



UNIVERSIDADE  
**FUMEC**



REVISTA DE  
DIREITO DA  
UNIVERSIDADE  
FUMEC

# Meritum

Volume 16

Edição  
Temática  
Covid

2021



## REITORIA

### Reitor:

Prof. Fernando de Melo Nogueira

### Pró-Reitor de Graduação:

Prof. João Batista de Mendonça Filho

### Pró-Reitor de Planejamento e Administração:

Prof. Márcio Dario da Silva

### Pró-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão:

Prof. Henrique Cordeiro Martins

## FUNDAÇÃO MINEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA

### Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. Antônio Carlos Diniz Murta

### Vice-Presidente do Conselho de Curadores:

Prof. João Carlos de Castro Silva

### Presidente do Conselho Executivo

Prof. Air Rabelo

## FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

### Diretor Geral:

Prof. Rodrigo Suzana Guimarães

### Coordenação do Curso de Direito:

Prof. Daniel Firmato de Almeida Glória

Profa. Silvana Lourenço Lobo

### Coordenador do Programa de Mestrado na área de concentração Instituições Sociais, Direito e Democracia:

Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas

## FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE - FUMEC

Rua Cobre, 200, Cruzeiro Belo Horizonte/MG – CEP 30310-190

Tel (31) 3228-3090 – Site: [www.fumec.br](http://www.fumec.br)

## REVISTA MERITUM COORDENAÇÃO EDITORIAL

Prof. Sérgio Henriques Zandona Freitas

## RESPONSÁVEIS TÉCNICOS DA REVISTA MERITUM

Prof. Adriano da Silva Ribeiro (Editor Adjunto e Responsável Técnico)

Bel. Cláudia Márcia Magalhães (Secretária do PPGD FUMEC)

## NÚCLEO DE APOIO À REVISTA MERITUM

Mestranda Beatriz Ribeiro (PPGD/FUMEC)

Mestranda Letícia Ribeiro (PPGD/FUMEC)

## REVISORES E TRADUTORES DE INGLÊS

Site: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/>

E-mail: [revistameritum@fumec.br](mailto:revistameritum@fumec.br)

## BIBLIOTECÁRIA UNIVERSIDADE FUMEC

Priscila Reis (Coord. de Área, Doutoranda em SIGC)

## PROJETO GRÁFICO

Therus Santana

## EDITORAÇÃO

Tecnologia da Informação

Creative Commons License

Meritum: revista de direito da Universidade FUMEC / Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde. - v. 16. no. 4 (2021)- . - Belo Horizonte : Universidade FUMEC, 2006- .

v. : il.

Quadrimestral

ISSN 2238-6939 (Online)

1. Direito. I. Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU:34

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Universitária-FUMEC

Os conceitos emitidos em artigos assinados são de absoluta e exclusiva responsabilidade de seus autores

# Conselho Editorial

---

Adolfo Ingácio Calderón, Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC Campinas)

Arno Dal Ri Jr, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

César Augusto Baldi, Universidad Pablo Olavide (UPO), Sevilha, Espanha

Daniel Firmato de Almeida Glória, Universidade FUMEC

David López Jiménez, Universidade de Huelva, Espanha

Deissy Motta Castaño, Universidad Autónoma, Bogotá, Colômbia

Dídima Rico Chavarr, Universidad Autónoma, Bogotá, Colômbia

Erica Palmerini, Scuola Superiore Sant'Anna (SSSUP), Pisa, Itália

Fernando Antonio de Carvalho Dantas, Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR)

Flávia de Avila, Universidade Federal de Sergipe. UFS

Gladston Gomes Mamede da Silva, Universidade FUMEC

Haroldo Duclerc Verçosa, Universidade de São Paulo (USP)

Jan Peter Schmid, Instituto Max Planck (MPI), Alemanha

Jean-Christophe Merle, Faculdade de Filosofia da Universidade de Saarbrücken, Alemanha

José Filomeno de Moraes Filho, Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Joaquim Carlos Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Jorge Renato dos Reis, Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC)

Karine Salgado, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Kennedy Kihangi Bindu, Université Libre des Pays des Grands Lacs (ULPGL) – República Democrática do Congo

Manuel David Masseno, Instituto Politécnico de Beja (IPBeja), Universidade de Porto (UP), Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Nattan Nisimbat, Universidad del Rosario, Bogotá, Colômbia

Otávio Luiz Rodrigues Junior, Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB)

Paula Nunes Correia, Universidade de Macau (UM), Macau, China

Raymundo Juliano Rego Feitosa, Universidade Federal de Pernambuco (UFPE)

# SUMÁRIO/SUMMARY

EM DEFESA DA AMPLIAÇÃO DO CAMPO DE INCIDÊNCIA DO DIREITO EMPRESARIAL NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS: PELA CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS A OUTROS AGENTES PRIVADOS.....8 <i>IN DEFENSE OF THE EXTENSION OF THE FIELD OF INCIDENCE OF BUSINESS LAW IN THE CONTEXT OF THE NEW CORONAVIRUS PANDEMIC: FOR THE CONCESSION OF THE COMPANY'S RECOVERY TO OTHER PRIVATE AGENTS</i> Jordano Soares Azevedo	8
CONTRATOS PRIVADOS DE ENSINO E O NECESSÁRIO (RE)EQUILÍBRIO CONTRATUAL EM TEMPOS PANDÊMICOS .....31 <i>PRIVATE EDUCATION CONTRACTS AND THE CONTRACTUAL (RE)BALANCE IN PANDEMIC TIMES</i> Zilda Mara Consalter Maria Luiza Cristani Bizetto Elisa Roth	31
COMPARTILHAMENTO DE DADOS PESSOAIS E O COMBATE À PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL: ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA 954/2020 .....53 <i>PERSONAL DATA SHARING AND THE FIGHT AGAINST THE COVID-19 PANDEMIC IN BRAZIL: ANALYSIS OF PROVISIONAL MEASURE 954/2020</i> Elísio Augusto Velloso Bastos Cristina Pires Teixeira de Miranda Vitória Barros Esteves	53
NO LAR, A “PANDEMIA DAS SOMBRAS”: REFLEXÕES BIOPOLÍTICAS SOBRE A VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES EM TEMPOS DE COVID-19 NO BRASIL .....72 <i>AT HOME, THE “SHADOW PANDEMIC: BIOPOLITICAL REFLECTIONS ON VIOLENCE AGAINST WOMEN IN COVID-19 TIMES IN BRAZIL</i> Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth Emanuele Dallabrida Mori Tatiana Diel Pires	72
A MEDIAÇÃO E O TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS FAMILIARES ADVINDOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL EM MEIO À PANDEMIA DA COVID-19 .....94 <i>MEDIATION AND PROPER TREATMENT OF FAMILY CONFLICTS ARISING FROM PARENTAL ALIENATION IN THE MIDDLE OF THE COVID-19 PANDEMIC</i> Helena Pacheco Wrasse Rafaela Brixner Irigoyen	94
O PROJETO DE LEI N.º 1.179/2020 E A AUSÊNCIA DE ESTÍMULO ÀS FORMAS AUTOCOMPOSITIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DECORRENTES DA PANDEMIA DA COVID-19 .....114 <i>THE DRAFT LAW N.º 1.179 / 2020 AND THE ABSENCE OF STIMULATION TO THE SELF-COMPOUND WAYS TO RESOLVE CONFLICTS RESULTING FROM THE COVID-19 PANDEMIC</i> Clarindo Epaminondas de Sá Neto Felipe Rudi Parize	114
CASAS, RUAS E CORONAVÍRUS: O DIREITO DO TRABALHO DEPOIS DA PANDEMIA .....134 <i>HOME, STREETS AND CORONAVIRUS: A POST-PANDEMIC LOOK AT LABOUR LAW</i> Marcio Tulio Viana	134

