seu funcionamento. Iremos destacar alguns:

Controle de licitações e contratos. A Lei 13.979/2020 previu a possibilidade de dispensa de licitação para as contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência, alterando o regime dos contratos públicos (arts. 4o, e 4-A a 4-I).

Tal abertura gerou, como noticiado pela mídia, inúmeros casos de desvios, superfaturamentos e desmandos, com os quais deverá o Poder

Judiciário lidar por anos, nas esferas cível e criminal, sem falar do próprio controle administrativo. Acrescente-se também a isto a apuração cível e criminal dos desvios relacionados ao auxílio emergencial, como já referido.

Fato do príncipe e teoria da imprevisão. A pandemia interferiu no equilíbrio das relações contratuais, seja no tocante à relação entre o Poder Público e particulares, seja no tocante à relação entre os próprios particulares. As limitações trouxeram para varejistas premissas não imaginadas quando da realização de contrato com shopping centers, para locatários comerciais trouxe uma realidade incondizente com a interdição de seus negócios etc. O impacto se deu em todos os ramos: administrativo, trabalhista, comercial, cível... O fato do príncipe e a teoria da imprevisão agora servem para uma tentativa de reacomodação e reequilíbrio, que se não concertada voluntariamente entre as partes, será levada pelo prejudicado ao Poder Judiciário, a fim de que no espaço público possa ser mediada a disputa e solvida a lide, obtendo-se a desejada acomodação social.

**Tributos**. Diversas administrações fiscais acenaram ao contribuinte com a mera postergação do pagamento do tributo, quando estes reclamavam a isenção pura e simples. Sem dúvida, tal disputa não deverá deixar de ser apreciada em juízo.

Expansão da virtualização. Como já apontado acima, a virtualização processual passou a ser considerada imperativa durante a pandemia, e o será depois. Trata-se de um caminho sem volta, irreversível, com a pandemia lançando ao Poder Judiciário o desafio e a urgência de eliminar de imediato ou em curto prazo os processos físicos, de tramitação comprovadamente mais lenta, acesso sempre mais custoso e segurança de dados e de conteúdo sempre mais relativa.

Teletrabalho e ganho orçamentário. A adoção do teletrabalho causou desde o primeiro momento uma redução dos encargos públicos, com a

diminuição de despesas associadas ao trabalho presencial (água, luz, insumos de informática ou de escritório, aluguel, IPTU, condomínio, vigilância, limpeza, telefone, móveis, terceirizados, veículos, combustível etc.) ou a deslocamentos presenciais (passagens, diárias e ajuda de custo). No "novo normal", "as videoconferências prometem substituir boa parte das reuniões e viagens de trabalho". A economia já foi estimada em centenas de milhões de reais por ano, segundo balanço da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia. Em três meses (março a maio/2020), houve redução de duzentos milhões apenas com deslocamentos e viagens a serviço, comparando-se com 2019. Mesmo com o retorno das viagens essenciais, estima-se este corrente ano de 2020 em quinhentos milhões de reais a menos, doravante, com viagens a serviço. Em três meses, "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 R$ 22 milhões)".

Segundo Cristiano Heckert, secretário de Gestão do Ministério da Economia, "a pandemia deixou a lição de que o trabalho a distância pode gerar uma economicidade para a administração pública sem prejudicar o atendimento ao cidadão. Então, acelerou um processo que já vinha avançando em alguns órgãos públicos nos últimos anos em relação ao teletrabalho".

Contudo, associações de servidores reclamam que os custos simplesmente estão sendo repassados aos mesmos, que passam a arcar, em prol do Poder Público, com as despesas de internet, água e luz, sem qualquer contrapartida, e muitas vezes sem meios adequados, já que o

acesso à banda larga pode ser inexistente, e o ambiente doméstico por vezes precarizar o labor. Além disto, temem que a redução das viagens possa comprometer a qualidade do controle e de fiscalização. Trata-se, pois, de questão aberta, já que a novidade efetivamente reclama maior atenção do Poder Público para a compensação devida, ou ao menos a fim de garantir os meios adequados, na residência do servidor ou magistrado, para a oferta da atividade telepresencial.

Teletrabalho e ganho de produtividade. A experiência de teletrabalho durante a pandemia provou que o Judiciário pode atuar de modo virtual, sem perda de volume ou de qualidade. Aliás, com ganho nesses sentidos. São inúmeras as notícias veiculadas por tribunais que comemoram o aumento da produtividade comparativamente ao trabalho presencial. Há referências a um aumento entre 10% e 15% na produtividade.

Advinha-se, portanto, que os tribunais e o próprio Conselho Nacional de Justiça deverão permanecer mais permeáveis à ideia de admitir o trabalho à distância, ainda que parcial, desde que assegurado o contato e acesso das partes e advogados, por meios eletrônicos, a juízes e servidores. A teleaudiencia, a telesessão, a teleperícia, a teleinspeção etc. são modalidades que a virtualização impôs como realidade.

Elimina-se, em prol da produtividade e da qualidade, o tempo morto com o deslocamento físico do servidor e do magistrado desde a sua residência até o foro, e vice-versa. As interrupções podem agora ser melhor administradas, o que não ocorria quando se operava no modelo anterior.

Sabe-se que diversos atos normativos estipulam metas um pouco mais elevadas para os servidores que atuam em home office, considerando o ganho de tempo com o deslocamento físico evitado e as condições de prestação do serviço.

**Cortes orçamentários.** A crise econômica relacionada à pandemia é um fato inevitável. A queda do PIB com a desaceleração dos negócios e interdição de estabelecimentos vem sendo mensurada continuadamente. A consequência inevitável do decréscimo econômico será a perda fiscal, impactante sobre o orçamento do Poder Judiciário, que já vinha sofrendo cortes desde a adoção do teto de gastos através da EC 95/2016.

**Eficiência**. A redução orçamentária, entretanto, força os gestores do Poder Judiciário a melhorar e otimizar o emprego dos recursos escassos, migrando para a adoção de modelos, sistemas e soluções mais eficientes e econômicas. A crise gerou, assim, uma excelente oportunidade de repensar a manutenção de processos físicos, de setores com servidores em excesso, de edifícios com custos elevados, de serviços desnecessários, de tarefas aptas à automatização e ainda não automatizadas etc.

Sem dúvida alguma, a crise acendeu para o Poder Judiciário o chamado para se concentrar em questões de relevância, pois a pandemia coloca a vida e a integridade física como interesses maiores a proteger. Chamou-se a atenção para que algumas pautas do Poder Judiciário deixavam de atentar para matérias mais urgentes e que deveriam ser prioridade.

O Poder Judiciário respira ares de pós-pandemia que dele reclamam mais eficiência, mais modernidade, mais acessibilidade, e maior percepção da importância de cumprimento real de sua função protetora dos direitos fundamentais do cidadão. Confrontado com os desejos da sociedade, não como um poder em si ou para si, mas como um poder a serviço do bem comum.

## 5. Referências

BAHIA, Saulo José Casali. Pandemia, Relações Privadas e Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais: O Caso dos Condomínios Edilícios. Capítulo de livro in BAHIA, Saulo José Casali (Org.) Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus. São Paulo: Editora Iasp, 2020. ISBN: 978-65-87082-00-4.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Nota Técnica CNJ/CNMP 1/2020. https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/04/NotaTecnica-CNJ_CNMP-Funpen-28042020.pdf. Acesso em: 06jul2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Portaria CNJ 61/2020. https://www.cnj.jus.br/atos_normativos/. Acesso em: 06jul/2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Portaria Conjunta CNJ/MS 01/2020. https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/PortariaConjunta-1_2020-CNJ_MS.pdf. Acesso em: 06jul2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Portaria PRESI-CNJ 79. https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3326. Acesso em: 06jul2020

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Prazos Processuais. https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=6c9a3799-e931-4c5a-8900-a13a8bb8a05a&sheet=a45a7e28-6d3b-409a-a78e-145fd8d6cc5c&lang=pt-BR&opt=currsel. Acesso em: 06jul2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação CNJ 62/2020. https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 06jul2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação CNJ 63/2020. https://www.cnj.jus.br/atos_normativos/. Acesso em: 06jul/2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação CNJ 64/2020. https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/04/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-CNJ-64-2020.pdf. Acesso em: 06jul2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação CNJ 66/2020. https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/05/Recomendacao66_2020-13052020-DJE137.pdf. Acesso em: 06jul2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação CNJ 67/2020. https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/06/Recomendacao67-2020_17062020_DJE190_19062020.pdf. Acesso em: 06jul2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação CNJ 68/2020. https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3364. Acesso em: 06jul2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação Conjunta CNJ/CNMP/MDH/MCidadania 01/2020. http://www.in.gov.br/web/dou/-/recomendacao-conjunta-n-1-de-16-de-abril-de-2020-253004251. Acesso em: 06jul2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução CNJ 313/2020. https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249. Acesso em: 06jul2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução CNJ 314/2020. https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/04/Resolu%C3%A7%C3%A3o-n%C2%BA-314.pdf. Acesso em: 06jul2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução CNJ 317/2020. https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3302. Acesso em: 06jul2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução CNJ 318/2020. https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3308. Acesso em: 06jul2020.

CORREIO BRAZILIENSE. Home Office de servidores gera corte anual de gastos de até 500 milhões. https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/07/05/internas_economia,869461/home-office-de-servidores-gera-corte-anual-de-gastos-de-ate-r-500-mil.shtml. Acesso em: 06jul2020.

FOLHA DE PERNAMBUCO. Pandemia provocará a crise mundial mais extensa desde 1870. https://www.folhape.com.br/noticias/coronavirus/pandemia-provocara-a-crise-mundial-mais-extensa-desde-1870-adverte/143246/. Acesso em: 06jul2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. Juízes e defensores conseguem aumento de produtividade durante a pandemia. https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/03/juizes-e-defensores-conseguem-aumento-de-produtividade-durante-pandemia.shtml. Acesso em: 06jul2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo 798. http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm. Acesso em: 06jul2020

# 30

# Assembleias Virtuais Sobrevivem à Pandemia

**TARCÍSIO ARAÚJO KROETZ**

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Pessoas Jurídicas de Direito Privado – Projeto de Lei n.º 1.179, de 2020; 3. Alterações da Medida Provisória n.º 931, de 2020; 4. As novas modalidades de realização de assembleias; 5. Convergências e divergências entre o PL 1.179/2020, a MP 931/2020 e a IN DREI 79/2020; 6. Referências.*

## 1. Introdução

O presente ensaio se dedica ao conjunto de dispositivos legislativos e executivos instaurados temporariamente em decorrência da pandemia Covid-19, os quais afetam o regime dos conclaves das sociedades anônimas, limitadas e cooperativas. Em especial, aborda o Projeto de Lei do Senado Federal n.º 1.179, de 2020, denominado Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET), durante o período da pandemia Coronavírus (Covid-19); [1] a Medida Provisória n.º 931, de 2020 - Funcionamento das assembleias de sócio e votação a distância [2]; e a Instrução Normativa DREI n.º 79, de 14 de abril de 2020 [3].

1. O texto Substitutivo da Câmara dos Deputados, de autoria do senador Antonio Anastasia (PSD-MG), foi aprovado em 21 de maio de 2020 pelo Senado, seguindo para sanção presidencial. Fonte: Agência Senado. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141962.

2. Medida Provisória n.º 931, de 30 de março de 2020, altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971 – Lei das Cooperativas, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 – Lei das Sociedades Anônimas, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv931.htm.

3. A Instrução Normativa DREI NO 79, de 14 de abril de 2020, dispõe sobre a participação e votação a distância em reuniões e assembleias de sociedades anônimas fechadas, limitadas e cooperativas. Disponível em: http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-drei-n-79-de-14-de-abril-de-2020-252498337

As reflexões desses apontamentos foram discutidas em Webinar no dia 4 de maio de 2020, promovido pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por iniciativa de seu vice-presidente Luiz Viana, o qual mediou os debates com a participação dos professores Edivaldo Brito, Pablo Stolze, Tiana Camardelli, Roberto Figueiredo, Rodolfo Pamplona e Fernanda Barreto. Participei, pelo gentil convite que me foi endereçado, por intermédio do nosso presidente, do Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil, Prof. Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins. [4]

O exame das alterações legislativas para realização das assembleias das pessoas jurídicas de direito privado, objeto deste ensaio, considera: (i) os propósitos do Regime Jurídico Emergencial e Transitório do PL 1.179/2020; (ii) as modificações introduzidas pela Medida Provisória 931/2020 nas leis de regência das sociedades empresariais e cooperativas, e as consequentes instruções normativas dos órgãos reguladores; (iii) as novas modalidades de assembleias quanto a participação e voto dos acionistas, sócios e associados; e, por fim, (iv) os pontos de encontro e desencontro entre as novas regulamentações de assembleias e reuniões de sociedades e cooperativas.

## 2. O Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Pessoas Jurídicas de Direito Privado – Projeto de Lei n.º 1.179, de 2020

Após tramitar no Congresso Nacional, o Substitutivo da Câmara dos Deputados do Projeto de Lei nº 1.179/2020, cujo texto inicial é de autoria do Senador Antonio Anastasia (PSD/MG), foi remetido no dia 21 de maio de 2020 à sanção presidencial. Em sua própria redação, lê-se que o Projeto de Lei "*institui normas de caráter transitório e emergencial para a regulação de*

4. Webinar Direito Privado na Covid-19 – Visão Crítica do Regime Jurídico Emergencial Transitório (RJET) (YOUTUBE) Disponível em: http://centraleventos.oab.org.br/event/221/webinar-zoom-e-youtube-direito-privado-na-covid-19-visao-critica-do-regime-juridico-emergencial-transitorio-rjet.

*relações jurídicas de direito privado em virtude da pandemia da Covid-19; e altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018"* [5] .

Em primeira análise, evidencia-se a natureza emergencial e transitória da iniciativa legislativa. Concebida durante e para uma situação sem precedentes de pandemia global e de agudo isolamento social, o Projeto de Lei 1.179/2020 reflete felizmente um ordenamento jurídico atento às novas necessidades e adequações que se impõe à sociedade. Períodos tão desafiadores como atual exigem que atenção seja despendida não só a indivíduos, mas também a empresas, cooperativas, associações e fundações, as quais devem se adequar rapidamente a condições excepcionais e adversas.

Diante desse cenário, quando se volta o olhar para as alterações proporcionadas pelo Projeto de Lei às reuniões assembleares de sociedades e cooperativas, impera-se uma leitura cuidadosa do Capítulo III do RJET, o qual disciplina em seu Capítulo Terceiro as questões atinentes às Pessoas Jurídicas de Direito Privado, em dois artigos: [6]

> *"Art. 4o As pessoas jurídicas de direito privado referidas nos incisos I a III do art. 44 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) deverão observar as restrições à realização de reuniões e assembleias presenciais até 30 de outubro de 2020, durante a vigência desta Lei, observadas as determinações sanitárias das autoridades locais.*
>
> *Art. 5o Assembleia geral, inclusive para os fins do art. 59 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), até 30 de outubro de 2020, poderá ser realizada por meios eletrônicos, independentemente de previsão nos atos constitutivos da pessoa jurídica.*

5. Trecho extraído do Projeto de Lei nº 1179, de 2020 (Substitutivo da Câmara dos Deputados). Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141962.

6. Substitutivo do Projeto de Lei n.o 1.179, de 2020, de autoria do senador Antonio Anastasia foi aprovado pelo Plenário e aguarda veto ou sanção de 21.05.2020 a 10.06.2020. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141306

> *Parágrafo único. A manifestação dos participantes poderá ocorrer por qualquer meio eletrônico indicado pelo administrador, que assegure a identificação do participante e a segurança do voto, e produzirá todos os efeitos legais de uma assinatura presencial."*

Primeiramente é importante notar que, mesmo quando se trata dos regramentos das reuniões assemblares, a Covid-19 e as preocupações com a saúde e contaminação da população brasileira mantêm-se como tema do Projeto de Lei. Tanto é assim que a orientação primeira presente no Artigo 4º é relacionada à incolumidade dos partícipes em conclaves presenciais, exigindo que as recomendações sanitárias das autoridades locais sejam respeitadas.

Em seguida, o PL 1.179/2020 traz faculdades inovadoras àqueles que permeiam o ambiente empreendedor, possibilitando que novas modalidades de reuniões e assembleias sejam regularizadas, e o distanciamento social não iniba o andamento dos negócios e das deliberações das Pessoas Jurídicas de Direito Privado. Isso ocorre com a disposição no Art. 5º do referido texto legislativo, permitindo que as deliberações possam ser realizadas por *meios eletrônicos* e *independentemente de previsão* nos atos constitutivos da pessoa jurídica.

Finalmente, o Projeto de Lei também admite que o administrador seja o personagem responsável por indicar o meio eletrônico para participação e o exercício do direito a voto nos conclaves, de maneira que lhe é oferecido maior protagonismo na condução das reuniões e assembleias.

Em conclusão, o Projeto de Lei criou condições para que, em meio às mudanças ocasionadas pela pandemia, as deliberações dos órgãos das pessoas jurídicas tão somente não deixassem de ocorrer. Ainda que com dinâmicas e ferramentas que diferem daquelas que operam há décadas no país, àqueles que desejem continuar operantes, essa possibilidade não

lhes é tolhida. Entretanto, não se pode olvidar do caráter ainda temporário das modalidades excepcionais de assembleias, as quais possuem vigência limitada até o dia 30 de outubro, de 2020.

## 3. Alterações da Medida Provisória n.º 931, de 2020

Entrementes a tramitação do Projeto de Lei no Senado Federal e o início da tramitação na Câmara dos Deputados, o Poder Executivo editou a MP n.º 931, de 30 de março 2020. [7] Ela disciplina as modalidades de deliberações das sociedades anônimas, da sociedade limitada, e a sociedade cooperativa, deixando de regular as outras pessoas jurídicas de direito privado - associações e fundações.