A SOBREPOSIÇÃO DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO: EFEITOS DA REFORMA TRABALHISTA EM TEMPOS DE COVID-19 .....	145
<i>THE PREVALENCE OF THE NEGOTIATED OVER THE LEGISLATED WITH THE ADVENT OF THE TRALHISTA REFORM AND IN COVID-19 TIMES</i>	
Lílian Aparecida de Macêdo Parreiras Marcelo Barroso de Lima Brito de Campos	
O MÍNIMO EXISTENCIAL NA PROMOÇÃO DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19 .....	171
<i>THE EXISTENTIAL MINIMUM IN PROMOTING THE STATE OF SOCIAL WELFARE IN COVID-19 PANDEMIC TIMES</i>	
Allan Thiago Barbosa Arakaki Marisa Rossignoli	
AVANÇOS TECNOLÓGICOS NO PODER JUDICIÁRIO: REFLEXÕES SOBRE A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO POR VIDEOCONFERÊNCIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO .....	191
<i>TECHNOLOGICAL ADVANCES IN JUDICIARY POWER: REFLECTIONS ON THE INSTRUCTIONAL HEARING BY VIDEOCONFERENCE IN THE LABOR COURT</i>	
Cláudio Jannotti da Rocha Lara Careta Parise	
O DIREITO PENAL E A PANDEMIA DO COVID-19: (RE)VALORANDO DETERMINADOS BENS JURÍDICOS PENAIS .....	208
<i>CRIMINAL LAW AND THE PANDEMIC OF COVID-19: (RE) VALUING DETERMINED PENAL LEGAL GOODS</i>	
Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson	
DIREITO À SAÚDE E O CUSTEIO PÚBLICO DAS/OS PACIENTES INFECTADAS/OS PELO COVID-19: UMA ANÁLISE JURÍDICO-CIRCUNSTANCIADA DO PACTO FEDERATIVO SOB A ÓTICA DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL.....	234
<i>THE RIGHT TO HEALTH AND PUBLIC COSTING OF INFECTED PATIENTS BY COVID-19: A LEGAL- DETAILED ANALYSIS OF THE FEDERATIVE PACT FROM THE CONSTITUTIONAL PROTECTION PERSPECTIVE</i>	
Rainer Bomfim Luis Felipe Costa Lopes Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia	
O REFÚGIO EM TEMPOS DE PANDEMIA NO BRASIL.....	248
<i>THE REFUGE IN TIMES OF PANDEMIC IN BRAZIL</i>	
Héverton Lopes Rezende Valter Moura do Carmo	
MEDIAÇÃO ESCOLAR ON-LINE: INSTRUMENTO DA POLÍTICA PÚBLICA NACIONAL DE COMBATE E PREVENÇÃO AO CYBERBULLYING EM TEMPOS DE PANDEMIA.....	264
<i>ON LINE SCHOOL MEDIATION: NATIONAL PUBLIC POLICY INSTRUMENT FOR COMBAT AND PREVENTION OF CYBERBULLYING IN PANDEMIC TIME</i>	
Andrea Carla de Moraes Pereira Lago Ivan Dias da Motta	
O DIREITO NA CONTEMPORANEIDADE PANDÊMICA PRECARIZANTE E A NECESSÁRIA RESSIGNIFICAÇÃO DO PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO ELEMENTO ESSENCIAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA.....	281
<i>THE LAW IN PRECARIZING PANDEMIC CONTEMPORARY AND THE NECESSARY RESIGNIFICATION OF THE CONSTITUTIONAL PROCESS AS AN ESSENTIAL ELEMENT FOR THE IMPLEMENTATION OF DEMOCRACY</i>	
Gabriela Oliveira Freitas Sérgio Henriques Zandona Freitas	

# EDITORIAL

A Revista *Meritum* (Qualis B1) da FUMEC, neste vol. 16, apresenta a Edição Temática COVID-19, em que foram prestigiadas as questões do universo jurídico relacionadas à pandemia provocada pelo Coronavírus SARS-Cov2, ao Estado Democrático de Direito e a efetivação de direitos fundamentais constitucionais.

Busca-se analisar, debater e divulgar pesquisas jurídicas relacionadas aos direitos fundamentais durante a pandemia, bem como questões sanitárias e o direito à saúde, que auxiliem a interpretar criticamente os desafios do momento.

Os artigos submetidos à Revista *Meritum* foram avaliados pela Coordenação Editorial, que examinou a adequação à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares e avançados, dentre outros. Na sequência, cada texto foi remetido a, no mínimo, dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, para análise de forma e conteúdo, bem como emissão do parecer.

Na oportunidade, os Editores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa da Universidade FUMEC e, em especial, a todos os autores que participaram da presente publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a leitura e/ou escuta prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à inclusão e concretização de preceitos insculpidos no Estado Democrático Constitucional de Direito.

Boa leitura a todos!

*Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas*  
*Prof. Dr. Adriano da Silva Ribeiro*  
Coordenação Editorial

# EM DEFESA DA AMPLIAÇÃO DO CAMPO DE INCIDÊNCIA DO DIREITO EMPRESARIAL NO CONTEXTO DA PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS: PELA CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS A OUTROS AGENTES PRIVADOS

IN DEFENSE OF THE EXTENSION OF THE FIELD OF  
INCIDENCE OF BUSINESS LAW IN THE CONTEXT OF  
THE NEW CORONAVIRUS PANDEMIC: FOR THE CONCESSION  
OF THE COMPANY'S RECOVERY TO OTHER PRIVATE AGENTS

JORDANO SOARES AZEVEDO<sup>1</sup>

## RESUMO

A pandemia do novo coronavírus provocou grave crise econômica mundial no ano de 2020, levando muitos agentes privados à falência. Nesse contexto caótico, veio à tona uma antiga questão: afinal, o benefício da recuperação de empresas, previstos na Lei 11.101/05 é exclusivo dos empresários? Na tentativa de solucionar esta situação-problema, a partir da hipótese de que o mecanismo de soerguimento deve ser estendido a outros agentes privados, o presente texto condensa pesquisa bibliográfica, mediante análise das fases do desenvolvimento histórico do Direito Empresarial, investigação dos elementos que caracterizam a figura do empresário, exame dos fundamentos constitucionais que dão suporte à hipótese formulada e, por fim, também analisa alguns precedentes judiciais importantes sobre o tema, o que se fez com o objetivo geral de oferecer soluções jurídicas para os agentes econômicos que foram profundamente afetados pela crise. Quanto aos resultados obtidos, verificou-se que há uma tendência, em sede jurisprudencial, de se autorizar o processamento de recuperações judiciais de agentes não empresários, confirmando a hipótese formulada na pesquisa.

**Palavras-Chave:** pandemia; crise; benefício; recuperação; empresas.

1 Pós-doutorando pelo PPGD da Puc/Minas, sob supervisão do Prof. Eduardo Goulart Pimenta. Doutor e Mestre em Direito Privado pela PucMinas. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1930-6793>. E-mail: [jordansoares@yahoo.com.br](mailto:jordansoares@yahoo.com.br).

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

AZEVEDO, Jordano Soares. Em defesa da ampliação do campo de incidência do direito empresarial no contexto da pandemia do novo coronavírus: pela concessão da recuperação de empresas a outros agentes privados. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 4, p. 8-30, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i4.7973>.

## ABSTRACT

*A new coronavirus pandemic causes a serious global economic crisis in 2020, leading many private agents to bankruptcy. In this chaotic context, an old question arose: finally, the benefit of the recovery of companies, foreseen in Law 11.101/05, is exclusive of the entrepreneurs? In an attempt to solve this problem-situation, based on the hypothesis that the mechanism of uplift should be extended to other agents, this text condenses the bibliographic research, the analysis of the phases of the historical development of Corporate Law, the investigation of the elements that characterize a figure of the entrepreneur, examining the constitutional foundations that support the hypothesis formulated and, finally, it also analyzes some important judicial precedents on the subject, which was done with the general objective of offering legal solutions to the chemical agents that were affected by the crisis. As for the results obtained, it was found that there is a tendency, in the case of jurisprudence, to authorize the processing of judicial recoveries by non-business agents, confirming the hypothesis formulated in the research.*

**Keywords:** *pandemic; crisis; benefit; recovery; companies.*

## 1. INTRODUÇÃO

A pandemia gerada pelo novo coronavírus, no ano de 2020, trouxe consequências nefastas para a economia mundial, como resultado da necessária política de imposição de regras de distanciamento social, definidas pelo governo da maioria dos países afetados. Com isso, muitos agentes econômicos foram à ruína ou então enfrentam grave crise que pode conduzi-los à falência.

Nesse cenário caótico, de consequências ainda imprevisíveis, espera-se que os juristas apresentem soluções para resolver o problema da situação de crise dos agentes econômicos, que são tão importantes para a sociedade, como fonte de produção de riquezas, geração de empregos e arrecadação de impostos.

O interessante é que algumas soluções resultam apenas de um esforço intelectual para a superação de velhos tabus, como o é aquele que restringe o benefício da recuperação de empresas apenas aos agentes econômicos qualificados formalmente como “empresários”, nos termos do artigo 966, *caput* e parágrafo único, do Código Civil de 2002.

Nesse contexto, o presente artigo propõe a possibilidade de concessão do benefício da recuperação judicial e extrajudicial a agentes econômicos não considerados formalmente como empresários, no Direito brasileiro, como solução para o enfrentamento da situação de crise gerada pelo COVID-19. Para tanto, realizou-se análise do histórico do Direito Empresarial, que tradicionalmente é dividido em três fases distintas (fase subjetiva clássica, fase objetiva e fase subjetiva moderna).

Como se verá ao longo do texto, essas três fases apresentaram critérios diferentes para a delimitação do campo de incidência das normas do Direito Empresarial, sendo que os momentos históricos que demarcaram a passagem de uma fase para a outra foram períodos conturbados da humanidade, marcados por revoluções, guerras, crise política, social e econômica.

Foi assim, por exemplo, quando a Revolução Francesa, de 1789, com seus ideais igualitários, determinou a extinção do regime de privilégios de classe, acabando com o sistema das corporações de ofício. E foi assim, também, que, em 1942, justamente no período da segunda

guerra-mundial, se desenvolveu na Itália a chamada teoria da empresa, que trouxe um critério mais flexível de enquadramento dos agentes econômicos no regime jurídico empresarial.

Assim, na construção deste texto, partiu-se do pressuposto de que são os momentos de profunda crise que estimulam o trabalho de redefinição do campo de incidência do Direito Empresarial, e daí surgiu o problema a ser investigado neste trabalho: Afinal, qual é a razão para não estender o benefício da recuperação de empresas a outros agentes privados não caracterizados formalmente como empresários, mas que desempenham importante função social na economia?

Tendo essa questão central como norte, o presente autor esforça-se para apresentar fundamentos que sustentam a possibilidade de concessão da recuperação judicial ou extrajudicial a outros agentes econômicos, que se dedicam a atividades expressivas, de relevante valor social, como alguns produtores rurais, cooperativas, fundações e associações privadas e sociedades simples.

Não se trata de propor a unificação do regime jurídico de insolvência a todos os devedores, indistintamente, pois tal proposta se mostra muito ambiciosa e perigosa, já que existe, no mercado, ampla variedade de agentes econômicos que vão desde pequenos empresários individuais, a instituições mais complexas como os bancos, empresas públicas, sociedades de economia mista, e grandes grupos econômicos.

Porém, investiga-se a possibilidade a necessidade de concessão de recuperação de empresas a certos agentes econômicos privados, como ocorreu recentemente no caso da Universidade Cândido Mendes (UCAM) e sua mantenedora, que tiveram seu pedido de recuperação judicial deferido pela 5ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro.

Feita essa ressalva quanto à abordagem do tema, cabe esclarecer que o objetivo geral da pesquisa é demonstrar a importância da concessão do benefício da recuperação de empresas a alguns agentes econômicos, como solução jurídica para superação da situação de crise e preservação das fontes produtivas.

Já os objetivos específicos consistem em *i)* avaliar os critérios de delimitação do campo de incidência do Direito Empresarial, apresentados ao longo da história; *ii)* analisar se há algum fundamento constitucional que autorize a criação de um benefício legal exclusivo Aos empresários, ou se tal benefício pode ser estendido a outros agentes econômicos; *iii)* estudar algumas decisões judiciais relevantes sobre o tema objeto desta pesquisa, inclusive como fonte para a validação de alguns pressupostos e ideias defendidas ao longo do texto.

Sendo assim, para que tais objetivos fossem alcançados, o presente trabalho foi estruturado em cinco seções, sendo que o Capítulo 1 foi dedicado ao estudo dos critérios de delimitação do campo de incidência do Direito Empresarial ao longo dos anos.

Na sequência, o Capítulo 2 analisa quais são as pessoas legitimadas a pleitear o benefício da recuperação de empresas, para a doutrina majoritária e, em seguida, os Capítulos 3 e 4 trazem fundamentos que justificam a ampliação do rol de legitimados ao benefício legal, para além da figura tradicional do empresário ou da sociedade empresária.

Isso pode ser feito mediante a adequada análise dos elementos que caracterizam o conceito de empresário (Capítulo 3), tudo de acordo com os princípios constitucionais que justificam o tratamento isonômico entre os agentes econômicos privados (Capítulo 4).

Por fim, o Capítulo 5 foi dedicado ao estudo de alguns precedentes judiciais que trazem fundamentos que ratificam e validam algumas posições sustentadas no trabalho, e no derradeiro Capítulo 6, defende-se que a crise do COVID-19 é um momento histórico oportuno para se realizar a ampliação do campo de incidência do Direito Empresarial, para beneficiar agentes econômicos que necessitam de mecanismos voltados à superação da situação de crise.

## **2. O CAMPO DE INCIDÊNCIA DO DIREITO EMPRESARIAL**

Nesta primeira seção, examinar-se-á quais foram os diferentes critérios utilizados ao longo da história do Direito Empresarial, para delimitação do campo de incidência das normas deste ramo específico da ciência jurídica.

O interessante é perceber que, em pelo menos dois momentos de grave crise econômica, política e social, experimentados pela humanidade, quais sejam, a Revolução Francesa, de 1789, e a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), os critérios de delimitação então vigentes foram objeto de alteração, nos respectivos períodos históricos, demarcando o início de nova fase histórica do Direito Empresarial.

Como se verá adiante, nesses dois momentos citados, o campo de aplicação das normas empresariais foi alargado, para abarcar outros agentes econômicos que até então estavam excluídos do regime jurídico empresarial antecedente.

Assim, este primeiro tópico será dedicado à análise da “fase subjetivista clássica” do então chamado Direito Comercial, que foi sucedida, a partir da Revolução Francesa, pela fase objetivista (teoria dos atos de comércio), que foi substituída, por sua vez, a partir de 1942, pela “fase subjetivista moderna” (teoria da empresa).

### **2.1 DA FASE SUBJETIVA CLÁSSICA À FASE SUBJETIVA MODERNA NO CONTEXTO HISTÓRICO GLOBAL**

O Direito Empresarial surgiu, como ramo autônomo do Direito Privado, por volta dos séculos XI e XII, fruto do processo de reflorescimento comercial verificado na Europa, no contexto da Idade Média. (BERTOLDI; RIBEIRO, 2011; WALD, 2013).

Assim, este novo ramo da ciência jurídica se desenvolveu a partir de regras marcadamente consuetudinárias, criadas pelos e para os comerciantes, no intuito de disciplinar as relações travadas entre esses agentes econômicos. E com o desenvolvimento de um ramo autônomo do Direito Privado, veio a necessidade de se delimitar qual era o “campo de incidência” das regras do então chamado “Direito Comercial”. Em outras palavras, o trabalho intelectual voltado à identificação do “campo de incidência” do Direito Comercial se destina a responder a seguinte pergunta: Afinal, “quem” está sujeito às regras do Direito Comercial?

Esta análise demanda o estudo de três fases distintas que se sucederam ao longo da história, sendo que, em cada uma delas, foi criado um critério distinto para se delimitar o campo de incidência do Direito Empresarial.

Na primeira fase, também conhecida como “fase subjetivista”, que surgiu no contexto da Idade Média (séculos XI e XII), o Direito Comercial da época se aplicava aos comerciantes devidamente matriculados nas corporações de ofício, que eram entidades responsáveis pela compilação das regras comerciais e aplicação dessas normas aos conflitos surgidos entre os comerciantes.

Assim, afirma-se que o Direito Comercial dessa época era criado pelos e para os comerciantes matriculados em tais instituições privadas, e é por isso que a fase recebeu o nome de “subjetivista”, já que o campo de aplicação da matéria era determinado em razão das qualidades do sujeito, quais sejam: mercadores devidamente matriculados em corporações de ofício.

Por isso é que se afirma que, na fase subjetivista, o Direito Comercial era marcado por duas características fundamentais: *i)* era um ramo “corporativista”/“oligopolizado”, uma vez que somente os mercadores matriculados nas corporações de ofícios estavam sujeitos ao Direito Comercial; e *ii)* era um ramo “assecuratório de privilégios” para uma classe específica, os mercadores medievais, que se submetiam ao regime jurídico comercial da época.

Contudo, esta fase subjetiva clássica foi superada ao final do século XVIII, em razão dos postulados defendidos pela Revolução Francesa de 1789. Como um dos grandes ideais desse movimento foi a igualdade, os revolucionários não aceitavam a concessão de privilégios de classe, tais como aqueles que eram concedidos aos mercadores matriculados nas corporações de ofício.

Essa pressão revolucionária exigiu que Napoleão Bonaparte apresentasse outro critério delimitador do campo de incidência das normas do “Direito Comercial”, e o resultado foi o seguinte: Com advento do Código Comercial Francês de 1807, o Direito Comercial passou a se aplicar indistintamente a qualquer comerciante que se dedicasse habitualmente à mercancia e praticasse os chamados “atos de comércio”.

Nesse sentido é o escólio de Fran Martins:

Mas a Revolução Francesa, adotando o lema de “liberdade, igualdade, fraternidade”, procurou abolir os privilégios de classes, todos equiparando perante a lei. Por isso, o Código de Comércio francês, cheio das ideias da Revolução, depois de declarar (art. 1º) que *“são comerciantes os que exercem atos de comércio e deles fazem profissão habitual”*, arrolou, nos arts. 632 e 633, uma série de atos comuns ao exercício do comércio e outros que seriam considerados comerciais porque a lei assim os reputava, não sendo necessário, portanto, para esses, que a pessoa que os praticasse fosse comerciante. (MARTINS, 2019, p. 54).

Também é oportuno transcrever as lições de Rocha Filho e Rocha a respeito do tema:

Chegamos a 1807 e o Direito Comercial passa a ser conhecido como a Disciplina dos Atos de comércio. É que, nesse ano, veio à luz o Código Napoleônico [...] que adotou, declaradamente, o conceito objetivista [...] E por que? Porque, não fosse assim, estaria negado o ideal de “igualdade de todos perante a lei”, da Revolução Francesa. Não fosse assim, continuaria existindo, em França, o privilégio de classe, já que os comerciantes teriam uma justiça própria, um direito próprio.<sup>2</sup> (ROCHA FILHO; ROCHA, 2017, p. 42).

2 Essa também é lição dada por Gonçalves Neto: *“Já sob os ideais da Revolução Francesa, a igualdade de todos perante a lei não tolerava a existência de um direito especial cuja esfera de aplicação fosse delimitada, exclusivamente, pela natureza e pela condição de certas pessoas; a liberdade de iniciativa impunha o reconhecimento de que todo cidadão podia dedicar-se a*

É por isso, portanto, que o Código Comercial Francês de 1807 é apontado como marco temporal da chamada “Fase Objetiva”, pois, a partir desse momento, o critério delimitador do âmbito de incidência do Direito Comercial já era outro, ou seja, já não importava mais se o mercador estava matriculado em alguma corporação de ofício, mas sim se ele praticava algum ato objetivamente considerado pela lei como “ato de comércio”.