Impera-se frisar que a Medida Provisória estabeleceu regras em duas categorias distintas: algumas possuem vigência temporária, e outras possuem intuito de eficácia permanente, caso venham a ser aprovadas pelo Congresso Nacional.

Os comandos normativos com caráter temporário da MP 931/2020 foram responsáveis por ampliar os prazos de diversas obrigações da sociedade anônima, limitada e cooperativas. Exemplificativamente, permitiu-se a prorrogação coincidente dos mandatos dos administradores e demais órgãos até realização de seus respectivos conclaves (reunião ou assembleia anual). [8]

Especificamente em relação a mudanças atinentes a reuniões assemblares, objeto desse ensaio, permitiu-se às Sociedades Anônimas – e tão somente a elas – que o Conselho de Administração delibere, *ad referendum*,

7. Medida Provisória n.º 931, de 30 de março de 2020, altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971 – Lei das Cooperativas, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 – Lei das Sociedades Anônimas, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv931.htm.

8. Os dispositivos com vigência temporária estão disciplinados nos artigos 1o ao 6o da MP 931/2020.

assuntos urgentes de competência da Assembleia Geral e que o Conselho de Administração ou a Diretoria, independente de reforma estatutária, declare os dividendos nos termos do art. 204 da Lei das Sociedades Anônimas. Percebe-se que, o legislador não poupou esforços para afastar entraves burocráticos, viabilizar a gestão e propiciar flexibilidade dos atos societários, a despeito das restrições impostas pela pandemia.

Já em caráter permanente, a MP 931/2020 inovou ao introduzir novas regras em três diplomas legislativos diferentes: no Código Civil (art. 1.80-A), na Lei das Sociedades Anônimas (alterações no art. 121, §§ 1.o e 2.o, § 2.o-A, e revogando o parágrafo único), e na Lei das Cooperativas (o art. 43-A). Com essas mudanças, seria facultado às sociedades anônimas, às sociedades limitadas e às cooperativas "*a participação e o voto do sócio e do associado à distância*". [9]

Além dessas marcas diretas no funcionamento e no regramento de diferentes sociedades, a Medida Provisória ainda desencadeou atuações de diversos órgãos reguladores, cujas consequências práticas na condução das pessoas jurídicas são sensíveis. Foi em razão da MP 931/2020 que o DREI (Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração) editou a Instrução Normativa nº 79, de 14 de abril de 2020, [10] a fim de disciplinar a forma de participação à distância das reuniões e assembleias das sociedades anônimas fechadas, sociedades limitadas e cooperativas. Ainda, com o mesmo intuito de regulador, a CVM (Comissão de Valores Mobiliários)

9. As alterações da sociedade limitada, da sociedade cooperativa e das sociedades anônimas estão disciplinadas respectivamente nos artigos 7.o ao 10, da MP 931/2020, com a inclusão da faculdade de "*participar e votar a distância*" em reunião ou assembleia nos termos do disposto na regulamentação do DREI com a inclusão: i) do Art. 1.080-A do Código Civil (Lei n.o 10.406/2002) para sociedade limitada; ii) do Art. 43-A, para sociedade cooperativa (Lei n.o 5.764/1971); iii) do § 2.o do Art. 121, da Lei das Sociedades Anônimas, exclusivamente para companhia fechada.
A inclusão do "§ 2.o – A" no artigo 9.o da MP 931/2020 faculta assembleia digital com a seguinte dicção: "Regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários poderá excepcionar a regra disposta no § 2º para as sociedades anônimas de capital aberto e, inclusive, autorizar a realização de assembleia digital."

10. A Instrução Normativa DREI NO 79, de 14 de abril de 2020, dispõe sobre a participação e votação a distância em reuniões e assembleias de sociedades anônimas fechadas, limitadas e cooperativas. Disponível em: http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-drei-n-79-de-14-de-abril-de-2020-252498337.

editou a Instrução CVM nº 622, de 17 de abril de 2020, [11] disciplinando as assembleias de sociedades anônimas de capital aberto.

Nota-se, portanto, que a Medida Provisória editada pelo Poder Executivo, paralela ao Projeto de Lei nº 1.179/2020, também tomou como preocupação a atividade empresarial e o funcionamento das assembleias de pessoas jurídicas. No entanto, apesar de não prescindir de aprovação do Congresso Nacional, também se apresenta como resposta efetiva e ainda mais célere para tempos de crise, haja vista sua eficácia imediata gerar prontamente consequências práticas, direta e indiretamente, para aqueles que regula.

## 4. As novas modalidades de realização de assembleias

Como apresentado, por força da MP n.º 931, de 2020 e consequentes regulamentações dos órgãos reguladores competentes (DREI e a CVM), mencionadas acima, diferentes modalidades de assembleias tornaram-se possíveis às sociedades e cooperativas. A depender dos atos constitutivos, agora elas poderão ser realizadas em três modalidades, no que se refere aos meios de participação dos sócios, acionistas ou associados:

a) Presencial: formato tradicional, em que os acionistas, sócios ou associados comparecem presencialmente à assembleia ou reunião, desde que respeitem as determinações sanitárias das autoridades locais;

b) Semipresencial (Parcialmente digital): permite que os acionistas, sócios ou associados, participem e votem na assembleia ou reunião tanto presencialmente como à distância, mediante o envio de boletim de voto à distância e/ou comparecimento por meio eletrônico;

11. A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) editou em 17.3.2020 a Instrução CVM nº 622 (ICVM 622), que alterou a Instrução CVM nº 481 (ICVM 481). O objetivo da norma foi estabelecer as condições para que as companhias realizem assembleias inteiramente digitais, conforme previsto na Medida Provisória 931, de 30 de março de 2020, bem como aprimorar regras aplicáveis também às assembleias parcialmente digitais.

c) Digital (assembleia virtual): permite que os acionistas, sócios ou associados participem e votem na assembleia exclusivamente de forma digital, mediante o envio de boletim de voto à distância e/ou comparecimento remoto por meio eletrônico. Nesta hipótese de assembleia virtual o local do conclave é a sede da empresa. [12]

Importante notar que apesar de haver novidades nas modalidades de assembleia, os atores privados ainda devem atender e seguir as regras, regulamentações, e sobretudo atos constitutivos em sua integralidade, no que se refere à convocação, à instalação e à deliberação de assembleias, pois eles permanecem obrigatórios.

Além disso, a opção pela forma semipresencial ou digital deverá observar, em ambos os casos, as disposições da IN DREI 79/2020, nos seguintes termos:

> *i) Convocação*. Informar a modalidade de realização da reunião ou assembleia, detalhando como os acionistas, sócios ou associados poderão participar e votar à distância, e com a indicação do endereço eletrônico onde estarão disponíveis de forma completa e segura; listar os documentos exigidos para que os acionistas, sócios ou associados, ou seus eventuais representantes legais, sejam admitidos no conclave.
>
> *ii) Admissão na reunião ou assembleia.* A sociedade poderá solicitar o envio prévio, através de protocolo eletrônico, dos documentos mencionados no anúncio de convocação, para a admissão no conclave; o acionista, sócio, associado ou eventual representante poderão participar do conclave, ainda que tenham deixado de enviar os documentos para a admissão, na forma acima, em até 30 (trinta) minutos antes do horário estipulado para a abertura dos trabalhos.
>
> *iii) Sistema e tecnologia acessíveis*. A sociedade deverá adotar sistema e tecnologia acessíveis para a participação e votação à distância, sem que seja responsabilizada por problemas decorrentes dos equipamentos de informática, da conexão à rede pelos participantes

12. Nos termos do parágrafo 3º, do art. 1º da IN DREI 79/2020.

ou quaisquer outras situações que não estejam sob o seu controle; o sistema eletrônico deverá garantir: segurança, confiabilidade e transparência no conclave; o registro de presença dos sócios, acionistas ou associados; a preservação do direito de participação à distância dos membros durante a realização dos trabalhos; o exercício e o registro do direito de voto à distância; a possibilidade de visualização dos documentos apresentados durante o ato; a possibilidade de a mesa receber manifestações escritas dos acionistas, sócios ou associados; a gravação integral da reunião ou assembleia; a participação de administradores, pessoas autorizadas e membros cuja participação seja obrigatória; nas cooperativas, o sistema eletrônico também deverá garantir a anonimato dos votantes nas matérias em que o estatuto social previr o voto secreto.

*iv) Processamento das informações*. A sociedade poderá contratar terceiros para administrar, em seu nome, o processamento das informações nas reuniões ou assembleias.

*v) Arquivamento dos documentos e gravação integral da reunião ou assembleia*. Os documentos relativos ao conclave e a sua gravação integral deverão ser arquivados na sede da sociedade pelo prazo aplicável à ação que vise a anulá-lo.

*vi) Assinatura da ata e dos livros societários.* A ata da reunião ou assembleia e os livros societários poderão ser assinados, isoladamente, pelo presidente e secretário da mesa, que certificarão em tais documentos os acionistas, sócios ou associados presentes.

*vii) Boletim de voto à distância.* Deve-se cumprir a exigência de indicar todas as matérias constantes da ordem do dia em linguagem clara e objetiva; orientações sobre o seu envio à sociedade; indicação dos documentos que devem acompanhá-lo para verificação da identidade do remetente ou eventual representante; e orientações sobre as formalidades necessárias para que o voto seja considerado válido; a descrição das matérias deverá ser formulada como proposta, indicando o seu autor, de modo que o acionista, sócio ou associado precise somente aprová-la, rejeitá-la ou abster-se, podendo, ainda, conter a indicação de página eletrônica na qual referida proposta esteja descrita mais detalhadamente ou que contenha documentos a ela inerentes; o envio, *recebimento* e eventual retificação ou reenvio:

i) deverá ser disponibilizado pela sociedade em versão passível de impressão e preenchimento manual, por meio de sistema eletrônico; ii) deverá ser encaminhado na data da publicação da primeira convocação para a reunião ou assembleia, e ser devolvido à sociedade no mínimo 5 (cinco) dias antes da data da realização do conclave; iii) a sociedade, em até 2 (dois) dias do recebimento do boletim e eventuais documentos que o acompanhem, deverá comunicar o respectivo recebimento e a sua suficiência para que o voto seja considerado válido, ou a necessidade de retificação ou reenvio, descrevendo os procedimentos e prazos necessários à regularização; iv) o acionista, sócio ou associado poderá retificar ou reenviar o boletim ou os documentos que o acompanham, desde que com antecedência de 5 (cinco) dias antes da data da realização do ato; v) o envio de boletim não impede o acionista, sócio ou associado de participar da reunião ou assembleia e exercer seu direito de participação e votação durante o conclave, hipótese em que o boletim enviado será desconsiderado.

*vii) Registro da ata de reunião ou assembleia.* Deverá constar do documento a modalidade de realização da reunião ou assembleia, bem como a forma pela qual foram permitidas a participação e a votação à distância, conforme o caso;

Finalmente, é ressaltado que, na hipótese de lacunas ou omissões, aplicam-se às reuniões e assembleias semipresenciais e digitais, subsidiariamente e naquilo que for compatível, as disposições legais regulamentares e dos estatutos e contratos sociais relativas às reuniões e assembleias exclusivamente presenciais.

## 5. Convergências e divergências entre o PL 1.179/2020, a MP 931/2020 e a IN DREI 79/2020

Uma tríade de dispositivos destinados a regular o mesmo assunto, forjada em tempos de crise e para tempos de crise, e cujos efeitos produzem consequências práticas de maneira rápida, senão imediata. Não surpreende

que a comunidade jurídica aponta para possíveis antinomias aparentes e alerta para os desdobramentos sensíveis que podem surgir caso a técnica normativa não seja evocada.

É o caso do atento Prof.º Marcelo Vieira von Adamek, [13] ao frisar que a redação da MP 931/2020 não coincide com as modalidades de conclaves disciplinados na IN DREI 79/2020. O ponto levantado pelo comercialista é de extrema relevância para o ordenamento jurídico, uma vez que atinge o próprio fundamento de validade da normativa do órgão regulador.

Explico, o texto da MP 931/2020 prevê somente a faculdade de *participação e voto à distância*, para sociedades limitadas, para sociedades anônimas fechadas e para sociedades cooperativas. Já o termo *assembleia digital* foi utilizado pela Medida Provisória exclusivamente para a sociedade anônima de capital aberto [14]. Denotou-se, então, que as opções de participação e voto à distância diferem de assembleia digital.

No entanto, o parágrafo segundo do artigo 1o da IN DREI 79/2020 não se restringe a permitir a participação e o exercício do voto à distância dos acionistas, sócios ou associados mediante o boletim de voto à distância (BVD), como era autorizado pela Media Provisória para as pessoas jurídicas que ele regula. A Instrução Normativa vai além e elenca que essa

13. "Com efeito, a interpretação sistemática da MP 931/2020, feita a partir do confronto e da análise conjunta de seus diversos comandos, revela que "assembleia digital" é hipótese prevista apenas para sociedades anônimas de capital aberto (no contexto do novo § 2°-A introduzido no art. 124 da Lei das S/A); para os demais tipos societários, o que se contemplou, apenas, foi "participar e votar à distância", modalidade essa também prevista para as companhias abertas. Ora, se o legislador distinguiu – "assembleia digital" e "participar e votar à distância" – é seguramente porque são hipóteses distintas, ou então a distinção não faria sentido algum." ADAMEK, Marcelo. Companhias abertas à parte, assembleias virtuais são realidade no Brasil? Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mai-02/direito-civil-atualas-assembleias-virtuais-sao-realidade-direito-societario-brasileiro.

14. O confronto dos textos entre a IN DREI 79/2020 e da P 931/2020 opera-se pelo cotejo dos seguintes artigos, respectivamente: *IN DREI 79/2020*: Art. 1º Esta Instrução Normativa regulamenta a participação e a votação a distância em reuniões e assembleias de sociedades anônimas fechadas, limitadas e cooperativas.
§ 1º Exclusivamente para os fins do disposto no caput, as reuniões e assembleias podem ser:
I - semipresenciais, quando os acionistas, sócios ou associados puderem participar e votar presencialmente, no local físico da realização do conclave, mas também a distância, nos termos do § 2º; ou
II - digitais, quando os acionistas, sócios ou associados só puderem participar e votar a distância, nos termos do § 2º, caso em que o conclave não será realizado em nenhum local físico.
§ 2º A participação e a votação a distância dos acionistas, sócios ou associados pode ocorrer mediante o envio de boletim de voto a distância e/ou mediante atuação remota, via sistema eletrônico.
*MP 931/2020*: As alterações da sociedade limitada, da sociedade cooperativa e das sociedades anônimas estão disciplinadas respectivamente nos artigos 7.o ao 10, da MP 931/2020, com a inclusão da faculdade dos sócios, associados ou acionistas da companhia fechada "*participar e votar a distância*" em reunião ou assembleia.

participação poderá ser realizada também mediante atuação remota, via sistema eletrônico como modalidade de assembleia digital (ou virtual) – opção restringida na redação da MP 931/2020 exclusivamente para as Sociedade Anônimas de Capital Aberto, cuja competência regulatória é da CVM.

Com efeito, o dispositivo da Medida Provisória, ao permitir a faculdade de participação e do voto à distância, não estaria autorizando que as sociedades anônimas fechadas, as limitadas e as cooperativas realizassem seus conclaves na modalidade digital. Assim, o dispositivo do DREI que dispôs justamente essa hipótese não possuiria validade.

E não é só. Outro ponto a ser discutido é a obrigatoriedade de previsão nos atos constitutivos das modalidades de participação e de exercício do voto à distância para que sejam válidos. Apesar de a MP 931/2020 não afastar a necessidade da modalidade estar prevista nos estatutos e contratos sociais, o *caput* do art. 5.o do PL 1.179/2020 vai exatamente no sentido contrário e permite a realização de assembleia por meio eletrônico, *independentemente de previsão nos atos constitutivos da pessoa jurídica*.

Ainda, vale apontar que o art. 4.o, do PL 1.179/2020 não limita aplicação às sociedades empresárias, abrangendo as associações e fundações. Assim, admite-se que estas modalidades de meios eletrônicos (semipresencial e exclusivamente digital) também possam ser aplicadas para as pessoas jurídicas sem fins lucrativos, mesmo que não haja qualquer previsão estatutária neste sentido.

Por fim, há que se colocar em questão a atuação dos administradores das sociedades, e o poder que as normativas lhes conferiram. O parágrafo único do Art. 5º do PL 1.179/2020 elege o administrador, e ele tão somente, para indicar o meio eletrônico de manifestação dos partícipes nos conclaves. Somada a essa atribuição, está a ampliação dos mandatos

dos administradores autorizada pela MP 931/2020 e as respectivas regulamentações do DREI e da CVM, chegando ao resultado de que o administrador, sem necessidade de consulta a qualquer sócio ou órgão, pode decidir ou não convocar os conclaves e conduzi-los pelo meio eletrônico que ele mesmo selecionar. Lembre-se que, esses conclaves, por sua vez, poderão deliberar reformas nos estatutos e contratos sociais e destituir administradores, exemplificativamente.

Postas essas problemáticas, o núcleo das primeiras reflexões apontadas neste ensaio não é o de repúdio. Ao contrário. O fato de atores legislativos, executivos e reguladores estarem engajados e atentos às necessidades da disciplina empresarial perante a pandemia da Covid-19 é animador; e a possibilidade das Pessoas Jurídicas de Direito Privado poderem dar continuidade a suas atividades e deliberações mesmo com o regime de isolamento social é promissora.