Este segundo critério foi modelado pela conhecida “teoria dos atos de comércio” que, apesar das suas falhas, influenciou a legislação de vários países, notadamente a legislação brasileira, como se verá adiante<sup>3</sup>.

Assim, observa-se que a denominada fase objetivista pôs fim ao corporativismo, que decorria do sistema de filiação obrigatória às Corporações de Ofício. Porém, o Direito Comercial da época continuou sendo um ramo assecuratório de privilégios de classe, pois desde então as regras mercantis se aplicavam somente àqueles que praticavam algum ato de comércio.

Contudo, a teoria dos atos de comércio começou a definir ao longo do século XIX, e com mais intensidade na primeira metade do século XX, pois o desenvolvimento tecnológico trouxe consigo o surgimento de outros tipos de atividades econômicas que não eram sequer concebidas quando a teoria dos atos de comércio foi pensada e elaborada<sup>4</sup>.

Foi então que, em 1942, veio a publicação do Código Civil italiano, que adotou novo critério delimitador do campo de incidência do Direito Comercial: a chamada “teoria da empresa”. A partir desse momento histórico, o campo de incidência do agora chamado “Direito Empresarial” já não era mais fixado a partir da prática de certos atos comerciais taxativamente previstos em lei, mas sim em função do “modo” pelo qual o agente econômico organiza sua atividade.

Como explicam Rocha Filho e Rocha, com a adoção da teoria da empresa,

[...] não mais será necessária, no Brasil, a investigação da teoria a eles pertinentes (teoria dos atos de comércio), vez que o problema não será identificar o gênero da atividade econômica praticada, mas, sim, a forma de seu desenvolvimento, de seu exercício; o modo, afinal, de exercer a atividade econômica, tal como exsurge de seus **artigos** 966 e 982. (ROCHA FILHO; ROCHA, 2017, p. 66)

O detalhe é que o código italiano de 1942 não define o que é empresa, mas sim o que é empresário, que é todo aquele que exerce atividade econômica não intelectual, com profissionalismo e organização, voltada à produção ou circulação de bens ou serviços. (GONÇALVES NETO, 2012).

A teoria da empresa marca, então, o surgimento da terceira fase histórica do Direito Empresarial, que é chamada por alguns como “fase subjetiva moderna” e, como se pode notar, a teoria de matriz italiana propõe um “terceiro critério delimitador do campo de incidência do

---

*qualquer trabalho, ofício ou profissão (exercer o comércio) sem necessidade de nenhuma corporação ou poder real a autorizá-lo previamente. Em consequência, suprimiram-se as corporações e foi promulgado o Código de 1807 [...]”* (GONÇALVES NETO, 2012, p. 55).

3 Vários outros países se inspiraram no Código Comercial francês, entre eles a Espanha (1829), Portugal (1833) e, mais tarde, o Brasil (1850). No caso brasileiro, por exemplo, houve adoção mitigada da teoria do ato de comércio, cujo conteúdo do art. 4º, exigia a matrícula do comerciante que fizesse da mercancia a profissão habitual. (DINIZ, 2019, p. 7).

4 “[...] o modelo da objetivação do ato de comércio como fator de qualificação e atribuição de status se perdeu na incerteza do conceito e no surgimento de novas práticas e relações comerciais e de prestação de serviços nem sempre alcançadas pela legislação, como, por exemplo, o setor agrícola, a mineração, as intermediações imobiliárias e a prestação de serviços. Novos negócios com base tecnológica ou realizados por pessoas – naturais e jurídicas – sem exata correspondência com o comerciante, tornaram frágil a opção legislativa.”. (DINIZ, 2019, p. 7).

direito comercial”, já que a condição de empresário, agora, é determinada muito em função do “modo” pelo qual o agente desenvolve a sua atividade, isto é, com intuito lucrativo, profissionalismo e organização.

E como dito no início da presente seção, a teoria da empresa proporciona ampliação do campo de aplicação do Direito Empresarial, vindo a alcançar alguns agentes que estavam excluídos deste regime jurídico<sup>5</sup>, pela teoria dos atos de comércio.

## 2.2 O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO COMERCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

O Código Comercial de 1850 foi claramente inspirado na codificação napoleônica do início do século XIX. Este código, juntamente com o Regulamento 737/1850 (art. 4º), deixa claro que o Brasil adotou a teoria dos atos de comércio, para delimitar o campo de aplicação do Direito Comercial no período do Império.

Porém, a teoria dos atos de comércio foi sendo gradativamente superada ao longo do século XX, pois a jurisprudência passou a reconhecer a condição de “comerciante” a agentes econômicos que praticavam certas atividades que não estavam previamente listadas no rol de atos de comércio, como os prestadores de serviço e imobiliárias.

O interessante, aqui, é perceber a importância da atividade jurisprudencial, pois o rol de atos de comércio já estava defasado e não acompanhou o desenvolvimento tecnológico, que trouxe a reboque ampla diversidade de atividades econômicas.

Porém, foi somente com o Código Civil de 2002 que o Brasil oficialmente se filiou à teoria da empresa, de matriz italiana. O artigo 966, *caput* e parágrafo único, da “codificação privada”, basicamente replica a orientação adotada pelo Código italiano (art. 2.082), e também conceitua o empresário (e não a empresa), como aquele que exerce atividade econômica não intelectual, com profissionalismo e organização, voltado à produção ou circulação de bens ou de serviços.

Esse artigo 966 é extremamente importante, pois ele anuncia os critérios pelos quais determinado agente econômico é considerado empresário, e isso leva a duas importantes questões: *i)* Quais seriam esses critérios e *ii)* Qual é a importância da identificação desses critérios para a delimitação do regime jurídico aplicável ao agente econômico em situação de crise?

Começando pela primeira questão, tem-se que, para ser considerado empresário à luz da teoria da empresa, o agente deve praticar uma atividade econômica, que significa o “intuito lucrativo” do negócio. Aqui, o que importa obviamente é o querer, e não o ter, já que o sucesso ou o fracasso do empreendimento dependerá de inúmeros fatores.

Esse primeiro critério (prática de atividade econômica) já seria, em tese, suficiente para excluir, do regime jurídico empresarial, determinados agentes que não desempenham atividade com o intuito lucrativo, como fundações privadas e associações civis.

5 Nesse sentido é a lição de Sérgio Campinho: “A atividade empresarial, fruto do exercício profissional da empresa, resultado da ordenação econômica do trabalho, tem seu campo de incidência ampliado, vindo a tocar aqueles que executam atividades de intermediação ou circulação, produção de bens e prestação de serviços em geral.”. (CAMPINHO, 2018, p. 36).

Isso tem enorme importância prática, já que algumas atividades expressivas na economia são desenvolvidas sob a roupagem das fundações e associações, como aquelas destinadas ao ensino superior, ao lazer, ao desporto etc. Por isso, logo mais adiante, no decorrer deste texto, será demonstrado que o termo “atividade econômica” deve ser interpretado de maneira mais ampla, como a busca por resultados positivos, que podem ser empregados dentro da própria atividade econômica em proveito da própria instituição.

O segundo critério é o profissionalismo, que exige que o agente explore a atividade com habitualidade<sup>6</sup>. Com esse critério, ficam de fora do regime jurídico empresarial algumas atividades praticadas esporadicamente/eventualmente, como aquelas voltadas à própria subsistência da pessoa.

Por fim, o critério da organização pressupõe que o empresário seja o articulador dos chamados fatores de produção. Nesse sentido, é ele, o empresário, que organiza o capital, a mão-de-obra, a tecnologia e os insumos empregados na atividade econômica<sup>7</sup>.

Enfim, visto quais são os critérios legais que caracterizam a figura do empresário, no Direito brasileiro, cabe analisar a segunda pergunta, acima formulada, que se refere à importância da análise desses fatores, para a delimitação do regime jurídico do agente econômico que está em situação de crise econômica.

A questão é relevantíssima porque a legislação brasileira apresenta regimes jurídicos de insolvência distintos, um para aquele que é considerado empresário, outro para devedores civis comuns, e outros regimes para alguns agentes específicos (empresas públicas, sociedades de economia mista e cooperativas, por exemplo), nos termos da legislação esparsa.

### **2.3 O REGIME JURÍDICO DOS DEVEDORES EM SITUAÇÃO DE CRISE NO DIREITO BRASILEIRO: CRÍTICAS**

Nos termos da legislação brasileira, os empresários estão sujeitos ao regime jurídico definido pela Lei 11.101/05, que oferece dois remédios para a solução da situação de crise do devedor empresário, a saber: *i*) a recuperação judicial ou extrajudicial, como mecanismo de soerguimento, ou seja, de superação da situação de crise econômica de empresas viáveis, e *ii*) a falência, como antídoto residual, ou seja, um mecanismo destinado à liquidação e ao encerramento de empresas inviáveis (BRASIL, 2005).

Por outro lado, os devedores civis estão formalmente sujeitos a regimes de insolvência diversos, sendo que a maioria<sup>8</sup> deles se submetem à disciplina do instituto da “insolvência civil”, também denominado “concurso de credores”, que é um mecanismo destinado à liquidação dos débitos do devedor civil<sup>9</sup>.

6 “[...] o empresário não negocia esporadicamente ou em atos isolados, mas desempenha, com perícia, frequente atividade de trocas econômicas, com caracterização de uma habitualidade que permite reconhecer uma categoria jurídica com direitos e obrigações que lhe são peculiares e decorrem justamente dessa frequência.”. (DINIZ, 2019, p. 73).

7 “[...] O empresário organiza os fatores de produção e os coloca em função da atividade que desempenha profissionalmente. Conforme já foi discutido [...], a organização é um fator econômico trazido para o conceito jurídico, de forma a indicar que o empresário reúne os fatores de produção e os concatena uns em função dos outros de modo a acabar produto ou gerar serviços.”. (DINIZ, 2019, p. 73).

8 Utilizou-se o termo “a maioria” porque outros devedores estão sujeitos a regimes de insolvência diversos. Assim, por exemplo, as cooperativas estão sujeitas ao regime definido pela Lei 5.764/71.

9 O instituto da insolvência civil está previsto nos artigos 748 e seguintes do CPC de 1973 e permanece vigente até hoje, por conta de uma regra transitória inserida no Código de Processo Civil de 2015, que dispõe: “Art. 1.052. Até a edição de

Nesse particular, vale colacionar as lições de Waldo Fazzio Júnior:

O legislador brasileiro optou pelo sistema que reserva a destinação da falência e das recuperações para os agentes econômicos contemplados no universo empresarial, deixando de lado os chamados agentes econômicos civis. Estes são pacientes da normação geral prevista no Código de Processo Civil. (FAZZIO JÚNIOR, 2019, p. 20).

Como se vê, o regime jurídico de insolvência do devedor civil somente apresenta uma solução para a situação de crise: o concurso de credores, que é um instituto destinado ao encerramento das atividades.

O problema é que o decrépito instituto da insolvência civil é mecanismo praticamente não utilizado pelos credores, em razão de seus inconvenientes, dentre os quais está, por exemplo, a necessidade de o credor comprovar a insolvência real/econômica<sup>10</sup> do devedor, como requisito para a declaração da insolvência<sup>11</sup>.

Fora o inconveniente gerado por uma prova tão árdua, que exige a demonstração da escrituração do devedor e perícia técnica contábil, o credor ainda teria, após a declaração da insolvência, que habilitar seu crédito no concurso de credores, na classe respectiva.

Por outro lado, o mecanismo de insolvência aplicável aos devedores empresários é mais vantajoso em diversos aspectos<sup>12</sup>. Não há espaço, aqui, para detalhar essas diferenças, mas vale advertir que o sistema adotado pela Lei 11.101/05 é o da “insolvência presumida”, eis que poderá ser decretada a falência do devedor diante das hipóteses previstas no artigo 94 da mencionada lei, que indicam provável situação de insolvência do devedor (BRASIL, 2005).

Assim, para o autor do presente texto, os inconvenientes e o desestímulo gerado pelo instituto da “insolvência civil”, bem como a inexistência de mecanismo destinado à superação da crise, para devedores civis, não caracterizados formalmente como empresários, implica em tratamento diferenciado e prejudicial a atividades extremamente importantes para a economia, que também merecem ser preservadas, pelo benefício que proporcionam à sociedade.

Sendo assim, defende-se a necessidade de aplicação do instituto da recuperação de empresas a alguns devedores civis que, embora formalmente constituídos sob a forma de fundações, ou associações civis, são atividades econômicas relevantes para a economia brasileira, por também serem importantes fontes de i) geração e manutenção de postos de trabalho; ii) de arrecadação de impostos e iii) e circulação de riquezas.

É o caso, por exemplo, dos produtores rurais, cooperativas, fundações e associações privadas, e sociedades simples, que são agentes que muitas vezes movimentam expressivo volume de recursos da economia, não havendo razão para não os favorecer com o mecanismo de soerguimento previsto na Lei 11.101/05 (BRASIL, 2005).

---

*lei específica, as execuções contra devedor insolvente, em curso ou que venham a ser propostas, permanecem reguladas pelo Livro II, Título IV, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 .”. (BRASIL, 2015).*

10 A insolvência econômica ou real pode ser descrita como a situação jurídica contabilmente apurada, em que o devedor apresenta mais débitos do que bens e direitos em seu patrimônio, daí falar-se em “patrimônio negativo”.

11 A exigência é feita pelo artigo 748 do CPC/73: “Art. 748. *Dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor.*”. (BRASIL, 1973).

12 Nesse particular, Theodoro Júnior já destaca alguns pontos positivos da falência em face do sistema de insolvência civil. Assim, dizia o citado processualista que: “Diversamente do que se passa com a falência, a sentença de declaração de insolvência não estipula um período suspeito, nem goza de eficácia retroativa e muito menos gera para os credores os remédios processuais revocatórios especiais de atos do insolvente [...]” (THEODORO JÚNIOR, 1997, p. 34).

### 3. OS LEGITIMADOS À OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL NO DIREITO BRASILEIRO SEGUNDO A CORRENTE MAJORITÁRIA

O artigo 1º da Lei 11.101/05 é categórico ao dispor que “Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.”. (BRASIL, 2005).

O dispositivo citado está profundamente conectado com a já examinada regra do artigo 966, *caput* e parágrafo único, do Código Civil, que conceitua o empresário como aquele agente que pratica atividade econômica não intelectual, com profissionalismo e organização, voltada à produção ou circulação de bens ou de serviços.

Na sequência, os incisos I e II do art. 2º demonstram que nem todo empresário está sujeito a Lei 11.101/05, pois esta lei não se aplica, por exemplo, às empresas públicas, às sociedades de economia mista, assim como não se aplica, pelo menos a princípio, a instituições financeiras, de capitalização, seguro, dentre outras congêneres (BRASIL, 2005).

Nessa mesma linha, o artigo 48 da Lei 11.101/05, que contempla os requisitos para o deferimento do processamento da recuperação judicial<sup>13</sup>, dispõe, em seu *caput*, que a benesse legal somente se aplica a devedores que exerçam regularmente sua atividade há mais de dois anos da data do pedido, e que preencham os demais requisitos apontados (BRASIL, 2005).

Uma análise superficial, baseada na relação entre os artigos supramencionados, poderia sugerir que a recuperação judicial e extrajudicial são benefícios exclusivamente reservados aos empresários, já que a “regularidade”, mencionada no *caput* do artigo 48, pressupõe *i*) que o devedor seja considerado um empresário (individual, EIRELI, ou sociedade), nos termos do artigo 966 do Código Civil, *ii*) que o mesmo tenha promovido a inscrição de seus atos constitutivos no registro empresarial, a cargo das Juntas Comerciais, *iii*) e que tenha, por fim, mais de dois anos de atividade.

Para a maioria dos autores, essa pelo menos foi a opção do legislador brasileiro:

O direito à recuperação judicial atende a *pressuposto material* de somente ser deferida a empresários, sociedades empresárias e EIRELI com atividade empresarial. Essa foi a opção do legislador brasileiro, que *restringiu às atividades empresariais* a concessão do benefício recuperacional. Ficam excluídas associações, fundações e cooperativas, além dos casos expressamente afastados pelo art. 2º da LREF: I – empresa pública e sociedade de economia mista; II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores. (DINIZ, 2019, p. 765).

Essa também é análise de Sérgio Campinho, segundo o qual “tradicionalmente, o sistema adotado pelo Direito Brasileiro, quando à sujeição ao procedimento falimentar, é o restritivo [...]” (CAMPINHO, 2018, p. 35).

13 Esses requisitos também devem ser observados no pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial, como prevê o artigo 161 da Lei 11.101/05 (BRASIL, 2005).

Outro fundamento invocado para a concessão deste benefício legal somente aos empresários se deve ao fato de que a recuperação de empresas funciona como instrumento de “socialização de perdas”, concebido para compensar todos os benefícios proporcionados a sociedade pelas atividades econômicas bem-sucedidas, como explica Marcelo Sacramone:

Referidos benefícios legais são dispostos aos empresários em razão da atividade por eles desenvolvida. A atividade empresarial permite o desenvolvimento econômico nacional, o surgimento de novas tecnologias, o aumento da concorrência entre os fornecedores, a redução dos preços dos produtos disponibilizados aos consumidores e o aumento da quantidade de empregos oferecidos para a população. Sua consecução, entretanto, submete o empresário a grande risco de insucesso, seja em razão de inadequação à dinâmica do mercado, seja em virtude de eventual incorreção de decisão gerencial. Como o empreendimento, caso fosse próspero, provocaria efeitos benéficos a toda a coletividade, a Lei assegurou que, para a hipótese de a atividade empresarial não ter sido bem-sucedida, os efeitos maléficos deveriam também ser repartidos por todos. Essa socialização das perdas é um benefício legal ao empresário, por meio da falência e da recuperação, de modo a garantir incentivo para que esse empresário continue a empreender e a arriscar o seu capital. (SACRAMANE, 2018, p. 48).

Como se vê, o instituto da recuperação de empresas impõe aos credores privados o sacrifício de suportar as externalidades negativas<sup>14</sup> provenientes da atividade empresarial em situação de crise (os riscos do insucesso econômico), como forma de compensar as externalidades positivas geradas pela empresa, como postos de trabalho/emprego, arrecadação de impostos e circulação de riquezas.