O ordenamento jurídico brasileiro, com a MP 931/2020, a IN DREI 79/2020 e a esperada sanção do PL 1.179/2020, acertou ao garantir a acionistas, sócios e associados que as deliberações dos órgãos de gestão mantenham suas atividades na pandemia, utilizando-se dos meios eletrônicos. O único ponto negativo a ser levantado nesse momento, no entanto, é que o cenário promissor desenhado pelo trio aqui analisado possui, até então, data marcada para terminar: outubro de 2020.

Para que isso não aconteça, o que se espera desse período, das inovações legislativas e das novas modalidades de realização dos conclaves é que elas ultrapassem o período já determinado, demostrando que novas tecnologias e reuniões virtuais oferecem benefícios para além do enfrentamento à pandemia. A expectativa é de que comodidade, facilidade de acesso e tecnologias de comunicação instantânea de qualidade façam

com que assembleias virtuais e participação à distância venham a incorporar os atos constitutivos das pessoas jurídicas de direito privado de forma permanente, mesmo após a vigência das regras transitórias.

Assim, uma vez sancionado o PL 1179/2020, e por força da Medida Provisória e da Instrução Normativa, será cumprido o propósito de minimizar os efeitos desencadeados pelo estado de calamidade social e econômica que afeta o país, e de garantir condições jurídicas seguras para enfrentar crises. Tudo isso com soluções flexíveis e inovadoras, as quais podem abrir um novo e estimulante caminho para empresários, administradores, sócios e reguladores, e cuja extinção esperamos que não seja definida por algo tão súbito, e esperançosamente próximo, que é a cura do coronavírus.

## 6. Referências

ADAMEK, Marcelo Vieira von. Companhias abertas à parte, assembleias virtuais são realidade no Brasil? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-02/direito-civil-atualas-assembleias-virtuais-sao-realidade-direito-societario-brasileiro.> Acesso em: 15/05/2020.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Manual de direito Comercial: direito de empresa.* 18. ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fabio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima/Fabio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. *Sociedades cooperativas*/[coordenação]. 1. ed. São Paulo: Lex, 2018.

LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. *Lei das sociedades por ações anotada*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

# 31

# As Previsões de Força Maior nos Contratos de Comercialização de Energia Elétrica e os Desafios da Dudicialização no Mercado Livre

**TARCÍSIO ARAÚJO KROETZ**

**MARIA EUGÊNIA DO AMARAL KROETZ**

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Mercado Livre de Energia Elétrica; 3. Os contratos bilaterais de comercialização de energia; 4. Perspectiva do contrato: o uso da força maior; 5. Perspectiva do setor: desafios da judicialização; 6. Respostas do governo para pandemia; 7. Referências.*

## 1. Introdução

Olhar para o setor elétrico é como olhar para peças de dominó enfileiradas: derrube uma e o resultado será uma sequência de sucessivas quedas imediatas. O setor de energia funciona assim: interligado. A ação de um agente reflete no outro e afeta a todos, sem distinção. Nas últimas semanas, os impactos da pandemia causada pela COVID-19 tomaram lugar prioritário na agenda do país. Apreensivos, comercializadores, geradores, distribuidores, transmissores, consumidores e, também, o regulador analisam as consequências de possíveis não adimplementos contratuais dentro do mercado.

Neste cenário de apreensões, pretende-se alertar sobre os desafios de possível judicialização dos efeitos causados pela pandemia dentro do setor elétrico nos contratos de comercialização do Mercado Livre de energia e a alegação da força maior como argumento para seu não-cumprimento. A partir da percepção de que o setor elétrico não está alheio aos problemas causados pela pandemia, tampouco às consequências de uma má resposta ao quadro atual, demonstra-se que os agentes envolvidos envidam esforços para sensibilizar a autoridade regulatória e o governo para responder à crise. Mas, argumenta-se que, ao fim e ao cabo, a melhor solução vem do respeito global às condições dos contratos firmados no mercado de energia elétrica.

O ensaio está estruturado como segue: após essa introdução, a sessão '1' apresenta a estrutura regulatória do mercado de energia, mostrando sua característica de interligação; a sessão '2' discorre sobre a natureza dos contratos de comercialização de energia elétrica, que é de um instrumento privado, com efeitos setoriais dentro de um mercado altamente regulado; a sessão '3' traz um panorama da alegação da força maior nas relações dos agentes do setor, argumentando que sua aplicação não é automática; a sessão '4' apresenta os perigos da judicialização dentro do setor elétrico; a sessão '5' retoma as respostas encontradas no setor para pandemia e conclui ao reforçar a importância do cumprimento contratual dentro deste ambiente de contratação.

## 2. O Mercado Livre de Energia Elétrica

O setor de energia elétrica nacional foi cuidadosamente desenhado com um objetivo: o de não haver interrupção na entrega de eletricidade para o consumidor final. Resultado das privatizações do governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, com ajustes e reformas que se seguiram nas próximas Administrações, o modelo regulatório atual busca compatibilizar

a abertura do mercado com a matriz energética brasileira, eminentemente hídrica. Para garantir a capacidade do sistema e o suprimento da população do país, o modelo tupiniquim combina elementos de planejamento estatal centralizado com atividades privadas, guiadas pela eficiência econômica. [1]

Nesse sentido, o despacho energético [2], por exemplo, segue rígido procedimento a fim de garantir as máximas utilidade, eficiência e segurança marginais do setor elétrico nacional. [3]

O setor de energia elétrica é dividido em quatro segmentos (geração, transmissão, distribuição e comercialização). De forma simples, a energia é produzida na usina geradora, em alta tensão é transmitida pelo fio de luz até a distribuidora que adequa a eletricidade da rede para o uso do consumidor (seja ele residencial ou industrial).

Em âmbito nacional, o setor elétrico opera por um sistema interligado (o SIN), que possibilita transportar energia para todo o país por meio de uma única rede de transmissão interligada - a chamada rede básica.

Na atual configuração do setor elétrico, há possibilidade de geradores venderem energia diretamente a consumidores que apresentam uma alta demanda energética (no mínimo de 3.000 kW, nos termos do art. 16 da lei 9.074/95). Como não seria economicamente viável que agentes de pequeno e médio porte desenvolvessem essa atividade de compra e venda sozinhos, por conta de altos custos de transação, eles se utilizam do trabalho dos comercializadores, ou seja, de agentes intermediários vendedores. [4]

---

1. GOLDENBERG, José; PRADO, Luiz Tadeu Siqueira. Reforma e crise do setor elétrico no período FHC. **Tempo Social**, vol. 15, n.2, p. 219-235.

2. Ato administrativo que tem por função decidir a unidade e o tipo de gerador responsável pelo fornecimento de energia da população.

3. Para tanto, são utilizados softwares de otimização como o *NEWAVE* e o *DECOMP*, combinados com a observação de mecanismos de representação de aversão a risco de racionamento, que avaliam fatores como o nível dos reservatórios das hidrelétricas, o custo de acionamento das usinas térmicas, as projeções de demanda, os novos projetos programados no horizonte de cinco anos, o custo da energia não suprida estabelecido pela ANEEL, bem como os cenários possíveis de vazões sazonais.

4. JOSKOW, Paul L. e WOLFRAN Catherine D. Dynamic Pricing of Electricity. **American Economic Review**, vol. 102, n. 3, 2012. Disponível em: https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.102.3.381

O SIN permite que os geradores entreguem a energia produzida diretamente na rede e que os consumidores retirem a energia diretamente dessa mesma rede. Para legitimar sua retirada e, portanto, sua aquisição, faz-se necessário que os consumidores celebrem contratos de comercialização de energia elétrica com agentes vendedores. O sistema possibilita a livre negociação de energia entre agentes do mercado, independente de restrições físicas ou de distância.

Assim, são vários os agentes que participam do setor elétrico. Cabe aqui dizer que as ordens de planejamento do setor vem do Ministério das Minas e Energia (MME) e sua principal agência reguladora é a Agencia Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), o que não obsta que monitoramento e regras especificas a cada segmento da atividade energética seja realizado por outros órgãos, como acontece com a Câmera de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE).

Originalmente, a reforma do setor elétrico, que aconteceu nos anos 90 e se materializou na promulgação de novas leis, como a Lei nº 9.074/95, foi pensada com o intuito de liberalização plena do setor. Baseada em exemplos internacionais, ela trouxe a outorga de concessões, em especial nos segmentos de transmissão e geração, e a alienação de empresas e ativos de distribuição. [5]

No entanto, a falta de implementação da regulação, de investimentos, somados a crise hídrica, fizeram com que a abertura plena do setor não se concretizasse.

Durante o governo do Presidente Luis Inácio "Lula" da Silva foi promulgada a Lei nº 10.848/04, que, entre outras mudanças, dividiu o mercado de energia elétrica em dois: livre e regulado. [6]

5. SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação do setor elétrico brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, ano 14, nº 53, 2013.
6. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Breve apresentação do Novo Marco Regulatório do Setor Elétrico Brasileiro. *In*: LANDAU.

Tais ambientes de contratação apresentam diferenças referentes a seus participantes, formas de celebrar negócios, tipos de contrato e comportamento frente ao preço praticado entre os agentes que deles fazem parte.

No Ambiente de Contratação Regulado – ACR vê-se a atuação de geradoras, comercializadoras, consumidores livres e especiais que realizam suas contratações por meio de leilões de energia promovidos pela CCEE, sob delegação da ANEEL, a partir da lógica do menor preço. Firmam instrumentos contratuais regulados pela ANEEL (os chamados Contrato de Comercialização de Energia Elétrica no Ambiente Regulado - CCEAR), os quais respeitam o preço da energia estabelecido nos leilões e são de longo prazo.

Já no Ambiente de Contratação Livre – ACL participam geradoras, distribuidoras e comercializadoras, as quais livre e bilateralmente negociam e preveem as condições que hão de reger a compra e venda de energia, inclusive no que concerne o preço a que pretendem se vincular. Os contratos firmados no mercado atacadista são discutidos de forma direta pelos agentes vendedores e compradores de energia e podem ser firmados a curto, médio ou longo prazo a depender da vontade das partes que os celebram. [7]

A Câmera de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), por delegação de competência da ANEEL, além de supervisionar o segmento, realiza liquidação financeira dos montantes devidos em cada uma dessas transações. A diferença de valores entre a quantidade de energia contratada, adquirida e consumida é liquidada pelo Preço de Liquidação de Diferenças – PLD, valor flutuante calculado a partir das condições gerais do setor [8] .

Elena (coord.). **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**. Rio de Janeiro: 2006, p. 235 - 260.

7. PRADO, Mariana Mota. O Setor de Energia Elétrica. *In*: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). **Direito e Economia na Regulação Setorial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 3-35.

8. O cálculo do PLD é realizado com base em uma série de variáveis, tais como, risco hidrológico, níveis dos reservatórios,

Ele serve de referência para as negociações mensais do chamado Mercado de Curto Prazo – MCP.

Assim, a CCEE verifica a quantidade de energia efetivamente utilizada pelo consumidor, cruzando os dados com a quantidade de energia por ele comprada antecipadamente (energia registrada), realizando os ajustes financeiros e chegando ao resultado final da liquidação. Agentes que consomem mais do que o contratado (mais do que a energia registrada) ficam expostos ao MCP, pagando a diferença baseada no valor do PLD, enquanto agentes que consumem menos que o contratado (menos que a energia registrada), recebem diferença baseada no valor do PLD.

Desta forma, a atividade dos agentes nesse Ambiente de Contratação Livre é uma de grande risco que, analogamente às transações realizadas no mercado financeiro, pode resultar em perdas ou ganhos de grandes somas. Também é peculiar o tratamento dado aos agentes que atuam nesse Mercado Livre: ao mesmo tempo que regulados, a eles é concedido espaço de liberdade para negociar e pactuar os contratos bilaterais de comercialização, inclusive em relação ao preço e condições de pagamento. [9] É sobre esses instrumentos que a próxima sessão se debruça.

## 3. Os contratos bilaterais de comercialização de energia

Os contratos bilaterais de compra e venda de energia elétrica são especialmente interessantes por se apresentarem como elementos de uma "*atividade econômica privada de interesse público*". [10] E mais, apresentam o que

curva de carga, segurança do sistema, custo de combustível e afins. É calculado semanalmente e sofre grandes variações. Ver mais em https://www.ccee.org.br/portal/faces/oquefazemos_menu_lateral/precos?_afrLoop=567998985535049#%40%3F_afrLoop%3D567998985535049%26_adf.ctrl-state%3D3sxh84oaz_4.

9. GOMES, Gabriel Jamur. **Relações contratuais de comercialização na regulação jurídica do mercado brasileiro de energia elétrica**. Dissertação (Mestrado. Setor de Ciências Jurídicas) Universidade Federal do Paraná – UFPR. Curitiba, 2013.

10. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.

Maria d´Assunção Costa chama de "*interconectividade na sua execução*". [11]

Dessa forma, os contratos de comercialização de energia no Mercado Livre apresentam uma função básica de viabilizar a transação de bens entre as partes que os celebram. Contudo, também instrumentalizam a regulação do setor elétrico nacional e contribuem para segurança jurídica e econômica do setor, auxiliando no alcance da meta de modicidade tarifária. [12]

Nesse sentido, Fernando Noronha leciona que "*As obrigações, porém, não tem por finalidade realizar unicamente uma* finalidade individual, *egoística, do credor; ao lado desta, qualquer obrigação, na medida em que é objeto de tutela jurídica, tem também uma* finalidade social" (...) [13]

Finalidade social essa que parece ser ainda mais aguda no caso do setor elétrico.

Assim, ao mesmo tempo em que apresentam a autonomia de contratação e outros aspectos esperados em um instrumento privado, como a possibilidade de negociação sigilosa de preços e condições, devem seguir normas regulatórias que visam assegurar o interesse público, como o registro na CCEE das informações sobre o período de duração do instrumento acordado e sobre o montante de energia contratado. [14]

O bom funcionamento do Mercado Livre depende diretamente da observância dos contratos celebrados. Os descumprimentos contratuais geram efeito cascata que prejudica diversos agentes do setor. Por isso, há uma série de exigências que visam reforçar as obrigações contratuais:

11. COSTA, Maria D'Assunção. Contrato de Compra e Venda de Energia: a Diferença que Faz a Diferença In ROCHA, Fábio Amorin da (org). **Temas Relevantes no Direito da Energia Elétrica**. :Synergia Editora, 2015 tomo IV.

12. MAGALHÃES, Gerusa. **Comercialização de Energia Elétrica no Ambientes de Contratação Livre: Uma Análise Regulatório- Institucional a partir dos Contratos de Compra e Venda de Energia Elétrica**. 2009. Dissertação (Mestrado em Energia). Programa de Pós Graduação em Energia. Universidade de São Paulo, 2009.

13. NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

14. WALTENBERG, David A. M. O direito da energia elétrica e a Aneel. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (org.) **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 354-377.

exigência de lastro de energia para as operações; apresentação de garantia financeira para cumprimento dos contratos; e aplicação de penalidades ao agente que não cumpre suas obrigações.

A violação das obrigações neles estabelecidas pode ensejar a aplicação de sanções administrativas tanto pela ANEEL quanto pela CCEE. [15] A Câmara não detém competência para interferir nas cláusulas contratuais negociadas pelas partes, sendo que elas são munidas de liberdade para incluir e editar, a modulação energética nos instrumentos de curto prazo e também a sazonalização nos instrumentos de longo prazo.

As partes, no entanto, a partir de orientações legais e regulatórias, são submetidas a obrigações de inclusão e divulgação de informações como o nome das contrapartes dos contratos, o submercado em que pretendem registrar o montante de energia negociado. É devida também a inclusão de cláusulas de penalidade *take or pay* e a demonstração de lastro (capacidade) do agente para atender a integralidade de seu consumo ou de seus contratos de venda de energia elétrica. [16]

A natureza de interconectividade dos contratos de comercialização de energia elétrica é importante para discussão em tela pois, como leciona Rodrigo Xavier Leonardo, havendo uma pluralidade de negócios para realização de uma mesma operação econômica, verifica-se caso de contratação coligada, a qual traz a importante consequência de que o rompimento de qualquer das avenças que compõem a rede contratual macula o escopo global da relação entabulada pelas partes. [17]

A crise gerada pela COVID-19 fez comercializadores e consumidores se questionarem se teriam condições de cumprir com os contratos

15. COSTA, Maria D'Assunção. Contrato de Compra e Venda de Energia: a Diferença que Faz a Diferença In ROCHA, Fábio Amorin da (org). **Temas Relevantes no Direito da Energia Elétrica**. :Synergia Editora, 2014 tomo II.

16. MAGALHÃES, Gerusa. **Comercialização de Energia Elétrica no Ambientes de Contratação Livre: Uma Análise Regulatório- Institucional a partir dos Contratos de Compra e Venda de Energia Elétrica**. 2009. Dissertação (Mestrado em Energia). Programa de Pós Graduação em Energia. Universidade de São Paulo, 2009.

17. LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no Mercado Habitacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

pactuados. E, também, se, à luz da situação vivenciada, não poderiam justificar eventuais inadimplementos a partir do uso do argumento da força maior. Passa-se a examinar as dificuldades na aplicação em série dessa exceção de cumprimento tanto da perspectiva do contrato quanto da perspectiva do setor.

## 4. Perspectiva do contrato: o uso da força maior

A força maior é exemplo de exceção de cumprimento contratual causada por fato alheio à vontade das partes [18]. O ordenamento jurídico brasileiro a prevê no parágrafo único do art. 393 do Código Civil que lê:

> 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.*

Diz-se, portanto que a força maior exclui a responsabilidade do devedor pelo inadimplemento das obrigações em razão de acontecimentos inevitáveis e imprevisíveis quando da celebração do contrato e que conduzam a um impedimento real e comprovado do seu cumprimento [19].