Neste trabalho, defende-se a ideia de que esses fundamentos também justificariam a concessão do benefício da recuperação de empresas a outros agentes econômicos que, embora não sejam formalmente considerados empresários, desenvolvem sua atividade com profissionalismo e organização, e que também cumprem importante função social.

Estes agentes seriam, por exemplo, produtores rurais não inscritos na Junta Comercial, cooperativas, algumas fundações e associações privadas, e algumas sociedades simples, que desenvolvem atividades de grande impacto social e econômico, há mais de dois anos, com intuito lucrativo, profissionalismo e organização.

## 4. UMA LEITURA CONTEMPORÂNEA DA TEORIA DA EMPRESA

Como visto na primeira seção deste trabalho, a teoria da empresa, desenvolvida na Itália, na década de 30 e 40 do século passado, apresentou novo critério delimitador do campo de incidência das normas do Direito Empresarial. A partir de então, o campo de aplicação das normas empresariais não ficou mais preso à prática de certos atos taxativamente previstos em lei (teoria dos atos de comércio), mas sim ao modo pelo qual o agente desenvolve sua atividade.

14 “Uma externalidade surge quando uma pessoa se dedica a uma ação que provoca impacto no bem-estar de um terceiro que não participa dessa ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por esse impacto. Se o impacto sobre o terceiro é adverso, é chamado externalidade negativa; se é benéfico, é chamado de externalidade positiva.”. (MANKIWI, 2005, p. 204).

Assim, não importa “quem” está praticando a atividade (fase subjetivista), assim como não interessa saber se o ato praticado está ou não previsto em lei (fase objetiva), mas sim, repita-se, interessa verificar o “modo” pelo qual a atividade é exercida (fase subjetiva moderna, teoria da empresa).

Ora, se a figura do agente econômico, ou seja, da pessoa que explora a atividade, por si só, não é mais relevante para a delimitação do campo de abrangência do Direito Empresarial, não é razoável pretender distinguir as atividades somente pela roupagem jurídica utilizada pelo agente.

Muitas vezes, uma atividade desenvolvida por um produtor rural, não inscrito na Junta Comercial, ou por uma cooperativa, uma fundação, ou ainda, uma associação, é tão ou mais relevante economicamente do que uma atividade desenvolvida por um simples empresário individual ou uma sociedade empresária.

Para ilustrar, basta ver a pujança dos valores movimentados nos grandes clubes de futebol brasileiros, que transacionam cifras bilionárias, recolhem impostos, geram grande número de empregos, isso sem falar na importância das demais atividades proporcionadas pelos produtores rurais, pelas cooperativas e demais pessoas jurídicas de direito privado.

Assim, não parece correta a decisão que indefere o pleito de recuperação judicial a um dos agentes econômicos citados somente pelo fato da roupagem jurídica utilizada. É como se o juiz estivesse adotando o critério aplicável na idade média (fase subjetiva clássica) para delimitar o campo de aplicação empresarial, pois esta análise se prende à pessoa do agente, e não à atividade realmente executada por ele.

Sendo assim, propõe-se que o juiz, ao se deparar com pedido de recuperação judicial, ou de homologação de plano de recuperação extrajudicial, deve analisar cada um dos elementos que caracterizam a figura do empresário, mas com os olhos mais abertos, atento ao desenvolvimento econômico verificado nos últimos anos, desde o advento da teoria da empresa (1942), até os dias atuais.

Nesse trabalho intelectual a ser realizado, o elemento “atividade econômica” deve ser entendido de forma mais ampla, não apenas no sentido de busca pelo lucro, estritamente falando. Isso porque as fundações e associações, por exemplo, buscam resultados positivos, mas não distribuem esses resultados na forma de dividendos para seus membros.

O lucro, nesse sentido mais técnico e restrito, corresponde ao resultado positivo que é alcançado e compartilhado/distribuído entre os membros da pessoa jurídica, na forma de dividendos. Porém, não é esse o sentido de lucro que deve ser verificado, casuisticamente.

Para o autor deste trabalho, o conceito de “atividade econômica” e de “lucro” deve ser caracterizado como a busca por resultados positivos. Nesse sentido, toda a atividade que atrai e gera um volume expressivo de recursos deve ser entendida como atividade econômica, para efeito de sujeição do agente ao regime jurídico empresarial.

Fora essa questão do que se entende hoje por “atividade econômica”, os demais elementos que compõem o conceito de empresário (art. 966 do CC/02) também estão presentes em atividades desenvolvidas por outros agentes, como produtores rurais, cooperativas, fundações e associações, e sociedades simples.

Isso ocorre porque tais entidades também exploram sua atividade de modo profissional e com organização, não havendo qualquer traço que as diferencie de um empresário comum, registrado na Junta Comercial.

Portanto, a concessão do benefício da recuperação de empresas a outros agentes econômicos, como produtores rurais, cooperativas, fundações e associações privadas, e sociedades simples, também passa necessariamente pela análise dos elementos que caracterizam a figura do empresário, nos termos do artigo 966 do Código Civil.

E como a caracterização do empresário depende da análise do modo pelo qual ele exerce sua atividade, o que importa, para a concessão do benefício da recuperação de empresas (recuperação judicial ou extrajudicial), é análise da atividade em si, e não da roupagem jurídica adotada pelo agente.

A própria teoria da empresa, portanto, serve como fundamento para se invocar a concessão do mecanismo da recuperação de empresas a outros agentes econômicos não enquadrados formalmente no conceito de empresário.

## 5. O TRATAMENTO ISONÔMICO DOS AGENTES PRIVADOS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Embora o artigo 1º da Lei 11.101/05 disponha que ela se aplica somente aos empresários, é possível extrair da própria Constituição de 1988 diversos fundamentos jurídicos para se sustentar a legitimidade de outros agentes econômicos privados para o pedido de recuperação judicial ou de homologação do plano de recuperação extrajudicial (BRASIL, 2005).

Em primeiro lugar, verifica-se que não há, no Título VII da CR/88, que trata da Ordem Econômica e Financeira, regra específica que cria um benefício legal, como a recuperação de empresas, a ser usufruído exclusivamente pelos empresários e pelas sociedades empresárias.

Impõe-se, com isso, observar o princípio da isonomia, radicado no *caput* do art. 5º da Constituição, de modo a oferecer o mesmo tratamento jurídico, pelo menos a algumas pessoas jurídicas de direito privado, que se dedicam a atividades de considerável repercussão econômica.

Ressalta-se inclusive que essa proposta de conferir um tratamento uniforme aos agentes privados já era feita por autores brasileiros desde a metade do século passado, como já alertava J. X. Carvalho de Mendonça. Para o autor citado, a “falência” não é um fato econômico exclusivo de uma atividade produtiva, mas de todo aquele que demanda crédito no mercado (MENDONÇA, 1963, p. 123).

Ainda segundo o citado comercialista, “o crédito não é privilégio do comerciante”, senão vejamos:

Injusta é [...] a diferença de tratamento dessas duas qualidades de credores [...] Como fato econômico, a falência não é fenômeno especial de determinada espécie de produção, mais da indústria comercial do que da manufatureira ou agrícola; ela, pondera o professor Rocco, pode verificar-se onde se usa o crédito [...] O crédito não constitui privilégio do comerciante. O

não comerciante recorre hoje frequentemente à especulação, ao crédito e a outras fontes de riqueza. A agricultura, por exemplo, não se pode desenvolver sem crédito, e aí estão diversas leis amparando o crédito agrícola. (MENDONÇA, 1963, p. 122-123).

Assim, se o que justificava a “cisão” do regime de insolvência, no passado, era a proteção do crédito e a confiança do mercado, em relação a atividades econômicas mais expressivas (CASTRO, 2009), hoje esse fundamento não mais se sustenta, pois, hoje, diversos agentes econômicos tomam crédito no mercado, sem qualquer distinção.

Para se ter uma ideia, o STJ, em recente decisão publicada no início de 2020, concedeu recuperação judicial a um produtor rural, inscrito há menos de 2 anos na Junta Comercial, que tinha contraído empréstimo de valor superior a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais). (BRASIL, 2020).

Outro exemplo muito esclarecedor vem dos valores movimentados pelos tradicionais clubes de futebol brasileiros, que articulam transacionais milionárias, como foi a compra do jogador De Arrascaeta, pelo Clube de Regatas Flamengo, em 2019, pelo valor de R\$ 63,7 milhões de reais. (COM ARRASCAETA..., 2019).

Esses clubes, a sua maioria constituídos sob a forma de associações desportivas, acumulam dívidas extremamente elevadas, na casa dos R\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de reais), como é o caso do Cruzeiro Esporte Clube, por exemplo, conforme valores divulgados pela mídia no início deste ano. (DÍVIDA..., 2020).

Dessa forma, compartilha-se da ideia sustentada por Castro (2009, p. 72-74), segundo o qual “[...] não mais se justifica a necessidade de uma proteção especial dada à atual importância da atividade desenvolvida por sociedades não empresárias na economia, cuja insolvência também pode acarretar as mesmas repercussões originadas pelos empresários.”