Assim, pode-se concluir que o mero acontecimento da pandemia não necessariamente enseja a aplicação automática das hipóteses de excludentes de responsabilidade, como é a força maior. É preciso que se faça análise minuciosa dos fatos que levaram ao não cumprimento, dos riscos inerentes à natureza da atividade que é desenvolvida pelas partes e dos termos do instrumento contratual firmado. [20]

Nesse sentido, reforçamos os termos do artigo 393 do Código Civil,

18. Importante mencionar que a doutrina faz diferenciação entre caso fortuito e força maior. Tal separação não foi feita pelo Código Civil, nem há mudança dos efeitos na aplicação entre os institutos, portanto o presente artigo usa os vocábulos como sinônimos. Para mais, ver: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** teoria geral das obrigações. Rev. e atual. por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

19. GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

20. Para reflexão interessante sobre o tema ver: TORQUATO, Pablo. **Cláusula de força maior ganha importância nas relações contratuais.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mai-06/paulo-torquato-clausula-forca-maior-ganha-importancia-relacoes-contratuais>

a incidência do instituto depende de "*fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir*."

Dentro da esfera de aplicação do dispositivo legal, tendo em vista a natureza da atividade de comercialização de energia, ainda que o PLD estivesse abaixo do preço do contrato seria difícil a comprovação da inevitabilidade exigida pelo art. 393 do Código Civil. Em especial, por geradores e comercializadores.

Também há que se observar o texto do contrato firmado pelas partes. Apesar de a previsão da excludente de responsabilidade causadas por elementos de imprevisão, ser obrigatória nos contratos do Mercado Livre, as hipóteses de sua aplicação fazem parte da área de liberdade concedida às partes. Em rápido levantamento da redação das cláusulas de contratos de comercialização, foram encontrados diferentes tipos de regulamentação do uso do instituto. Os regramentos vão desde previsões que se equiparam à letra da lei, até o afastamento quase que completo do uso da excludente de responsabilidade por caso fortuito ou força maior.

Urge pontuar que se faz imprescindível a observação dos contratos celebrados pelos envolvidos. Com a promulgação da Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.873/2019), não resta dúvida sobre a supremacia das obrigações estabelecidas no contrato em detrimento de regras genéricas estabelecidas pela legislação de regência.

Portanto, a análise do cabimento da alegação de força maior depende de mais do que as circunstâncias do caso concreto, mas do que foi contratualmente pactuado pelas partes. Outro ponto relevante é que mesmo que o direito de rescisão seja reconhecido, não se afasta a obrigação do pagamento da pré-liquidação de danos contratuais ou multas

equivalentes. Assim, pode-se visualizar fragilidades do instituto como um trunfo autorizador do não pagamento.

Não obstante essas ressalvas, fato é que a crise, principalmente econômica, causada pela COVID-19, pode levar ao não cumprimento dos instrumentos contratuais e, consequentemente, a seu eventual questionamento pela via judicial. Essa litigância dentro do âmbito dos contratos bilaterais pode trazer consequências para o setor como um todo, como será desenvolvido na próxima sessão.

## 5. Perspectiva do setor: desafios da judicialização

Como previsto na Convenção de Comercialização de Energia Elétrica, da CCEE, contratos do Mercado Livre de energia devem ser discutidos em arbitragem. Não se contesta as vantagens dos procedimentos arbitrais, que tendem a ser processos mais expeditos e administrados por profissionais especializados no tema da energia. [21] No entanto, trazer um terceiro para dentro da relação entre as partes pode não ser a melhor solução. Por exemplo, estes procedimentos estão sujeitos a regras rígidas de confidencialidade, que podem ser empecilhos para a harmonização das decisões no setor.

A situação é ainda mais complicada em tempos de pandemia, tendo em vista as adequações das Câmaras Arbitrais ao confinamento imposto, o que incentiva os pedidos liminares perante o Poder Judiciário. Nesse sentido, a Associação Brasileira dos Comercializadores de Energia – ABRACEEL já sinalizou os perigos do uso do argumento da força maior e da via contenciosa no Mercado Livre de energia elétrica.

Ademais, o panorama traçado na primeira sessão deste artigo demonstrou que o bom funcionamento do sistema elétrico nacional e,

21. RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. Arbitragem no setor da comerciliazação da energia elétrica. In: *Revista do Direito Administrativo Contemporâneo*, vol. 21 (Nov-Dez 2015).

portanto, a garantia do fornecimento de energia para população, depende da comunicação entre seus agentes e atividades. Então, a repercussão das ações em um dos segmentos traz grandes consequências aos demais.

A experiência recente do setor elétrico - relativa às causas do GSF, por exemplo - mostra que a judicialização não traz bons resultados. Processos contenciosos demoram, nem sempre contam com julgadores especializados, e são reflexo de uma falha no cumprimento da lógica do sistema.

Outro ponto é que, quando se colocam elementos de stress dentro do setor elétrico, mesmo que este só diga respeito a um dos segmentos da atividade, inevitavelmente se chega a um acréscimo das tarifas de energia. E, geralmente, a conta acaba sendo dividida por todos. [22]

Assim, a questão, passa a transcender seus reflexos atingindo o usuário final, o cidadão comum que participa do Mercado Regulado – ambiente de contratação em que os distribuidores adquirem energia dos comercializadores e geradores em leilões de energia elétrica, para entrega nas residências e pequenos consumidores.

As implicações financeiras da pandemia do coronavírus e do isolamento social são graves e o setor elétrico não escapa disso. A Eletrobras estima que a inadimplência com seus consumidores do Mercado Livre será de R$ 133 milhões (cerca de 1% da receita do ACL), e a agência de *ratings Moodys* calcula que a pandemia vai reduzir em até R$ 16 bilhões a geração de caixa das 41 distribuidoras do país no segundo trimestre do ano. [23]

Seja por razões de desgaste da relação bilateral, seja por razões de riscos sistêmicos, argumenta-se que a renegociação dos contratos, no lugar da litigância adversarial, parece ser uma melhor maneira de se lidar com os efeitos da COVID-19 dentro do setor elétrico.

22. GOMES, Raphael; POLTRONIERI, Renato. The Electricity Sector and the Structure of the Short-Term Market in Brazil. In: COSTA, José Augusto Fontoura; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JÚNIOR, Ely Cetano; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha (ed). **Energy Law and Regulation in Brazil**. Springer: Switzerland, 2018, p. 113-136.

23. https://www.canalenergia.com.br/noticias/53136357/eletrobras-estima-inadimplencia-de-r-133-mi-no-ano-com-acl https://www.canalenergia.com.br/noticias/53136470/setor-eletrico-sofrera-pressoes-ate-2021-aponta-moodys

A próxima sessão retoma esse argumento, depois de apresentar algumas respostas do governo que aparentam caminhar para esta solução negocial.

## 6. Respostas do governo para pandemia

Diante da pandemia causada pela COVID-19, o governo busca responder e, em alguns casos, até antever problemas dela decorrentes. Nesse contexto, foram editadas leis, medidas provisórias e decretos de caráter emergencial e transitório.

Exemplo é o PL 1179/20, que no momento, aguarda sanção presidencial e trata das relações jurídicas de direito privado no período da crise. Essa iniciativa legislativa se atentou a possibilidade de uso do argumento da força maior. Em seu artigo 6º prevê que

> **Art 6º**: *As consequências decorrentes da pandemia do coronavírus (Covid-19) nas execuções dos contratos, incluídas as previstas no art. 393 do Código Civil, não terão efeitos jurídicos retroativos.*

Ou seja, o regime temporário busca, a partir do elemento temporal, limitar a utilização desta modalidade de exceção de cumprimento contratual e, de alguma forma, parece tentar resguardar as condições combinadas pelas partes dentro de sua esfera privada.

No setor energia elétrica, em específico, foi promulgado o Decreto 10.350/20, por iniciativa do Ministério da Economia e do Ministério das Minas e Energia, que foi chamado de Conta Covid. Nele fica instituído um regime facilitado de empréstimos financeiros para as distribuidoras de eletricidade, através da CCEE e de um *pool* de bancos, a ser regulamentado pela Aneel. Sendo assim, a Conta Covid não diz respeito ao Mercado Livre de energia, tampouco aos contratos de comercialização. Mas, como já argumentado, o setor é altamente interligado e as políticas públicas direcionadas a um de seus segmentos influenciam nos demais.

Chama atenção, para fins do presente artigo, que o acesso ao financiamento da Conta Covid está sujeito à concordância das distribuidoras com as condições do art. 2º do Decreto, que incluem a não solicitação de redução do volume contratado de seus contratos; o limite da destinação de dividendos e pagamentos de juros sobre capital próprio ao percentual mínimo legal (25%), em caso de inadimplência intrassetorial; e a renúncia ao direito de discutir em sede judicial e arbitral qualquer um desses itens.

Portanto, fica claro que a Administração, de alguma forma, tenta responder às experiencias passadas de judicialização e busca evitar que ela se repita. Nesse sentido, é comum que os espaços de diálogo dentro do mercado de energia – que em tempos de pandemia, são virtuais – tragam o consenso dos pedidos de cumprimento e respeito dos contratos de todas as atividades do setor.

Apesar de haver uma vontade política, expressa nas iniciativas citadas, não se pode ser tão otimista a ponto de se imaginar que contratos serão cumpridos por todos comercializadores, geradores e consumidores. Até porque, há dúvidas sobre a legalidade de dispositivos que restrinjam o direito de ação.

No entanto, frisa-se que qualquer resolução de conflito que seja feita por um terceiro, seja ele árbitro ou juiz, abre portas para incertezas no resultado do procedimento, desgaste da relação entre as partes e dispêndio de recursos – que são agora escassos.

Dentro do quadro possível, há que se pensar que, em situações de crise, não há espaço para lógica ganha-perde. Dentro de sua área de autonomia privada, é preciso que os agentes do setor estejam dispostos a flexibilizar suas posições. E, dentro das possibilidades apresentadas pela situação de epidemia, usarem da maior boa-fé e criatividade para chegarem a um resultado ótimo de ganha-ganha.

Um caminho para resolver o problema parece estar na negociação entre os agentes privados. Tanto em momentos de resolução de incapacidade de cumprimento dos contratos de comercialização, quanto (e, por que não?) das condições dos instrumentos antes mesmo do descumprimento ocorrer. É preciso que os agentes tomem medidas estratégicas a partir de decisões bem informadas, que considerem estratégias capazes de bem gerenciar os riscos de cada operação bem como os direitos e obrigações de cada parte.

Frente à pandemia causada pela COVID-19, junto à crise econômica que dela decorre, não são poucos os desafios a serem enfrentados pelo setor elétrico. Geradoras tem de se preocupar com a diminuição de demanda de energia, consumidores com a redução de suas atividades no tempo de quarentena e comercializadores com o cumprimento de seus contratos. Diante dessa complexidade, a essência da presente nota é de chamar a atenção dos agentes para que negociem e, ao fim, apresentem uma resposta adequada tanto dentro de suas relações privadas quanto ao funcionamento do setor. Acredita-se que dessa forma o efeito dominó, mencionado no início, poderá ser evitado, impedindo o colapso do sistema que poderia ser comparada a um caótico mar de peças pretas e brancas.

## 7. Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.

COSTA, Maria D'Assunção. Contrato de Compra e Venda de Energia: a Diferença que Faz a Diferença In ROCHA, Fábio Amorin da (org). **Temas Relevantes no Direito da Energia Elétrica**. :Synergia Editora, 2015 tomo IV.

COSTA, Maria D'Assunção. Contrato de Compra e Venda de Energia: a Diferença que Faz a Diferença In ROCHA, Fábio Amorin da (org). **Temas Relevantes no Direito da Energia Elétrica**. :Synergia Editora, 2014 tomo II.

GOLDENBERG, José; PRADO, Luiz Tadeu Siqueira. Reforma e crise do setor

elétrico no período FHC. **Tempo Social**, vol. 15, n.2, p. 219-235.

GOMES, Gabriel Jamur. **Relações contratuais de comercialização na regulação jurídica do mercado brasileiro de energia elétrica**. Dissertação (Mestrado. Setor de Ciências Jurídicas) Universidade Federal do Paraná – UFPR. Curitiba, 2013.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GOMES, Raphael; POLTRONIERI, Renato. The Electricity Sector and the Structure of the Short-Term Market in Brazil. In: COSTA, José Augusto Fontoura; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JÚNIOR, Ely Cetano; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha (ed). **Energy Law and Regulation in Brazil**. Springer: Switzerland, 2018, p. 113-136.

JOSKOW, Paul L. e WOLFRAN Catherine D. Dynamic Pricing of Electricity. **American Economic Review**, vol. 102, n. 3, 2012. Disponível em: https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.102.3.381

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no Mercado Habitacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

MAGALHÃES, Gerusa. **Comercialização de Energia Elétrica no Ambientes de Contratação Livre: Uma Análise Regulatório- Institucional a partir dos Contratos de Compra e Venda de Energia Elétrica**. 2009. Dissertação (Mestrado em Energia). Programa de Pós Graduação em Energia. Universidade de São Paulo, 2009.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRADO, Mariana Mota. O Setor de Energia Elétrica. *In*: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). **Direito e Economia na Regulação Setorial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 3-35.

RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. Arbitragem no setor da comerciliazação da energia elétrica. In: *Revista do Direito Administrativo Contemporâneo*, vol. 21 (Nov-Dez 2015).

SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação do setor elétrico brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, ano 14, nº 53, 2013.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Breve apresentação do Novo Marco Regulatório do Setor Elétrico Brasileiro. *In*: LANDAU. Elena (coord.). **Regulação Jurídica do Setor Elétrico**. Rio de Janeiro: 2006, p. 235 - 260.

WALTENBERG, David A. M. O direito da energia elétrica e a Aneel. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (org.) **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 354-377.

# 32

# Reações Institucionais à Escassez de Recursos e as Realocações Orçamentárias Durante a Pandemia

**ZULENE BARBOSA GOMES**

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Reações à crise econômica e sanitária e escolhas alocativas; 3. Escolhas alocativas em ações destinadas à reação à crise sanitária e infraestrutura de incentivos; 4. Externalidades decorrentes da realocação de recursos; 5. Conclusão; 6. Referências.*

## 1. Introdução

A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII) em 30 de janeiro de 2020. No Brasil, em 3 de fevereiro de 2020 em decorrência da Infecção Humana pelo novo coronavírus (COVID-19), foi declarada emergência em saúde pública por meio da Portaria nº 188/GM/MS, competindo à Lei nº 13.979/2020 (Lei Covid) editada em 6 de fevereiro de 2020 dispor sobre políticas de enfrentamento da pandemia, lastreadas em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde. (BRASIL, [2020]a; BRASIL, 2020j).

Desde então, foram editadas medidas provisórias, decretos e demais normativos visando a regular situações atinentes à excepcionalidade do período, já a declaração de calamidade pública ocorreu por meio do Decreto

6/2020 de 20/03/2020, com a flexibilização de determinadas obrigações trazidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

A COVID-19 forçosamente redimensionou o papel da Governança no tocante à administração da escassez, gestão de insumos, processos logísticos, implemento de políticas públicas diretamente ou indiretamente relacionados aos efeitos advindos da crise global sanitária e promoveu mudanças na estrutura do ambiente econômico, fiscal, político, social e regulatório.

A reação à crise sanitária impactou nas escolhas públicas e privadas, exigindo das organizações modelos efetivos de gestão de crises e eficiência na distribuição de recursos escassos, sem prescindir de uma atuação socialmente responsável. Internacionalmente, as escolhas alocativas se deram por meio de medidas de crédito, como também em ações fiscais com impacto direto. No caso do Brasil, houve transferência de renda, desonerações, diferimentos dentre outras ações.

No cenário nacional, o Judiciário circundou a resolução dos principais conflitos federativos amplificados na pandemia, reconhecendo a competência concorrente de Estados e Municípios em definir medidas autônomas de enfrentamento à crise sanitária.

No tocante a distribuição de riscos, evidenciou-se uma autêntica carência de bens e profissionais frente à demanda e avanço da pandemia, especialmente após a flexibilização das medidas de isolamento social e avanço no número de vidas ceifadas.

Diante do cenário de múltiplos riscos, sendo a escassez orçamentária um deles, vários precedentes judiciais e atos normativos institucionais, a partir do pleito de entes estaduais e hospitais têm chancelado a realocação de recursos das mais diversas fontes, como os recuperados de ações de

combate à corrupção, acordos de leniência, transação penal, acordos de não persecução penal, suspensão da dívida com a União e bancos públicos, para ações e programas de enfrentamento à pandemia.

O tema da pesquisa é a reação institucional de enfrentamento à escassez de recursos e de combate à pandemia, sob a perspectiva da análise econômica do direito.

A objetivo do estudo consiste em apresentar o comportamento colaborativo das instituições jurídicas no desenvolvimento de política pública de saúde a partir da realocação de recursos para mitigar os efeitos da pandemia, demonstrando de que modo consubstanciam-se infraestrutura de incentivos na concretização do direito de acesso à saúde, levantando possíveis implicações no pós pandemia deste modelo de administração da escassez.

Para isso, preliminarmente, apresenta modelos internacionais de reações à crise econômica e suas escolhas alocativas em cotejo com as adotadas pelo Brasil, bem como expõe modelos de atuação das instituições jurídicas enquanto estruturas de incentivos na realocações de recursos face ao cenário de escassez durante a pandemia covid 19. Por fim, expõe possíveis externalidades advindas da realocação de recursos no pós pandemia.

O problema desenvolvido é de que modo as Instituições Jurídicas traduzem-se em estruturas de incentivos à realocação de recursos no enfrentamento da pandemia e quais são as possíveis externalidades deste modelo alocativo no pós pandemia?