Ilustre-se este ponto com o exemplo da Associação Sociedade Brasileira de Instrução (ASBI) e da Universidade Cândido Mendes (UCAM), que obtiveram recentemente o deferimento do processamento do seu pedido de recuperação judicial perante a 5ª Vara Empresarial da comarca do Rio de Janeiro/RJ, não obstante estarem constituídas sob a forma de associação civil sem fins lucrativos:

As requerentes são contribuintes tributárias na ordem de quase 9 milhões de reais anuais, geradoras de quase 2 mil postos de trabalho e prestadoras de serviços educacionais a mais de 12 mil alunos (vide item 19 da inicial). Promovem e disseminam o conhecimento, caracterizando-se como autênticos agentes de transformação social. Não se afigura minimamente razoável aplicar dura e friamente a lei em detrimento à importância social e econômica das requerentes, sob pena de sepultar-se uma atividade econômica viável, que atende a anseios sociais. (RIO DE JANEIRO, 2020, p. 2020).

Ademais, o autor citado, Carlos Alberto Farracha de Castro, ainda apresenta outros importantes fundamentos, todos extraídos dos princípios que fundamentam a ordem econômica do país, quais sejam: o princípio da livre-iniciativa, a valorização do trabalho humano, a preservação do crédito e a manutenção das empresas (CASTRO, 2009, p. 76).

De fato, revela-se muito pertinente a menção de tais princípios, pois a aplicação da Lei 11.101/05 a outros agentes econômicos seria mais benéfico aos credores, devido às vanta-

gens proporcionadas pelo instituto da falência em comparação a outros regimes de insolvência, como o concurso de credores.

Da mesma forma, a concessão do benefício da recuperação de empresas a agentes privados como cooperativas, fundações e associações privadas, e sociedades simples, é medida que satisfaz e valoriza o trabalho humano, devido à possibilidade de preservação/manutenção da “atividade”.

E ainda que os credores tenham que suportar um custo com isso, decorrente da aprovação de um plano de recuperação em condições “sacrificantes”, a medida poderia acabar preservando o seu crédito, pois se o devedor tiver a sua insolvência civil ou, conforme o caso, a liquidação decretada, possivelmente não teria ativo suficiente para o cumprimento de suas obrigações.

Assim, pode-se concluir que a Constituição de 1988 oferece diversos fundamentos para sustentar a proposta de unificação do regime de insolvência a todos os agentes privados, pelo menos aqueles que exercem atividades mais expressivas, com profissionalismo e organização.

## 6. A IMPORTÂNCIA DA JURISPRUDÊNCIA NA TAREFA DE DELIMITAR O CAMPO DE INCIDÊNCIA DAS NORMAS EMPRESARIAIS

Na primeira seção deste trabalho verificou-se que o Direito Empresarial surgiu, como ramo autônomo da ciência jurídica, no contexto da Idade Média, por volta dos séculos XI e XII, como fruto do reflorescimento comercial verificado no continente europeu, naquele período histórico.

Viu-se, ainda, que o Direito Empresarial surgiu com traços peculiares, na medida em que suas regras foram sendo criadas pelos costumes dos mercadores medievais da época, daí que este ramo veio a ser caracterizado pela presença de regras consuetudinárias, que decorrem do dinamismo das relações comerciais.

Essa característica informa que o Direito Empresarial caminha a passos largos, em velocidade muito superior ao desenvolvimento da legislação de certo e determinado país.

A própria legislação brasileira reconhece, até hoje, esse traço característico do Direito Empresarial, tanto é que a Lei 8.934/94 atribui às Juntas Comerciais a função de promover o assentamento de usos e práticas mercantis, na forma do art. 8º inciso VI, da mencionada lei. (BRASIL, 1994).

Ademais, a jurisprudência brasileira também sempre teve e tem um papel importante na tarefa de delimitação do campo de incidência do Direito Empresarial, a partir dessas características peculiares: o dinamismo e a presença de normas costumeiras.

Por exemplo, durante o tempo em que prevaleceu, no direito brasileiro, a teoria dos atos de comércio (de 1850 a 2002), o âmbito de aplicação do Direito Empresarial era definido em função de alguns atos taxativamente previstos em lei. Naquela época, as atividades que se dedicavam à venda de imóveis, ou à prestação de serviços, dentre outras, não eram conside-

radas formalmente pela lei como “atos comércio”. E se isso tinha alguma razão, no século XIX e durante a primeira metade do século XX, nada justificava a exclusão das atividades imobiliárias e prestação de serviços do rol legal taxativo, principalmente após a segunda metade do século XX, devido à importância que tais atividades alcançaram na economia brasileira.

Com base nesse reconhecimento, a jurisprudência reconheceu que as imobiliárias<sup>15</sup> e as prestadoras de serviços<sup>16</sup> exerciam atividades econômicas e que se sujeitavam ao Direito Comercial, muito antes da adoção formal da teoria da empresa.

Para este autor, as decisões citadas solucionaram corretamente o conflito, pois levaram em consideração o estágio de desenvolvimento do Direito Empresarial, em determinado período, e não se basearam no critério proposto pela vetusta teoria dos atos de comércio, que naquele momento já tinha sido superada em muitos outros países.

Assim, para o autor deste trabalho, o mesmo processo se verifica agora, com a questão de se atribuir o benefício da recuperação judicial ou extrajudicial a outros agentes econômicos, para além dos empresários, pois grande parte dos países já adaptou suas regras para unificar o regime jurídico de insolvência para qualquer tipo de devedor, seja ele civil ou empresário.

Nesse contexto, a jurisprudência já vem realizando papel relevante para a superação de mais um grande “tabu” na legislação brasileira, que se assenta na dicotomia entre devedores civis e empresários. Como se verá adiante, o Poder Judiciário vem reconhecendo a possibilidade de concessão da recuperação judicial a outros agentes econômicos.

## 6.1 A SITUAÇÃO ESPECÍFICA DOS PRODUTORES RURAIS

O produtor rural é agente econômico sujeito a um regime peculiar, nos termos do art. 961 e 984, ambos do Código Civil, pois ele não está obrigado a promover a inscrição de seus atos constitutivos no registro de empresas, mas se o fizer, será equiparado, para todos os fins, ao empresário ou à sociedade empresária.

O registro, portanto, não é uma “obrigação” imposta ao produtor rural, mas apenas uma faculdade, e se essa opção for eventualmente exercida, ele estará sujeito ao regime jurídico empresarial.

A despeito desse tratamento legal específico, o fato é que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se deparou com a questão sobre se o produtor rural não inscrito na Junta Comercial faz jus ou não ao benefício da recuperação judicial.

No REsp. 1.193.115/MT, julgado no ano de 2013, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão por maioria de votos, entendeu que o produtor rural não inscrito previamente na Junta Comercial não faz jus ao benefício. Nesse recurso, o STJ se deparou com um caso em que o produtor rural formulou o pedido de recuperação judicial, e somente após o ajuizamento da ação, promoveu seu registro na Junta Comercial.

15 A 1ª Seção do STJ, no de 2000, já tinha decidido que as empresas edificadoras de imóveis estavam sujeitas ao pagamento de COFINS, porque praticavam negócios jurídicos de natureza mercantil, constituindo fato gerador para a incidência do tributo. (BRASIL, 2002).

16 A 1ª Turma do STJ, no ano de 2005, entendeu que a prestadora de serviço exercia atividade tipicamente comercial e por isso estava sujeita ao pagamento dos tributos. (BRASIL, 2005a).

Porém, a 3ª Turma, por maioria de votos, entendeu que o produtor rural não inscrito na Junta Comercial não está equiparado ao empresário, e por isso não lhe concedeu o benefício da recuperação judicial<sup>17</sup>.

O voto vencido neste acórdão foi o da lavra da ministra Nancy Andrigui, a qual expôs seus argumentos para defender a possibilidade de recuperação judicial ao produtor rural postulante. No caso, este produtor defendia que a prova da sua prévia inscrição, na qualidade de contribuinte, na Secretaria da Fazenda do Estado seria suficiente para que ele pudesse usufruir da benesse legal.

A ministra, por sua vez, trouxe pelo vários argumentos para justificar a concessão da recuperação judicial, mas o que interessa para este trabalho foi o seguinte:

v) o foco do aplicador do direito, no que se refere à questão discutida, deve estar voltada ao atendimento precípua das finalidades a que se destina a Lei 11.101/05 (art. 47), que é o de permitir a preservação de “atividades econômicas” viáveis, na forma do artigo 47 da LRE. (BRASIL, 2013)

Para este autor, o argumento apresentado pela ministra Nancy Andrigui é o principal, pois o grande objetivo do instituto da recuperação de empresas é proporcionar o soerguimento de “atividades econômicas viáveis”. Ou seja, não se trata de instituto criado para beneficiar certos e determinados agentes, em detrimento dos outros, isso pelo menos com base em uma leitura da questão à luz dos princípios constitucionais, como o da isonomia, e de outros princípios que fundamentam a ordem econômica, como o da livre-iniciativa, o da valorização do trabalho humano, o da proteção do crédito e o da preservação das atividades econômicas viáveis.

Porém, como visto, o voto da ministra foi vencido naquele caso.