Daí porque ser imprescindível a abordagem da análise econômica do direito que utiliza a teoria econômica e métodos estatísticos ao estudo da formação, estrutura, processos e impacto da lei e das instituições jurídicas (VELJANOVSKI, 1994).

Justifica-se o estudo, porquanto a pandemia arrastou uma série de flexibilização de regras jurídicas, impactando também no comportamento das Instituições, na formação dos precedentes judiciais a favor da implementação de medidas que se relacionam com políticas públicas, escassez orçamentária, sendo a realocação de recursos para ações Covid medida socialmente convergente para efetivar o acesso à saúde.

## 2. Reações à crise econômica e sanitária e escolhas alocativas

Para Ivo Gico Junior (2009) a Análise Econômica do Direito é a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico.

E tal abordagem de análise perpassa a compreensão dos processos críticos, da distribuição e incremento de riscos, das situações sociais de ameaça. (BECK, 2011).

A pandemia impactou o sistema global de produção de insumos médicos, com influxos nos sistemas econômicos e social e localmente trouxe o risco do colapso do sistema de saúde, riscos de integridade nas compras emergenciais, opacidade de informações atinentes à pandemia, ofensa a direitos fundamentais, incremento da judicialização e dos conflitos, encolhimento do PIB, crise fiscal, impacto na dívida pública, contingências que relacionam-se com o princípio da reserva do possível, uma vez que estão imbricadas com a governança e com a consecução de políticas públicas.

No cenário global, foi perceptível a existência de práticas comerciais notadamente predatórias, a exemplo de aquisições de insumos médicos

contratados pelo Brasil e interceptadas pelo EUA, (BRASIL, 2020c), a pandemia, por outro lado, motivou a readaptação organizacional em vários campos, a exemplo da atuação do processo jurisdicional e do modo das empresas transacionarem, impactando, também, para determinadas organizações em um cenário de oportunidades.

De acordo com a análise etimológica proposta pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC, 2007), risco é proveniente da palavra *risicu* ou *riscu*, em latim, que significa ousar (*to dare'* em inglês), inicialmente relacionado à possibilidade algo não dar certo, a quantificação e qualificação da incerteza, em relação às "perdas" como também aos "ganhos", com relação ao rumo dos acontecimentos planejados, seja por indivíduos, seja por organizações.

A gestão e o adequado tratamento de riscos decorre da Governança consistindo em alinhar processos e estruturas implantadas pela alta administração, para informar, dirigir, administrar, avaliar e monitorar atividades organizacionais, com o intuito de alcançar os objetivos e prestar contas dessas atividades para a sociedade. (IBGC, 2007)

Para o International Federation of Accountants (IFAC) (2001) a Governança Pública possui três princípios: Transparência, Integridade e Accountability e cada um deles está relacionado com as responsabilidades dos "titulares de cargos públicos.

A abordagem juseconômica, investiga as causas e as consequências das regras jurídicas e de suas organizações na tentativa de prever como cidadãos e agentes públicos se comportarão diante de uma dada regra e como alterarão seu comportamento caso essa regra seja alterada (GICO JUNIOR, 2009).

No caso da Lei nº 13.979/2020 dentre outras medidas previu o isolamento, quarentena, restrição excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, entrada e saída do País, locomoção interestadual e intermunicipal, requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, autorização para dispensa de licitação. Contudo, muitos dos seus dispositivos sofreram alterações por medidas provisórias que restaram questionadas no STF, como uma das consequências mais imediatas do impacto social. (BRASIL, 2020j).

Por consequência do cenário de riscos e incertezas, vários conflitos desaguaram no Judiciário, a exemplo do questionamento acerca da constitucionalidade de normas estaduais e municipais relacionadas à requisição administrativa, arguida por meio ADPF 672 (BRASIL, 2020k).

No tocante ao inciso VI desta lei, a suspensão de segurança 5.362 Piauí, STF decidiu que a restrição de atividade econômica depende de recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, com fulcro na Lei Covid. (BRASIL, 2020l), bem como a ADIN 6341 que tornou explícita a competência concorrente, em termos de saúde, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (BRASIL, 2020m).

Nessa ordem de ideias, diante dos riscos globais e locais, o Instituto Brasileiro de Economia (IBRE) ao comparar as medidas de reação à crise econômica a nível internacional, ou seja, modelos de governança, destaca que o Congresso norte americano aprovou aproximadamente US$ 3 trilhões, incluindo várias medidas, a exemplo da cobertura com custos de empregadores com licenças médicas, concessão de créditos tributários para pequenas empresas, além de postergar o pagamento de US$ 300 bi em impostos, dentre outras. (BRASIL, 2020a).

Já a Inglaterra criou o Fundo de recursos para a saúde (£5bi), além de Fundo especial para ajudar empregados por conta própria e vulneráveis

(£500mi), apoiando a transferência de até £25 mil para empresas do ramo de varejo e mais £3 mil para 700 mil MPEs (£20 bi), bem como carência de 3 meses para pagamentos de hipotecas, totalizando £ 50 bi em medidas fiscais, com impacto aproximado de £390 bi (17% do PIB) (BRASIL, 2020a), incluindo o programa de lay off, (*corona job retention scheme*) com previsão de impacto de £ 42 bilhões (1,9% do PIB). (BRASIL, 2020a)

No Japão, o pacote de medidas contra os efeitos da pandemia equivale a 20% do PIB, vocacionados à recuperação da economia no pós pandemia (2% do PIB) (BRASIL, 2020a). Em relação ao Brasil, até o mês de maio de 2020, o custo da pandemia para a União estava estimado em R$ 700 bilhões, sendo 224,6 bilhões custos efetivos para os cofres federais por envolverem aumento de gastos e redução de tributos. (BRASIL, 2020a).

Abaixo, seguem as principais reações de política fiscal na crise Covid-19 a nível internacional

| Paises | Programas governamentais | Credito fiscal* |
|---|---|---|
| EUA | 5,48 | 6,12 |
| Reino Unido | 4,56 | 15,06 |
| Alemanha(1) | 6,00 | 29,70 |
| França(2) | 1,96 | 13,10 |
| Espanha | 4,16 | 10,07 |
| Austrália | 11,59 | 1,75 |
| Itália | 1,22 | 33,04 |
| Nova Zelândia | 5,40 | 2,07 |
| Canadá | 9,11 | 8,97 |
| Japão | 6,84 | 10,17 |
| Chile | 5,30 | 1,40 |
| Argentina | 4,90 | 0,93 |
| Brasil(3) | 8,27 | 3,21 |
| Coreia | 2,02 | 3,63 |
| Singapura | 8,92 | 4,08 |
| Índia | 3,80 | 3,83 |

*Inclui as operações com subsidios (garantias, subsidios de juros e fontes fiscais)
(1) Não inclui as postergações de impostos
(2) Não inclui parcelamento de serviços públicos
(3) As operações de crédito incluem os financiamentos para E/M

O Brasil alocou recursos a partir de desonerações, diferimentos e antecipações que juntas já perfazem 7% do PIB, o que conduz à um cenário de recessão econômica, contudo o País está aquém em termos de medidas

de crédito com incentivos fiscais em cotejo com os demais Países. (BRASIL, 2020b)

No tocante ao campo tributário, o Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) restou suspenso por 90 dias, com impactado estimado de R$ 7,1 bilhões, as alíquotas de importação para produtos médico-hospitalares foram zeradas com impacto de R$ 2,2 bilhões. Ademais, o Imposto sobre Produtos Industrializados foi desonerado para itens de combate à covid-19, promovendo um impacto aproximado de R$ 400 milhões. (BRASIL, 2020a).

Com efeito, abriram-se linhas de crédito para bancos públicos, além de criação de auxílio emergencial de R$ 600,00, com impacto mensal de R$ 50 bilhões, incentivo à manutenção dos postos de trabalho por meio da MP 936/2020, redução do teto de juros do consignado, destinação de PROGER/FAT para MPEs. (BRASIL, 2020a).

Convém destacar que não compõe o déficit primário, ou seja, não faz o PIB encolher, os remanejamentos de emendas parlamentares, as antecipações de gastos (como o pagamento do décimo terceiro para aposentados e pensionistas), adiamentos de contribuições (como os pagamentos para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou das contribuições patronais para a Previdência). (BRASIL, 2020a).

Neste sentido, também não compõe o déficit primário a redução em 50% das contribuições para o Sistema S por três meses, porquanto esses recursos não passam pelo orçamento primário da União, bem como as injeções de recursos do Banco Central e dos bancos públicos na economia. (BRASIL, 2020a).

Convém asserir que além de tais medidas e face ao cenário de escassez de recursos e crescente demanda por bens e serviços, o Executivo realocou R$ 4,5 bilhões do saldo do fundo do Seguro Obrigatório (DPVAT) para o

financiamento ao Sistema Único de Saúde (SUS), já o Ministério da Justiça e Segurança Pública, autorizou Estados a utilizarem R$ 202 milhões do Fundo Nacional de Segurança Pública e mais R$ 18 milhões do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. (BRASIL, 2020d; BRASIL, 2020e).

Para além dos aspectos demonstrados, cumpre assinalar uma dissonância de modelos de governança entre União e Estados e discordâncias entre estratégias a serem adotadas. Com efeito, a politização da pandemia de algum modo impacta na melhor eficiência e distribuição de insumos. Contudo, gerir crises vai além de distribuir insumos é preciso que exista coordenação e estratégias logísticas aliadas à ampla transparência e efetiva liderança, ou seja, escolhas governamentais ou não que promovam eficiência.

## 3. Escolhas alocativas em ações destinadas à reação à crise sanitária e infraestrutura de incentivos

A Rede Nacional de Laboratório do Brasil é semi-automatizada, integrada por 27 Laboratórios Centrais de Saúde Pública (LACENs), pelo Instituto Evandro Chagas e por unidades da Fundação Oswaldo Cruz vocacionadas à produção de testes e apesar de parceria público-privada com redes de laboratórios e ampliação da capacidade dos LACENs, Fiocruz e Instituto Evandro Chagas, a capacidade de produção está aquém da demanda. (BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO, 2020).

Convém asseverar que a despeito de declarar emergência em saúde pública em fevereiro, até abril/2020 a capacidade laboratorial do Brasil ainda era insuficiente para dar resposta à pandemia e que desde Janeiro/2020 a Vale e a Petrobrás haviam feito doação de 500.000 testes rápidos sorológicos à FIOCRUZ. (BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO, 2020).

Segundo o Ministério da Saúde, seriam necessários 30 a 50 mil testes de RT-PCR por dia para o enfrentamento do pico da doença, mas até abril de 2020, o País possuía capacidade de processar aproximadamente 6.700 testes por dia. (BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO, 2020).

Assim, até abril o quadro era de ausência de escala de produção nos principais fornecedores para suprimento de kits laboratoriais para pronta entrega. Para além da falta de insumos, evidenciou-se carência de trabalhadores de saúde capacitados para manejo de equipamentos relacionados ao manejo clínico de pacientes graves de COVID-19. (BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO, 2020).

Os leitos de UTI e de internação desde abril, não estavam devidamente estruturados e nem em número suficiente para a fase mais aguda da epidemia. Consoante dados do Ministério da Saúde, de abril, a capacidade laboratorial do Brasil era insuficiente para dar resposta à pandemia. (BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO, 2020).

As questões expostas relacionam-se com a cláusula da reserva do possível, importada do direito alemão e no Brasil reduzida à vinculação orçamentária, porquanto originariamente delineava um alcance muito maior. Para Ingo Sarlet (2003) na sua origem, não se relacionava exclusivamente à existência de recursos financeiros suficientes para a efetivação dos direitos sociais, mas à razoabilidade da pretensão proposta frente à sua concretização.

O STF compreende que os condicionamentos impostos pela cláusula da "reserva do possível" ao processo de concretização dos direitos de segunda geração compreende, de um lado, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas (BRASIL, 2004).

Assevere-se que até 25/05/2020, de acordo com o Ministério da Saúde foram distribuídos aos entes federativos o total de 7.522.340 testes rápidos. Em relação aos respiradores foram assim distribuídos até 20/06/2020: Bahia obteve 200 respiradores, Mato Grosso 20, Amazonas 194, Rio Grande do Sul 130, Paraná 120, Santa Catarina 17, Rio de Janeiro 737, São Paulo 645, Pará 394, GOIÁS 160, Pernambuco 122, Paraíba 200, Minas Gerais 130, Ceará 105 (BRASIL, [2020]b).

No Pará foram contratados pelo Ministério da Saúde 20 leitos, um dos Estados com o colapso registrado, enquanto no Rio Grande do Sul foram locados 30 leitos, no Paraná, 30. Por seu turno, Ceará obteve apenas 20 leitos locados, Amazonas 10, os primeiros Estados cujos sistemas de saúde colapsaram. (BRASIL, [2020]b).

Para Holmes e Sustein (2012) autores que tratam do tema custos dos direitos não há direitos sem a presença do Estado enquanto garantidor. E para tal conformação é inexorável a judicialização de políticas públicas e o protagonismo judicial neste processo.

Desde março, vários Estados recorreram ao STF para suspender as dívidas junto à UNIÃO, requerendo a realocação de recursos para o enfrentamento da pandemia. Foram suspensas as dívidas do Espírito Santo, Alagoas, Bahia, São Paulo, Paraíba, Paraná, Maranhão, Pernambuco, Santa Catarina, Mato Grosso do Sul, Acre e Pará e Rio de Janeiro junto à UNIÃO por 06 meses. Destarte, o Espírito Santo deixou de pagar mensalmente R$ 10,9 milhões, Pernambuco a dívida de 2020 com a União e bancos públicos perfaz R$ 1,6 bilhão, Paraná (R$ 53 milhões), São Paulo o equivalente a R$ 1,2 bilhão, Paraíba (193,2 milhões) Mato Grosso do Sul (R$ 31,3 milhões), Acre (R$ 2,6 milhões União e outros R$ 20,5 milhões a bancos públicos), Pará (R$ 5 milhões) e Alagoas (R$ 32 milhões). (BRASIL, 2020).

Destarte, monocraticamente, em sede de tutela provisória na Petição 8.743 do Município do Rio de Janeiro concedeu a suspensão do pagamento das parcelas mensais relativas aos contratos de financiamentos firmados entre o Município do Rio de Janeiro e o BNDES, bem como determinou que tais recursos fossem aplicados no custeio de ações de prevenção, de contenção, de combate e de mitigação da pandemia do coronavírus (COVID-19), além de determinar que a União e o BNDES se abstenham de proceder às medidas decorrentes do descumprimento dos referidos contratos (BRASIL, 2020f).

Para Marcelo Neves (2013) no processo de concretização da Constituição, os princípios, têm a maior capacidade de estruturar a complexidade desestruturada do ambiente do sistema jurídico caracterizado por múltiplas expectativas normativas.

Portanto, a Constituição do Estado democrático de direito envolve uma articulação complexa e dinâmica entre princípios e regras, sendo a ponderação de princípios colidentes técnica de argumentação e interpretação constitucional que permite a comparação de diferentes perspectivas da Constituição e dos direitos fundamentais. (MARCELO NEVES, 2013). Isto porque, no caso das realocações, prevalece o princípio de efetivação do acesso à saúde em relação à vinculação legal da receita.

Além de ações executadas por entes federados, em reação à crise imediata de ausência de insumos, vários hospitais pleiteiam sistematicamente diretamente ao MPF, MP, a realocação de recursos para ações de enfrentamento à Covid (BRASIL, 2020d; BRASIL, 2020e), competindo ao Judiciário um evidente protagonismo na consecução de política pública de saúde e sanitária.

Qual tem sido o papel do STF na realocação de recursos? A Corte autorizou o uso pelo Ministério da Saúde de recursos recuperados da

Petrobrás no âmbito da operação lava jato, decorrente de acordo firmado nos EUA que totalizou 2.6 bilhões que deveriam ser alocados em ações de proteção do Meio Ambiente e Educação. (STF)

E de que modo a Procuradoria Geral da República integra a infraestrutura de incentivos às realocações orçamentárias? Neste caso específico, a referida instituição requereu ao STF a utilização de parte de recursos discutidos na ADPF 568, que estavam alocados no Ministério da Educação para serem realocados ao Ministério da Saúde e assim, financiar ações de contenção e mitigação do Coronavírus.

Portanto, o STF autorizou que R$ 1.601.941.554,97 (um bilhão, seiscentos e um milhões, novecentos e quarenta e um mil e quinhentos e cinquenta e quatro reais e noventa e sete centavos) fossem destinados ao Ministério da Saúde. (BRASIL, 2020). Mas foram implementadas algumas cautelas, incluindo a oitiva do MEC se a realocação traria descontinuidade de ações e programas de governo:

> *Nesse mesmo ofício, o MEC informa que os recursos orçamentários foram disponibilizados em 28/11/2019 por meio da Lei 13.920/2019, distribuídos nas seguintes ações: Apoio a Infraestrutura para a Educação Básica (R$ 751,9 milhões); e Apoio a Manutenção da Educação Infantil (R$250 milhões). Informou ainda ter sido solicitado ao Ministério da Economia a reabertura desse orçamento para o exercício em curso. Pelo despacho de 2/3/2020 (peça 328), determinei fosse oficiado o Ministério da Economia para manifestação a respeito do cronograma de liberação dos valores em questão. Dessa forma, a realocação solicitada não acarretará nenhuma descontinuidade de ações ou programas de governo, ao mesmo tempo em que virá ao encontro de uma necessidade premente que ameaça a vida e a integridade física dos brasileiros. (BRASIL, 2020n).*

Convém esclarecer que a FIOCRUZ, Fundação Oswaldo Cruz nesta ação enviou ofícios ao Relator indicando ações e projetos, solicitando assim ser destinatária também de parte de recursos da multa paga pela

PETROBRÁS, o que foi rechaçado pelo Relator Alexandre de Moraes que recomendou que não fosse definido ações e programas específicos, mas que os recursos fossem disponibilizados ao Ministério da Saúde para emprego em "*ações de contenção e mitigação do Coronavírus* (BRASIL, 2020n).

Nesse contexto, em 22 de março de 2020 foi homologada a proposta de ajuste no Acordo Sobre Destinação de Valores com anuência das autoridades intervenientes e determinada a imediata destinação do referido valor (BRASIL, 2020n). Importa ressalvar que no caso dos recursos que estavam no Ministério da Educação não foram utilizados por inexistir projetos de aplicação correspondente.

Dias após, o Acre, Mato Grosso requereram ao STF o remanejamento de recursos advindos da multa paga pela Petrobrás, no âmbito da operação lava jato, que estavam destinados à proteção ambiental e como no Ministério da Educação, estavam sem aplicação, foram autorizadas as realocações de mais d e 100 milhões. No mesmo sentido, foram destinados 153 milhões, incluindo 44,2 milhões para o Maranhão, R$ 79,4 milhões para o Mato Grosso e R$ 29,6 milhões ao Tocantins. (BRASIL, 2020o).

"A emergência causada pela pandemia de Covid-19 (coronavírus) exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública, com a adoção de todas as medidas possíveis para o apoio e manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde", disse.

Nesse momento de crise, ressaltou o ministro Alexandre de Moraes, o aumento expressivo da demanda da população por serviços de saúde associado a fatores como a frustração de arrecadação em razão da retração econômica, motivam o Estado do Acre a necessidade de requerer a desvinculação dos recursos em questão. De acordo com a decisão, o estado

deverá comprovar a efetiva utilização do montante autorizado em ações de combate à pandemia. (BRASIL, 2020).

A partir das realocações da multa paga pela PETROBRÁS, vários tribunais, além de Procuradorias Gerais de Justiça compuseram esforços mútuos na realocação de recursos para o enfrentamento da pandemia, incluindo nesta rede de incentivos recomendações do CNJ, CNMP, Corregedorias, projetos de lei, dentre outras medidas.

Para Habermas (1997) o sistema político definido pelo Estado de direito se especializa na produção de decisões que envolvem a coletividade, formando um sistema parcial entre outros sistemas parciais, cujas decisões que envolvem a coletividade têm de ser vistas como a concretização de direitos.

Diante do sistema de incentivo advindo dos precedentes judiciais e da postura de colaboração social, firmada no direito de acesso à saúde, em âmbito local os hospitais comportam-se de forma bastante ativa ao requererem diretamente ao Ministério Público o uso de recursos de transação penal, acordo de não persecução penal, decorrentes de multas ambientais, de recuperação de ativos de operações de combate à corrupção.

Nesse contexto de decisão, verbas recuperadas da Operação Pecúlio, foram destinadas pela 3ª Vara Federal de Foz do Iguaçu (PR) perfazendo o equivalente a R$ 1 milhão para o Hospital Municipal Padre Germano Lauck. A decisão definiu que o recurso seria empregado na aquisição de materiais e equipamentos médicos necessários ao enfrentamento da pandemia da Covid-19. (JUSTIÇA..., 2020).

Já em Mato Grosso, a Justiça Federal determinou que R$ 566 mil recuperados na Operação Ararath, fossem destinados ao Hospital Universitário Júlio Muller. Por seu turno, a Justiça Federal de Brasília autorizou que R$ 26,7 milhões do acordo de leniência feito pelo grupo J&F fossem para a Fundação Oswaldo Cruz, no Rio (ESTADO DE MINAS, 2020).

O CNJ também integra a estrutura institucional de incentivos à realocação de recursos, dispensando a realização de edital e de convênio previstos nos arts. 353 e 354 da Consolidação Normativa da Corregedoria Regional - Provimento 62/2017, especialmente a Resolução 313/ 2020, para que sejam flexibilizados. Mas a autorização é para destinação diretamente para Fundo Estadual de Saúde e não diretamente para hospitais (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Há atos de Corregedorias orientando, recomendando e autorizando magistrados de primeiro grau a destinarem recursos provenientes do cumprimento da pena de prestação pecuniária, transação penal e suspensão condicional do processo nas ações criminais diretamente às instituições (BRASIL, 2020p).

A Corregedoria Eleitoral também destina recursos provenientes de ações penais para combate ao Covid-19, conforme Provimento CRE nº 04/2020 e Resolução TSE nº 23.615/2020 (BAHIA, 2020).

Em Pernambuco, o MPF requereu que recursos de transação penal fossem utilizados na compra de materiais e equipamentos médicos necessários ao combate da pandemia, destinados à Secretaria Estadual de Saúde e ao Hospital das Clínicas (HC) da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). (JUSTIÇA..., 2020).

A Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH) em Campina Grande, obteve a destinação de recursos de transação penal, no montante de cerca de R$ 80 mil, sendo R$ 50 mil para o Hospital Universitário Alcides Carneiro (HUAC). (JUSTIÇA..., 2020)

Para além dos recursos realocados da educação e meio ambiente, o Judiciário tem autorizado a realocação de recursos de cumprimento de pena de prestação pecuniária, acordos de não persecução penal. Por

exemplo, a 5ª vara do trabalho de Betim autorizou a realocação de 38 milhões do cumprimento da pena de prestação pecuniária, transação penal e suspensão condicional do processo nas ações criminais nas três seções judiciárias que compõem a 4ª região — RS, SC e PR. (JUSTIÇA..., 2020).

Por seu turno, em Minas Gerais, a 1ª Vara Civil da Comarca de Inhapim destinou R$ 206 mil de verbas pecuniárias para o combate da pandemia na região, com a aprovação do representante do Ministério Público de Minas Gerais (JUSTIÇA..., 2020).

A área ambiental tem sido uma das mais utilizadas como fontes de recursos retirados para o enfrentamento da pandemia, notadamente os que decorreram de ações civis públicas, a exemplo de quantias do Fundo de Indenização – Caso da Barragem de Brumadinho e Mariana autorizados a serem utilizados após pedidos das entidades situadas na bacia do Rio Paraopeba e outros da região metropolitana de Belo Horizonte. Neste caso, os valores realocados passaram pela autorização dos integrantes do Comitê Gestor do Recurso do Dano Moral Social. (JUSTIÇA..., 2020), ou seja, a cada realocação vão se constituindo entrelaçamento em sistemas sociais.

Por conseguinte, o Ministério Público do Trabalho, requereu a realocação de recursos decorrentes da ação civil pública movida contra a Samarco, da Vale, e a BHP Billiton Brasil, no montante de R$ 11 milhões, parte da quantia que indenizaria por danos morais coletivos pessoas atingidas pelo rompimento da Barragem do Fundão, que ocorreu em 2015, em Mariana (MG). (JUSTIÇA..., 2020).

O enfrentamento à pandemia tem demandado forte intervenção judicial no âmbito das políticas públicas, isto porque as realocações não ocorrem necessariamente para aquisição de produtos e insumos médicos mas em função dos efeitos sociais da pandemia, a exemplo da realocação

de repasse de verbas da merenda escolar para compra de cestas básicas, em decorrência do agravamento social advindo da pandemia.

Neste aspecto, a 1ª Vara Federal de Teresópolis, determinou ao Fundo de Desenvolvimento da Educação e à União Federal a continuidade do repasse de verbas para a educação ao Município de Teresópolis utilizar os recursos provenientes da educação para aquisição de cestas básicas, que serão distribuídas para os estudantes da rede pública municipal de Teresópolis. (JUSTIÇA..., 2020; PROCEDIMENTO..., 2020).

A sociedade é complexa, cuja compreensão perpassa a esfera social de que se parta enquanto ponto de partida (economia, ciência, técnica, política, direito, saúde, religião, arte, esporte, família, etc), e de um sistema jurídico que traduz internamente, conforme seus próprios critérios, essa pluralidade de ângulos. Este autor, rechaça a tese de que há dimensões de pesos entre princípios, antes há uma reflexividade e pontos de partida para a incidência de um princípio. (NEVES, 2013).

Além da complexidade, os critérios alocativos, são circunstanciais e culturalmente definidos, incluindo a eficiência, "honestidade" e a igualdade (CALABRESI; BOBBITT, 1978). Portanto, a atividade jurisdicional especialmente durante a pandemia vai muito além de seguir regras, amplifica um papel social institucional de mitigar danos sociais.

Há o risco do uso inadequado do recurso realocado que pode comprometer a capacidade de enfrentamento da Pandemia e retirar recursos para a concretização do acesso à saúde e de outras demandas orçamentárias no pós pandemia.

Não só o Judiciário, mas Conselho Regional de Desenvolvimento (Corede) aprovou a realocação de recursos aprovados para o setor primário, referentes à Consulta Popular de 2018 R$ 10 milhões em todo o estado (JORNAL SEMANÁRIO, 2020).

Em Sergipe foram destinados R$ 12 milhões de emendas impositivas individuais, para as ações de combate ao novo coronavírus, o Covid 19, em todo o território sergipano (SERGIPE, 2020).

Em âmbito legislativo o Projeto de Lei Complementar (PLP) 232/2019, permite que estados e municípios utilize dos saldos de repasses de anos anteriores provenientes do Ministério da Saúde, mesmo que para outras finalidades (BRASIL, 2020g).

Já o Projeto de Lei nº 1389/20 autoriza a transposição e a transferência de saldos dos fundos de assistência social dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. (BRASIL, 2020h).

Convém asseverar que há fontes de recursos ociosos, especialmente as advindas de emendas parlamentares de áreas diversas da saúde, mas que dependem de alteração de normas que tratam de execução orçamentária, matéria de competência do Congresso Nacional, demandando proposição legislativa, com implicações consequencialistas. (BRASIL, 2020i).

Apesar das instituições dinamizarem a realocação de recursos, há contextos em que o conflito passa a ser constitucional, como em relação à Procuradoria-Geral da República (PGR) que ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) contra a Lei 11.087/2020 que restabeleceu verba de natureza indenizatória mensal a conselheiros, procuradores do Ministério Público de Contas e auditores substitutos do Tribunal de Contas do Estado (TCE/MT) R$ 7,8 milhões anuais seriam pagos somente para integrantes do Tribunal de Contas de Mato Grosso, isto porque a Corte Estadual é reticente ao uso de recursos para a pandemia.

Apesar do ativismo institucional em ações de combate à pandemia, há no período realocações que não são para a saúde, a exemplo do Executivo Federal que destinou 83, 9 milhões do Bolsa Família para propaganda, o

que vai de encontro ao cenário de crescente demanda por insumos médicos e reações de mitigações no campo social (CORREIO BRAZILIENSE, 2020).

Até 27/06/2020, quando vários Estados passaram a retomar as atividades econômicas, mesmo com o avanço da pandemia e supervenientes ondas de contágio, foram homologados pelo Governo Federal R$ 2, 172 bi em compras com 3.682 fornecedores, a homologação diária é de aproximadamente 2 milhões. O Comando do Exército é o líder em aquisição de bens destinados à Covid perfazendo 4.546 itens, mas no tocante ao volume desembolsado a Fiocruz gastou R$ 724. 952. 286, 37, aproximadamente metade do volume homologado total (BRASIL, 2020q).

O Ministério da Saúde adquiriu R$ 256. 611, 143, 67, perfazendo a aquisição de 734 itens, enquanto a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares adquiriu 2.393 itens e desembolsou muito próximo do próprio Ministério R$ 226. 169.463, 43, ressalvando que esta instituição recebe muitos recursos advindos de destinação pelo Judiciário (BRASIL, 2020q).

A diferença entre o aporte de recursos do Ministério da Saúde e tal instituição é muito pequena que pode revelar a insuficiência logística do referido Ministério em cotejo com as ações vinculadas à covid desempenhadas pelo Exército (BRASIL, 2020q).

## 4. Externalidades decorrentes da realocação de recursos

O Brasil é signatário do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC 1966), promulgado pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, cujo art. 12 institui a necessidade de adoção pelo Estado de medidas assecuratórias de saúde. (BRASIL, 1992).

Já o Protocolo de San Salvador, adicional à Convenção Americana, reforça o compromisso internacional do Brasil na promoção do direito à saúde de maneira indistinta e sem discriminação (arts. 3 e 10) (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, [s.d.]).

As instituições jurídicas aqui mencionadas estão ativamente colaborando com a mitigação do risco de colapso no sistema de saúde, com a efetivação do acesso a direitos fundamentais, por meio das realocações de recursos, estão legitimamente adotando medidas assecuratórias de saúde, notadamente em um período emergência, ações que são consideradas pelo STF como expressões de política pública.

Contudo, é vital fortalecer os freios e contrapesos de modo a garantir que a participação nos processos de tomada de decisão, políticas e recursos públicos não sejam determinados pelo poder econômico ou pela política, mas sim por consultas íntegras e alocações orçamentárias imparciais (TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, [s.d.]).

O que é preciso é o aperfeiçoamento da prestação de contas dos recursos realocados institucionalmente, por meio do desenvolvimento de instrumentos também colaborativos de controle do uso vinculado à sua finalidade e viabilizados à sociedade, ou seja, mitigar externalidades sob o viés do princípio da precaução e da razoabilidade.

A despeito das realocações em razão e para a pandemia consubstanciam-se um mecanismo de cooperação social, externando o princípio da solidariedade, pode no pós pandemia desafiar um esforço coordenado de política pública em especial em relação às áreas que foram retirados recursos.

Com efeito, o princípio da precaução consubstancia-se critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos. (RE 627.189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016).

O referido princípio baliza a análise de riscos, avaliação de os custos das medidas de prevenção e, ao final, ensejem ações necessárias, decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais. (RE 627.189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016).

Sob tal perspectiva, cada realocação promove impacto na continuidade das ações e programas que sofreram a retirada de recursos: área social, segurança, educação, meio ambiente, sendo indispensável avaliar a razoabilidade das alocações e centros de custos, demandas sociais e centros de custos.

A eficientização na alocação de recursos perpassa a compreensão do ecossistema de riscos que permeia uma determinada organização, que seja no âmbito do poder executivo, legislativo e judiciário.

Assim, na esfera pública, há atores que buscam a decisões racionais, outros, porém, orientam-se de maneira particular na defesa dos valores do seu grupo, bem como há os que atuam na perspectiva estratégica da satisfação de seus interesses (NEVES, 2013).

Pode consubstanciar externalidade a forma seletiva de estruturação da realocação e a opacidade do uso do recurso, de modo que é preciso equacionar efetivação de política pública de saúde em um cenário de administração da escassez.

A despeito de promover o enfrentamento da pandemia institucionalmente, é preciso pragmaticamente verificar se foi efetivado o uso eficiente dos mesmos, como uso, a que preço e quando, evitando, assim efeitos colaterais.

Com efeito, há, orientações exaradas de corregedorias lastreando a possibilidade de que a unidade judiciária realize o contato direto com as instituições de saúde, a fim de viabilizar a aquisição direta dos materiais,

cujas destinações são formalizadas por Termo de Destinação Valores com a especificação da entidade beneficiada, o montante dos recursos repassados e a finalidade das destinação, que pode ser a simples referência ao art. 9o da Resolução nº 313, do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2020p).

No tocante à forma de destinação dos recursos autoriza-se diretamente nas contas bancárias dos Estados ou diretamente para hospitais públicos federais, estaduais, secretarias municipais de saúde e hospitais da localidade, inclusive instituições privadas.

Há, determinadas prescrições que podem mitigar o controle dos recursos destinados, como a dispensa de prestação de contas quando a destinação for realizada para entidades públicas, na medida em já são fiscalizadas pelos Tribunais de Contas dos Estados e da União, mostrando-se em descompasso em relação ao modo que o STF tem tratado, exigindo a prestação de contas (BRASIL, 2020p).

Nesse sentido, a transparência é a necessária abertura para garantir que as partes interessadas possam ter confiança na tomada de decisões e processos e ações de entidades do setor público, no gerenciamento de suas atividades e nos indivíduos dentro deles, incluindo consultas significativas com as partes interessadas e comunicação de informações completas, precisas e claras leva a ações efetivas e oportunas resiste ao escrutínio (IFAC, 2001).

Nesse cenário, insere-se a Accountability vertical consistindo em atividades de fiscalização dos cidadãos e da sociedade civil que procuram estabelecer formas de controle ascendentes sobre governantes, accountability horizontal ocorre através de mecanismos institucionalizados de controle e fiscalização mútua, entre os poderes (checks and balances e o controle interno) e accountability societal forma de atuação da sociedade no

controle das autoridades políticas, com ações de associações de cidadãos, movimentos sociais, com o objetivo de expor os erros das instituições públicas (ROVER; GALINDO; MEZZAROBA, 2014).

Sobre accountability multidimensional, Schedler, Diamond e Platnner (1999) vão além afirmando vinculando-a responsividade. Logo, as sociedades devem buscar alocar seus recursos de modo a preservar os fundamentos morais da colaboração social nela existente. (CALABRESI; BOBBIT, 1978), ou seja, por meio de alocações imparciais.

É preciso cuidar de mitigar risco à integridade, ou seja, qualquer vulnerabilidade que pode favorecer ou facilitar a ocorrência de práticas de corrupção, fraudes, irregularidades e/ou desvios éticos e de conduta, podendo comprometer os objetivos da instituição. Portaria MDR Nº 1.927, DE 12.08.2019 (BRASIL, 2019).

Infelizmente, é preciso ressalvar que foram evidenciados riscos de integridade na concessão dos auxílios emergenciais para 300 mil pessoas que não possuíam tal direito, além de especial demora no ajuste do sistema para concretizar o recebimento do mesmo.

No tocante aos riscos de integridade em compras emergenciais, autorizadas por dispensa de licitação, órgãos de persecução penal já apuram suspeitas de má aplicação de recursos, derivados de fragilidades de governança, ao mesmo tempo que a curva de contaminados incrementava-se.

Daí porque é imprescindível que haja uma consolidação de informações em portal único e dever de prestar contas independente de eventual submissão ao Tribunal de contas, umas vez que o controle ocorre por amostragem, é possível que determinada realocação jamais seja verificada pelo órgão de controle externo. Como exemplo, o Ministério Público do Paraná criou um portal para que os recursos transferidos pela UNIÃO fossem ali publicizados.

Outra externalidade é a realocação ad hoc, sem critérios objetivos, sem interlocução com órgãos de saúde e sem avaliar o impacto nas áreas em que ocorrerá a realocação.

Em relação ao objeto de estudo, como assegurar que determinado hospital não obterá mais recursos e como assegurar que este seja o melhor caminho para a política pública de saúde? E como garantir realocações de recursos em pesquisa, por exemplo? Ou se o mais eficiente seria realocar para as secretarias de saúde e a partir daí um uso dentro do orçamento do Ente?

As implicações do uso e a que preço é de relevância para o enfrentamento da escassez no pós pandemia e nas pandemias do dia a dia, notadamente sociais. Por seu turno, as questões pontuadas estão imbricadas com a integridade relaciona-se com honestidade, objetividade e altos padrões de probidade na administração de fundos públicos, recursos, depende da eficácia de estrutura de controle e os padrões pessoais e profissionalismo dos indivíduos dentro da entidade que se reflete nos procedimentos de tomada de decisão da entidade e no qualidade de seus relatórios financeiros e de desempenho (IFAC, 2001).

## 5. Conclusão

A aldeia global no pós pandemia está cada dia mais líquida e complexa, sendo vital repensar as estruturas de gestão bem como a efetividade e novos modelos de governança, incentivando a integridade, transparência e accontability enquanto elementos de responsabilidade social na administração da escassez.

Como exposto, no tocante à realocação, a infraestrutura de incentivos não decorre do ativismo judicial exclusivamente, como também de influxos

significativos do Ministério Público Federal (MPF), Ministério Público do Trabalho (MPT), Ministério Público Estadual, Procuradorias, com atuações prospectivas que demonstram a colaboração social das organizações que o período emergencial requer, contribuindo com a melhoria social da comunidade.

Posto que as realocações de recursos pelas instituições jurídicas traduzam-se em reação à crise sanitária e fiscal, percebe-se que a forma de utilização de recursos realocados e a opacidade de informações, especialmente consolidadas, podem, sem efetiva prestação de contas e ampla publicização, implicar em efeitos adversos.

No caso do objeto em análise, como pode a transparência ativa e o acesso à informação oportunizar uma melhor eficiência do uso dos recursos realocados? Uma proposição é a consolidação pelo CNJ em portal único do montante realocado, instituição, responsável pelo uso, itens contratados, valores, comprovações, por exemplo.

Um outro quesito é a elaboração do Plano de Aplicação de Recursos, por parte da entidade que recebeu o recurso, com clara definição de responsabilidades na instituição para detectar, prevenir e remediar as ocorrências de quebra de integridade.

Convém destacar também que um sistema de comunicação com o órgãos de controle externo a título de informação dos recursos realocados é uma medida razoável, não estando na competência típica do judiciário o exercício do controle externo.

Apesar de decorrer da excepcionalidade, a realocação de recursos pelo Judiciário pode ser um caminho perene de sua intervenção ativa para fins de concretização do acesso à saúde, além das medidas atípicas e bloqueios judiciais.

Nesse diapasão, administrar a escassez é também estabelecer rede de colaboração institucional compreendendo que o risco é integrado, do Judiciário, da Instituição que fará o uso do recurso, dos agentes públicos envolvidos, do Executivo e das Secretarias de Saúde.

Evidencia-se a imprescindibilidade da gestão de riscos para fins de higidez de políticas públicas, uma vez que a só destinação sem a criação de instrumentos de controle, dentro do escopo de integridade pode não concretizar com melhor eficiência o direito à saúde. Enquanto mitigação de riscos propõem-se a uma rede colaborativa entre o Judiciário e demais instituições que hajam participado do processo de realocação.

Destarte, algumas questões se impõe: Como os órgãos de controle externo terão acesso às informações atinentes aos recursos realocados de forma consolidada e sistematizada? É indispensável que a instituição que receba os recursos possua no mínimo estruturas adequadas de gestão de riscos.

No tocante à análise econômica do Direito, quanto cada Estado/ Município/ Hospital precisa de recursos para ações de combate a covid, quanto já foi alocado? Será que é mais eficiente a destinação direta de recursos aos hospitais sem a participação de secretaria de saúde? De que modo o cidadão obtém clareza no uso de recursos realocados no âmbito estadual? Qual o papel dos órgãos de controle externo neste processo? Como ações de Compliance público podem ser uteis na consolidação de informações à sociedade?

A realocação de bilhões decorrente de pagamentos de multas, acordos de leniência chamam a atenção para um fonte de receita para uso em ações de saúde. Ocorre que a Lei Anticorrupção sequer foi regulada em vários Estados do País, outros só a possuem na lei, sem estruturas organizacionais

efetivas de captação de recursos e aplicação de sanções,

No atual cenário de profunda crise fiscal e de enfrentamento de riscos à integridade pública, a administração da escassez consubstancia-se expressão de dever de gestão, visando à priorização do interesse público, especialmente através da governança, que consiste em alinhar processos e estruturas para informar, dirigir, administrar, avaliar e monitorar atividades organizacionais, com o intuito de alcançar os objetivos e prestar contas dessas atividades à sociedade.

A destinação de recursos advindos de multa paga pela Petrobrás em acordo com FCPA reforça que o combate a corrupção é socialmente sustentável, especialmente para mitigar a escassez de recursos não só em períodos emergenciais, como no pós pandemia.

A pandemia produziu consequências em vários campos, especialmente econômico, social e de acesso a direitos fundamentais, de modo que a despeito do sistêmico movimento de colaboração social das instituições jurídicas, a exclusiva destinação de recursos sem consolidada transparência do uso que se faz dos mesmos pode prejudicar o conjunto de demandas ao invés de ajudar no acesso à saúde. Portanto, é vital considerar o day after, sendo o princípio da precaução uma baliza a ser considerada.

## 6. Referências

BAHIA. TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DA BAHIA. **Corregedoria Eleitoral destina recursos provenientes de ações penais para combate ao Covid-19.** 2020. Disponível em: http://www.tre-ba.jus.br/imprensa/noticias-tre-ba/2020/Abril/corregedoria-eleitoral-destina-recursos-provenientes-de-acoes-penais-para-combate-ao-covid-19. Acesso em: 27 jun. 2020.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO. [s.l.]: Secretaria de Vigilância em Saúde, Ministério da Saúde, v. 15, n. 8, 9 abr. 2020. COE Coronavírus. Disponível em: https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/April/09/be-covid-08-final-2.pdf. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. CAMARA DOS DEPUTADOS. **Câmara aprova remanejamento de recursos da assistência social durante pandemia**: proposta facilita a liberação de saldos dos fundos de assistência social dos estados, do distrito federal e dos municípios. 2020h. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/656355-camara-aprova-remanejamento-de-recursos-da-assistencia-social-durante-pandemia/. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE ECONOMIA. **Atualização das políticas de combate à crise**. 2020a. Texto elaborado por Manoel Pires. Disponível em: https://observatorio-politica-fiscal.ibre.fgv.br/posts/atualizacao-das-politicas-de-combate-crise. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE ECONOMIA. **Atualização das políticas de combate à crise e detalha as políticas de crédito**. 2020b. Texto elaborado por Manoel Pires. Disponível em: https://observatorio-politica-fiscal.ibre.fgv.br/posts/observatorio-de-politica-fiscal-atualiza-medidas-de-combate-crise-e-detalha-politicas-de. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. INSTITUTO BRASILEIRO DE ECONOMIA. **Observatório de Política Fiscal atualiza lista de medidas no combate ao Covid-19**. 2020d. Texto elaborado por Manoel Pires. 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: 22 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3o do art. 37 e no § 2o do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 fev. 2020j. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Ministério da Saúde compra 240 milhões de máscaras**. 2020c. Disponível em: https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46693-ministerio-da-saude-compra-240-milhoes-de-mascaras. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Painel de Leitos e Insumos**. [2020]b. Disponível em: https://covid-insumos.saude.gov.br/paineis/insumos/painel.php. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. PORTAL DE COMPRAS. GOVERNO FEDERAL. **Painel de Compras COVID-19**. 2020q. Disponível em: https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/transparencia/60-transparencia/1313-transparencia-dos-dados-de-compras-para-o-covid-19. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. **Portaria MDR nº 1.927, DE 12.08.2019**. Institui o Programa de Integridade do Ministério do Desenvolvimento Regional. Brasília, DF, 12 ago. 2019. Disponível em: https://www.legiscompliance.com.br/legislacao/norma/264. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Legislação COVID-19**. [2020]a. Disponível em: http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-covid-19. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Coronavírus**: recursos de emendas impositivas poderão priorizar ações contra pandemia. 2020i. Texto elaborado por Milena Galdino e Patrícia Oliveira. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/03/23/coronavirus-recursos-de-emendas-impositivas-poderao-priorizar-acoes-contra-pandemia. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Vai a sanção liberação de recursos a estados e municípios para combater covid-19**. 2020g. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/01/vai-a-sancao-liberacao-de-recursos-para-estados-e-municipios-combater-covid-19. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 672 Distrito Federal**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. 2020k. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 568 Paraná**. Relator: Min. Alexandre de Moraes. 2020n. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF568saude.pdf. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Covid-19**: Medidas para restrição do direito de ir e vir devem seguir recomendação técnica. 2020l. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441063. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.341 Distrito Federal**. Relator: Min. Marco Aurélio. 2020m. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro determina destinação de R$ 32 milhões ao Estado do Acre para utilização em ações de combate ao coronavírus**. 2020o. http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441054. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pagamento de dívidas de Goiás, Amazonas e Rondônia com bancos públicos e União é prorrogado por 180 dias**. 2020e. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=440716. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Tutela Provisória na Petição 8.743 Rio de Janeiro**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 2020f. Disponível em: https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/04/pet8-743.pdf. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **Orientação**. 2020p. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/orientacao-corregedoria-regional-trf.pdf. Acesso em: 22 jun. 2020.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Phhilip. **Tragie choices**. Nova York: W. W. Norton and Company, 1978.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Protocolo adicional à convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, "protocolo de San Salvador"**. [s.d.]. Disponível em: http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm. Acesso em: 28 abr. 2020

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Covid-19**: Tribunais podem transferir recursos diretamente a Fundo Estadual de Saúde. 2020. Texto elaborado por Lenir Camimura Herculano. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/covid-19-tribunais-podem-transferir-recursos-diretamente-a-fundo-estadual-de-saude/. Acesso em: 23 jun. 2020.

CORREIO BRAZILIENSE (Brasil). **Bolsa Família**: Governo transfere R$83,9 milhões para investir em propaganda. 2020. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/06/04/interna_politica,861188/bolsa-familia-governo-transfere-r-83-9-milhoes-para-investir-em-propa.shtml. Acesso em: 23 jun. 2020.

ESTADO DE MINAS (Brasil). **Coronavírus**: justiça destina r$ 2,5 bilhões da corrupção para a saúde. 2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2020/04/08/interna_politica,1136914/coronavirus-justica-destina-r-2-5-bilhoes-da-corrupcao-para-a-saude.shtml. Acesso em: 23 jun. 2020.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Notas sobre a análise econômica do direito e epistemologia do direito. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18, 2009, São Paulo. **Anais [...]**. São Paulo: [s.n.], 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 p. v. 2.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **El costo de los derechos**: por qué la liberdad depende de los impuestos. Boenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA - IBGC (Brasil). **Caderno de governança 3**. IBGC, 2007. Disponível em: https://conhecimento.ibgc.org.br/Paginas/Publicacao.aspx?PubId=22121. Acesso em: 10 maio 2020.

INTERNATIONAL FEDERATION OF ACCOUNTANTS. **Governance in the Public Sector**: a governing body perspective. Nova York: IFAC, 2001. Disponível em: http://www.ifac.org/sites/default/files/publications/files/study-13-governance-in-th.pdf. Acesso em: 21 mar. 2020.

ISTOÉ (Brasil). **Acre pode receber R$ 32,7 mi de Fundo da Lava Jato para enfrentar Covid-19.** 2020. Disponível em: https://istoe.com.br/acre-pode-receber-r-327-mi-de-fundo-da-lava-jato-para-enfrentar-covid-19/. Acesso em: 23 jun. 2020.

JORNAL SEMANÁRIO (Brasil). **Recursos da Consulta Popular de 2018 beneficiarão nove municípios da região no combate ao coronavírus**. 2020. Disponível em: https://jornalsemanario.com.br/recursos-da-consulta-popular-de-2018-beneficiarao-nove-municipios-da-regiao-no-combate-ao-coronavirus/. Acesso em: 23 jun. 2020.

JUSTIÇA libera valores para combate à pandemia de coronavírus. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mar-26/justica-libera-valores-combate-pandemia-coronavirus. Acesso em: 22 jun. 2020.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

PIRES, Manoel. **As principais reações à crise**. [2020]. Disponível em: https://observatorio-politica-fiscal.ibre.fgv.br/sites/observatorio-politica-fiscal.ibre.fgv.br/files/u52/as_principais_reacoes_a_crise_0.pdf. Acesso em: 22 jun. 2020.

PROCEDIMENTO Comum nº 5000465-09.2020.4.02.5115/RJ. 2020. Disponível em: https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/SEASI/decisao_cesta_basicas_teresopolis.pdf. Acesso em: 23 jun. 2020.

PROCESSO nº 0500843-69.2019.4.02.5101 (2019.51.01.500843-0). 2020. Disponível em: https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/SEASI/decisao_destinacao_recursos_lava_jato_prefeitura_rj.pdf. Acesso em: 26 jun. 2020.

ROVER, Aires José; GALINDO, Fernando; MEZZAROBA, Orides. **Direito, Governança e Tecnologia**: princípios, políticas e normas do Brasil e da Espanha. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. Disponível em: https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direito_governanca_e_tecnologia_pdf.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATNNER, Marc. **The self-restraining state:** power and accountability in new democracies**.** Boulder London: Lynne Rienner Publishers, 1999. Disponível em: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?filename=0&article=1021&context=andre as_schedler&type=additional. Acesso em: 04 jan. 2020.

SERGIPE. ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SERGIPE. **Kitty Lima reforça combate ao Covid-19 em Sergipe com MEIO milhão de reais em emendas**. 2020. Disponível em: https://al.se.leg.br/kitty-lima-reforca-combate-ao-covid-19-em-sergipe-com-meio-milhao-de-reais-em-emendas/. Acesso em: 23 jun. 2020.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Brasil**: pior nota pelo segundo ano. [s.d.]. Disponível em: https://transparenciainternacional.org.br/ipc/. Acesso em: 28 abr. 2020.

VELJANOVSKI, Cento. **A economia do direito e da lei**: uma introdução. Tradução de Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

# Posfácio

Qual é a finalidade de um posfácio?

Trata-se de um adendo, explicação ou advertência, localizados ao final de um livro, muitas vezes depois de já terminado.

Serve ele muitas vezes como uma forma de fazer um registro final que ainda não pode ser feito...

E é este o objetivo deste texto.

Registrar a satisfação da Academia de Letras Jurídicas da Bahia com a edição de mais um volume do livro "Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus".

Trata-se de uma iniciativa histórica, que marca a pujança do pensamento jurídico brasileiro, notadamente baiano, no cenário acadêmico contemporâneo.

Com efeito, a iniciativa do talentoso e dinâmico Professor Doutor Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins, simultaneamente Presidente do Instituto dos Advogados da Bahia e da Instituto de Direito Constitucional da Bahia, de organizar um "Seminário Virtual de Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de Coronavírus" encontrou parceiros ideais na Academia de Letras Jurídicas da Bahia, por mim presidida, e no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, coordenado com excelência pelo operoso Professor Doutor Saulo José Casali Bahia. Juntou-se após o Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil, presidida pelo Professor Doutor Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins.

Esta parceria mostrou-se extremamente profícua.

De fato, o que era um seminário inédito e isolado teve um repeteco, depois uma nova edição e, de grão em grão, tornou-se um evento permanente com 18 (dezoito) eventos em semanas sucessivas, congregando, ao menos, 100 (cem) palestrantes! Além disso, mostrou à comunidade jurídica local, nacional e internacional a produtividade impressionante de todos os envolvidos com a programação de lançamento de 4 (quatro) obras literárias de escola.

E é justamente para terceira obra destas quatro que se redige este posfácio!

Trabalho de fôlego, que conta com 32 (trinta e dois) textos de grande profundidade acadêmica, é com muito orgulho que a Academia de Letras Jurídicas da Bahia recomenda a todos e todas a leitura atenta de cada um dos arrazoados aqui coligidos, chamando a atenção também para o quarto volume desta cornucópia literária que é inteiramente em inglês, demonstrando a enorme abrangência desta produção científica.

Por isso, somente cabe a este "posfaciador" registrar a enorme honra, prazer e privilégio de redigir estas breves notas, na certeza de que, desta árvore frondosa que se cultivou coletivamente, muitos outros frutos saborosos ainda nascerão!

Salvador, 29 de julho de 2020.

**RODOLFO PAMPLONA FILHO (ORGANIZADOR)**

**Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia**

# Cartazes dos Seminários

I SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE
DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS
01/abril - 18 horas
MODERADORES
Carlos Rátis
Rodolfo Pamplona
Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmissão via Zoom Meetings
IDCB
INSTITUTO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA BAHIA
INSTITUTO DOS ADVOGADOS DA BAHIA
Fábio Periandro
Tema: Reflexos do COVID-19 no Constitucionalismo
Gabriel Marques
Tema: Estado de Defesa e Estado de Sítio
Marcos Sampaio
Tema: Constitucionalismo Digital
Miguel Calmon
Tema: Direitos das Minorias
Rosângela Lacerda
Tema: Direito do Trabalho e Fato do Príncipe
Saulo Casali
Tema: Direitos Fundamentais e Pandemia

II SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE
DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS
08/abril - 18 horas
MODERADORES
Carlos Rátis
Rodolfo Pamplona
Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmissão via Zoom Meetings
IDCB
INSTITUTO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA BAHIA
INSTITUTO DOS ADVOGADOS DA BAHIA
Adriano Pedra
Tema: Reformas Constitucionais em Tempos de Pandemia
André Batista
Tema: A Recusa ao Exame Diagnóstico do Covid-19
Christianne Gurgel
Tema: Autonomia Privada Coletiva de Trabalho e as MPs 927 e 936
Geovane Peixoto
Tema: Direitos Fundamentais e Sistema Penitenciário em Tempos de Convid-19
Jaime Barreiros
Tema: Os impactos do Covid-19 nas eleições 2020 e a proposta de unificação do calendário eleitoral
Marcos Borel
Tema: A Recuperação de Empresas e o Estado de Calamidade. Recomendações do CNJ

III SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE
DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS
15/abril - 18 horas
MODERADORES
Carlos Rátis
Rodolfo Pamplona
Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmissão via Zoom Meetings
IDCB
INSTITUTO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA BAHIA
INSTITUTO DOS ADVOGADOS DA BAHIA
Josinaldo Leal
Tema: As Relações de Consumo - Harmonização de Interesses.
Leonardo Cunha
Tema: Relações familiares e o impacto da Covid-19
Maria Elisa Villas-Bôas
Tema: A População Idosa e o Ageism na Atual Pandemia: O Desafio de Uma Abordagem Humanista
Ricardo Maurício
Tema: Estado Solidarista: Possibilidades, Limites e Desafios
Thaís Bandeira
Tema: A violência de Gênero em Tempos de Covid-19
Washington Pimentel
Tema: Prevenção à Insolvência em Tempos de Crise

IV SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE
DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS
22/abril - 18 horas
MODERADORES
Carlos Rátis
Rodolfo Pamplona
Saulo Casali
Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmissão via Zoom Meetings
IDCB
INSTITUTO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA BAHIA
Antonio Adonias
Tema: O Sistema de precedentes judiciais e os conflitos surgidos na época da pandemia
Cristiane Cabral
Tema: A OMS e sua atuação no âmbito da saúde pública internacional
Cristiano Chaves
Tema: Relativização dos contratos em tempos de pandemia
Fredie Didier
Tema: Processo estrutural
Hilda Vargas
Tema: O direito à convivência familiar e o isolamento social imposto pela pandemia de Covid-19
Luiz Viana
Tema: A defesa da advocacia em tempos de pandemia

V SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE
DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS
29/abril - 18 horas
MODERADORES
Carlos Rátis
Rodolfo Pamplona
Saulo Casali
LANÇAMENTO DO LIVRO DURANTE O EVENTO
Direitos e Deveres Fundamentais em Tempos de CORONAVIRUS
Alessia Magliacane
Tema: Covid: uma história italiana.
Alex Cabral
Tema: Um "novo" propósito para a inovação: a pandemia que reinventou o Estado.
Francesco Rubinho
Tema: Covid: uma história europeia.
Heron Gordilho
Tema: Direito Penal de risco e os crimes contra a saúde pública.
Luciano Martinez
Tema: Dever patronal de acomodação racional nos tempo do Coronavírus.
Marta Gimenez
Tema: Dinâmica inclusiva do desenvolvimento tecnológico em patentes farmacêuticas. Um pensamento pandêmico.
Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmissão via Zoom Meetings
Haverá transmissão pelo canal do Instituto dos Advogados da Bahia no YouTube
IDCB
INSTITUTO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA BAHIA
EDITORA IASP
OAB
BAHIA

VI SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE
DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS
TEMA: UNIVERSIDADE E PANDEMIA
06/maio - 18 horas
Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmissão via Zoom Meetings
Haverá transmissão pelo canal do Instituto dos Advogados da Bahia no YouTube
João Carlos Salles
Reitor da Universidade Federal da Bahia
IDCB
INSTITUTO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA BAHIA
OAB
BAHIA

VII SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE
DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS
13/maio - 18 horas
MODERADORES
Carlos Rátis
Rodolfo Pamplona
Saulo Casali
Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmissão via Zoom Meetings
IDCB
OAB
BAHIA
António Menezes
Tema: A advocacia trabalhista pós-pandemia.
Fernanda Barretto
Tema: Os alimentos e a pandemia: Uma questão urgente.
Glaucia Brasil
Tema: O papel do Administrador Judicial em tempos de pandemia.
João Glicério
Tema: Direito empresarial na pandemia.
Lucas Castelo Branco
Tema: O direito contratual inglês no contexto da pandemia.
Sérgio Schlang
Tema: Contratos: Reajustes, alterações e aumentos abusivos em tempos de Coronavírus.

VIII SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE

**DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS**

20/maio - 18 horas

**MODERADORES**

Carlos Rátis

Rodolfo Pamplona

Saulo Casali

Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmissão via Zoom Meetings

**Antonio Sá**
Tema: *Enfermidade, isolamento social e tragédia no "Filoctetes" de Sófocles: Um fundamento possível ao direito constitucional da saúde?.*

**Cláudia Albagli**
Tema: *Sociedade Virtual e o direito.*

**Clóvis Reimão**
Tema: *Liberdade de locomoção em tempo de coronavírus: Um equilíbrio Aristotélico em direitos e deveres fundamentais.*

**Gamil Föppel**
Tema: *Advocacia criminal e o covid-19.*

**Liliane Lopes**
Tema: *A Mediação e os impactos durante e pós pandemia de covid-19.*

**Maria Auxiliadora Minahim**
Tema: *Direito à vida em tempos de pandemia.*

IX SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE
DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS
Desafios do Poder Judiciário em Tempos de Pandemia
27/maio - 18 horas
MODERADORES
Carlos Rátis
Fabrício de Castro
Rodolfo Pamplona
Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmissão via Zoom Meetings
IDCB
OAB
BAHIA
Cecília Barreto
Presidente da Amatra 5
Dirley da Cunha Júnior
Juiz Diretor do Foro da Seção Judiciária do Estado da Bahia
Jatahy Júnior
Presidente do TRE/BA
Jéferson Muricy
Vice-Presidente do TRT5/BA
José Aras Neto
Desembargador do TJ/BA
Nartir Dantas Weber
Presidente da AMAB
Saulo Casali
Delegado Ajufe/BA e Presidente da Ajufba

X SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE

**DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS**

03/junho - 18 horas

MODERADORES

Carlos Rátis

Rodolfo Pamplona

Saulo Casali

Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmissão via Zoom Meetings

**Alessandra Pearce**

*Tema: Líderes nacionais do gênero feminino são mais eficientes no combate ao Covid-19? Uma pesquisa quantitativa*

**Daniel Oitaven**

**Daniela Borges**
*Tema: A tributação em tempos de pandemia*

**Joseane Suzart**
*Tema: Serviços públicos essenciais na pandemia: A necessária proteção dos consumidores*

**Rafson Ximenes**
*Tema: Acesso à Justiça em tempos de pandemia*

**Roberta Casali**
*Tema: Meio ambiente e pandemia*

**Rommel Robatto**
*Tema: Responsabilidade civil do Estado em tempos de pandemia*

XI VIRTUAL SEMINAR ON

**FUNDAMENTAL RIGHTS AND DUTIES IN TIMES OF PANDEMIC**

June 10 at 10 am

MODERATORS

Carlos Rátis

Rodolfo Pamplona

Saulo Casali

Subscription: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmission by Zoom Meetings

**António Pedro Barbas Homem**
*Challenges for Higher Education in a Post-Pandemic Era*

**Garry Jacobs**
*Education for Global Leadership*

**Heitor Gurgulino de Souza**
*Education and COVID-19*

**Jan De Groof**
*Challenges for Education Rights and Education Policy in a Post-Pandemic Era*

**Nina Ranieri**
*How is public education in Brazil during the pandemic? Scenarios and challenges*

XII SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE

**DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS**

17/junho - 18 horas

**MODERADORES**

Carlos Rátis

Rodolfo Pamplona

Saulo Casali

Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmissão via Zoom Meetings

**Amanda Souza Barbosa**
Tema: *Responsabilidade civil médica em tempos de pandemia: novos contornos?*

**Juliette Robichez**
Tema: *Os impactos da pandemia e a globalização.*

**Maurício Góes e Góes**
Tema: *Prazos processuais em tempos de pandemia.*

**Mônica Aguiar**
Tema: *Bioética, psicologia e o impacto do SARS-COV-2 no meio ambiente social: Um estudo de caso.*

**Rafael Barreto**
Tema: *Coronavírus e Fuzzysmo constitucional.*

**Tércio Roberto Peixoto Souza**
Tema: *Privacidade na relação de trabalho e os contornos da LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados.*

XIII SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE
DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS
Venham participar do nosso arraiá para discutirmos o Direito à Cultura
24/junho - 18 horas
MODERADORES
Carlos Rátis
Rodolfo Pamplona
Saulo Casali
Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmissão via Zoom Meetings
IDCB
OAB
BAHIA
Brina Costa e Paulo Mutti
Cláudia Viana
Jaqueline San Galo
José Raimundo Carvalho
Marcelo Timbó
Rodrigo Moraes

XIV SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE
DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS
01/julho - 18 horas
MODERADORES
Carlos Rátis
Rodolfo Pamplona
Saulo Casali
Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmissão via Zoom Meetings
IDCB
OAB
BAHIA
Ana Paula Holanda
Tema: Acesso à Justiça e a gestão de conflitos na pandemia da Covid-19
Camila Magalhães
Tema: A centralidade do racismo no debate democrático brasileiro.
Júlio Rocha
Tema: Saúde, meio ambiente e trabalho: Pandemia e pós-pandemia.
Lívia Sant'Anna Vaz
Tema: Desigualdade de raça e gênero em tempos de pandemia.
Paulo Modesto
Tema: O controle da Discricionariedade Administrativa em Tempos de Pandemia.
Tagore Trajano
Tema: Aspectos ambientais de um mundo em pandemia.

XV SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE

**DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS**

08/julho - 18 horas

**MODERADORES**

Carlos Rátis

Rodolfo Pamplona

Saulo Casali

Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmissão via Zoom Meetings

**Agenor Sampaio**
Tema: *Liberdade de credo religioso em tempos de pandemia.*

**Andrea Leone**
Tema: *Autonomia Responsável e Bioética latino- Americana diante da Pandemia da Covid-19.*

**Leonardo Barreto**
Tema: *A possibilidade de audiência de custódia por videoconferência.*

**Lília Portugal**
Tema: *Restrição de entrada de cidadãos brasileiros em Portugal em tempo de pandemia.*

**Mariana Santiago**
Tema: *Função solidária: a terceira dimensão dos contratos.*

**Pedro Caymmi**
Tema: *Impactos orçamentários e financeiros da Covid-19.*

XVI SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE
DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS
15/julho - 18 horas
MODERADORES
Carlos Rátis
Rodolfo Pamplona
Saulo Casali
Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmissão via Zoom Meetings
IDCB
OAB
BAHIA
Alessandra Prado
Tema: O que a pandemia revela sobre o sistema penal?
Bernardo Montalvão
Tema: A compreensão de Thomas Vesting sobre o sistema jurídico e o ordenamento jurídico após a pandemia.
Cristiana Santos
Tema: Mensalidades escolares em tempos de pandemia.
Elenice Santos
Tema: O Controle de constitucionalidade e o direito à saúde das pessoas em situação de cárcere.
Eduardo Umbelino
Tema: Os Reflexos do Covid19 no Calendário Eleitoral 2020 (PEC 107/2020).
Gustavo Gomes Brito
Tema: Reconhecimento de pessoas no processo penal em tempos de coronavírus.
Maiana Guimarães
Tema: Reflexos da ausência de cultura constitucional em tempos de pandemia.

XVII SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE
DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS
22/julho - 18 horas
MODERADORES
Carlos Rátis
Rodolfo Pamplona
Saulo Casali
Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmissão via Zoom Meetings
IDCB
OAB
BAHIA
Ana Patrícia Dantas Leão
Tema: Direito fundamental à educação e pandemia
Camila Ladeia
Tema: Reestruturação de empresas em tempos de pandemia.
Fernanda Lordelo
Tema: A educação jurídica em tempos da Covid-19.
Rafael Petracioli
Tema: Inconstitucionalidade da EC 107: Eleições em tempos de pandemia.
Samuel Vida
Tema: Constitucionalismo negro, sujeito constitucional insurgente e genocídio em tempos de pandemia.
Sebastian Mello
Tema: Covid-19 e o Art. 268 do Código Penal: Um velho-novo crime de um tempo esquecido
Zulene Gomes
Tema: Impactos juseconômicos das realocações de recursos durante a pandemia.

XVIII SEMINÁRIO VIRTUAL SOBRE
DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS
Encerramento do PROJETO 100: União, Resiliência e Solidariedade
29/julho - 18 horas
MODERADORES
Carlos Rátis
Rodolfo Pamplona
Saulo Casali
Inscrição: www.sympla.com.br/idcbahia
Transmissão via Zoom Meetings
IDCB
OAB
BAHIA
Edvaldo Brito
Tema: Os direitos fundamentais na pandemia.
Eliana Calmon
Tema: Poder Judiciário e pandemia.
Geisa de Assis Rodrigues
Tema: Direito ao acesso à informação à Covid-19.
José Horácio Ribeiro
Tema: Advocacia em tempos de crise.
Maria Garcia
Tema: Um novo Humanismo: novos direitos, novos sujeitos de direito.
Sílvia Cerqueira
Tema: Ações afirmativas nas Instituições Jurídicas.

# SEMINÁRIOS I A XVIII

# DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE CORONAVIRUS

## Relação de Painelistas

## "Projeto 100"

1. Adriano Pedra
2. Agenor Sampaio
3. Alessandra Pearce
4. Alessandra Prado
5. Alessia Magliacane
6. Alex Cabral
7. Amanda Souza Barbosa
8. Ana Patrícia Dantas Leão
9. Ana Paula Holanda
10. André Batista
11. Andrea Leone
12. António Adonias
13. António Menezes
14. António Pedro Barbas Homem
15. António Sá
16. Bernardo Montalvão
17. Brina Costa
18. Camila Ladeia
19. Camila Magalhães
20. Cecília Barreto
21. Christiane Gurgel
22. Cláudia Albagli
23. Cláudia Viana
24. Clóvis Reimão
25. Cristiana Santos
26. Cristiane Cabral
27. Cristiano Chaves
28. Daniel Oitaven
29. Daniela Borges
30. Dirley da Cunha Jr.
31. Eduardo Umbelino
32. Edvaldo Brito
33. Elenice Santos
34. Eliana Calmon
35. Fábio Periandro
36. Fernanda Barreto
37. Fernanda Lordelo
38. Francesco Rubinho
39. Fredie Didier
40. Gabriel Marques
41. Gamil Föppel
42. Garry Jacobs
43. Geisa Rodrigues
44. Geovane Peixoto
45. Gláucia Brasil
46. Gustavo Gomes Brito
47. Heitor Gurgulino de Souza
48. Heron Santana
49. Hilda Vargas
50. Jaime Barreiros
51. Jan De Groof
52. Jaqueline San Galo
53. Jatahy Fonseca Jr.
54. Jéferson Muricy
55. João Carlos Salles
56. João Glicério
57. José Aras Neto
58. José Horácio Ribeiro
59. José Raimundo Carvalho
60. Joseane Suzart
61. Josinaldo Leal
62. Juliette Robichez
63. Júlio Rocha
64. Leonardo Barreto
65. Leonardo Cunha
66. Lília Portugal
67. Liliane Lopes
68. Lívia Sant'Anna Vaz
69. Lucas Castelo Branco
70. Luciano Martinez
71. Luiz Viana
72. Maiana Guimarães
73. Marcelo Timbó
74. Marcos Sampaio
75. Marcus Borel
76. Maria Auxiliadora Minahim
77. Maria Elisa Villas-Boas
78. Maria Garcia
79. Mariana Santiago
80. Marta Gimenez
81. Maurício Góes e Góes
82. Miguel Calmon
83. Mônica Aguiar
84. Nartir Dantas Weber
85. Nina Ranieri
86. Paulo Modesto
87. Paulo Mutti
88. Pedro Caymmi
89. Rafael Barreto
90. Rafael Petracioli
91. Rafson Ximenes
92. Ricardo Maurício
93. Roberta Casali
94. Rodrigo Moraes
95. Rommel Robatto
96. Rosângela Lacerda
97. Samuel Vida
98. Saulo Casali Bahia
99. Sebastian Mello
100. Sérgio Schlang
101. Sílvia Cerqueira
102. Tagore Trajano
103. Tércio Souza
104. Thaís Bandeira
105. Washington Pimentel
106. Zulene Gomes

**REALIZAÇÃO:**

IDCB
INSTITUTO DE DIREITO
CONSTITUCIONAL DA BAHIA

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DA BAHIA

*Academia de Letras Jurídicas da Bahia*

Colégio de Presidentes
dos Institutos dos Advogados
Do Brasil

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU

ISBN: 978-65-87082-05-9

9 786587 082059

EDITORA
IASP