Posteriormente, no ano de 2017, a questão foi suscitada novamente perante o STJ, em uma tentativa de submeter a matéria à sistemática dos recursos repetitivos, como se depreende da ProAfR no REsp 1.684.994/MT, decidida pela 2ª Seção do STJ. Contudo, este órgão fracionário entendeu que esta questão jurídica não poderia ser submetida à sistemática dos recursos repetitivos, por faltar precedentes sobre a matéria no âmbito do próprio STJ. (BRASIL, 2017).

Já mais recentemente, o STJ voltou a decidir outro caso que tratava de pedido de recuperação judicial por produtor rural. O caso foi decidido no final de 2019 e publicado em fevereiro de 2020, desta vez pela 4ª Turma do STJ, no REsp 1.800.032/MT, de relatoria do Min. Marco Buzzi.

Ao se examinar a ementa do acórdão, verifica-se que o STJ entendeu que o registro do produtor rural, por ser uma faculdade, opera efeitos retroativos (*ex tunc*), enquanto o do empresário comum, por ser uma obrigação, projeta seus efeitos para o futuro – “*ex nunc*” (BRASIL, 2020).

No caso, a 4ª Turma entendeu que um produtor de algodão, do Estado do Mato Grosso, poderia se valer do benefício da recuperação judicial, pois ele se inscreveu no Registro Público de Empresas antes do ajuizamento da recuperação judicial, sendo que o prazo de dois anos, exigido pelo caput do art. 48 da Lei 11.101/05, leva em conta o tempo de exercício da atividade, e não o tempo em que o produtor está registrado na Junta Comercial.

17 A ementa do julgado deixa bem claro qual foi a posição adotada pela 3ª Turma: “O deferimento da recuperação judicial pressupõe a comprovação documental da qualidade de empresário, mediante a juntada com a petição inicial, ou em prazo concedido nos termos do CPC 284, de certidão de inscrição na Junta Comercial, realizada antes do ingresso do pedido em Juízo, comprovando o exercício das atividades por mais de dois anos, inadmissível a inscrição posterior ao ajuizamento.”. (BRASIL, 2013).

Porém, no entendimento do autor deste artigo, o STJ ainda continua preso a uma exigência burocrática, que impõe a prévia inscrição do produtor rural no registro empresarial, como condição para o exercício de direitos “em tese” conferidos somente aos empresários.

Porém, o foco de análise, como bem pontuado pela Ministra Nancy Andrigui no REsp. 1.193.115/MT, é outro. O exame do magistrado deve se ater ao “modo” pelo qual a atividade econômica é exercida, e não à roupagem ou ao *status* jurídico do agente.

Assim, não faz sentido exigir a prévia inscrição do produtor rural no registro empresarial, especialmente quando esse registro é realizado na véspera do ajuizamento da recuperação judicial. Nesse ponto, o STJ ainda parece estar vinculado ao critério subjetivo clássico de delimitação do campo de incidência do direito empresarial, vigente na Idade Média, que determinava a aplicação das regras mercantis somente àqueles que estivessem inscritos em corporações de ofício.

## 6.2 O CASO UCAM: UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES

Finalmente, o presente trabalho se debruça na análise de decisão recente, proferida pelo juízo da 5ª vara empresarial do Rio de Janeiro, nos autos do processo do nº 0093754-90.2020.8.19.0001, que deferiu processamento da recuperação judicial à Associação Sociedade Brasileira de Instrução (ASBI), a mais antiga instituição de ensino privado do país, fundada em 1902, e à Universidade Cândido Mendes (UCAM), em consolidação processual.

Referida decisão foi proferida no contexto da pandemia do COVID-19, que atingiu os quatro cantos do mundo, criando situação de grave crise econômica decorrente das políticas de imposição de regras de isolamento social. E como não poderia ser diferente, a crise provocada pelo novo coronavírus atingiu em cheio as atividades das autoras do pedido de recuperação judicial, que são instituições de ensino superior tradicionais no Brasil.

Assim, pelo que consta da sentença que deferiu o processamento da medida de soerguimento, as autoras mergulharam em grave crise econômica, ao contabilizarem dívidas de aproximadamente R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

Ao se analisar os fundamentos utilizados pelo juízo recuperacional, verificou-se que o primeiro argumento invocado foi o artigo 8º do CPC, segundo o qual, o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, “[...] atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.” (RIO DE JANEIRO, 2020).

Como segundo argumento, o juízo da 5ª Vara Empresarial consignou que a Lei 11.101/05, quando pretendeu excluir expressamente alguns devedores do seu âmbito de incidência, o fez expressamente, como prevê a já citada regra do artigo 2º (BRASIL, 2005).

Porém, o argumento mais sólido e convincente foi o terceiro fundamento invocado pelo Juízo da 5ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, que destacou a necessidade de interpretação sistemática dos artigos 1º e 2º com o princípio insculpido no artigo 47 da Lei 11.101/05:

É fundamental, ademais, cotejar a interpretação de tais normas (arts. 1º e 2º) com o princípio insculpido no art. 47 da LRF, o da preservação da empresa, que considera não a natureza formal da pessoa jurídica, mas a sua função econômica e social enquanto fonte produtora de riquezas. (RIO DE JANEIRO, 2020, p. 2).

O interessante é que este terceiro argumento foi desenvolvido a partir de premissas que foram apresentadas no decorrer deste trabalho, especialmente aquela ancorada no pressuposto de que o âmbito de aplicação do Direito Empresarial, a partir da teoria da empresa, é definido em função do “modo” pelo qual a atividade econômica é exercida:

[...] Daí que deve prevalecer o entendimento de que a feição empresarial da pessoa jurídica não fica adstrita à mera natureza jurídica do agente econômico. A atividade da ASBI pode não estar formalmente enquadrada como empresarial, mas trata-se, sem dúvida, de atividade que se adequa à definição do art. 47 da LRF. A vida comercial flutua nas águas das transformações sócio-econômicas, adaptando-se aos tempos. [...] O *busílis* não está, pois, na natureza jurídica do agente econômico, mas no impacto da atividade econômica por ele empreendida, na economia e na sociedade. Ainda que formalmente registrada como associação civil, a entidade de ensino, à toda evidência, desempenha atividade econômica lucrativa, que repercute jurídica e economicamente. A concepção moderna da atividade empresária se afasta do formalismo para alcançar a autêntica natureza da atividade objetivamente considerada. Ainda que no aspecto formal a mantenedora da Universidade Cândido Mendes - ASBI – se apresente como associação civil, de fato, ela substancialmente desempenha verdadeira atividade empresária, a teor do art. 966 do Código Civil, pois realiza atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, gera empregos e arrecadação para o Estado, revestindo-se de genuína função social. O Código Civil de 2002 adotou a Teoria da Empresa, que se concentra não no tipo de ato mercantil praticado, mas no modo pelo qual a atividade econômica é exercida. [...] (RIO DE JANEIRO, 2020, p. 3).

Daí em diante o juízo da 5ª Vara Empresarial começou a analisar, passo a passo, se as autoras do processo preenchiam os requisitos delineados pelo art. 966 do Código Civil, que caracterizam a figura do empresário, no Direito brasileiro. Ao empreender esta análise, o juízo recuperacional se convenceu de que o termo “atividade econômica” significa muito mais do que simplesmente a busca por resultados positivos, e a distribuição dos dividendos para os membros e associados.

Como bem pontuado pelo Juízo da 5ª Vara Empresarial: “A aplicação do resultado nos fins da própria associação concretiza o conceito de agente econômico, justificando o seu enquadramento fático como sociedade empresária.”. (RIO DE JANEIRO, 2020, p. 4).

Enfim, boa parte dos fundamentos utilizados na sentença deste caso emblemático servem de apoio para a defesa da proposta apresentada neste texto acadêmico. De qualquer forma, o fato é que a decisão proferida pela 5ª vara empresarial não transitou em julgado, pois houve recurso contra ela, interposto pelo Ministério Público do Rio de Janeiro (MPRJ). Assim, em breve o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) terá a oportunidade de decidir esta controvertida questão.

## 7. EM DEFESA DE UMA NOVA AMPLIAÇÃO DO CAMPO DE INCIDÊNCIA DO DIREITO EMPRESARIAL, NO CONTEXTO DA CRISE GERADA PELO COVID-19

Na primeira seção deste trabalho verificou-se que o campo de aplicação das normas empresariais se ampliou justamente em períodos históricos conturbados, geradores de graves crises políticas, econômicas e sociais. Foi assim na Revolução Francesa, cujos ideais igualitários levaram à extinção do sistema corporativista, o que pôs fim ao sistema corporativista e oligopolizado da idade média, e permitiu que outros agentes econômicos pudessem se valer do regime empresarial, como fonte reguladora de suas relações e situações jurídicas.

Da mesma forma, a teoria da empresa, adotada na Itália no contexto da segunda grande guerra, também contribuiu para a ampliação do campo de abrangência do direito empresarial, ao apresentar um critério muito mais flexível de enquadramento de atividades que passaram a ser consideradas empresárias em razão do modo pelas quais elas são desenvolvidas.

Assim, a abertura do campo de aplicação do Direito Empresarial, nos momentos históricos mais críticos da humanidade, se justifica pela necessidade que os agentes econômicos têm de encontrar mecanismos legais mais eficientes de encerramento da sua atividade (falência) ou de superação do quadro de crise econômica (recuperação de empresas).

Ora, no contexto da Revolução Francesa, a burguesia incipiente reclamava um tratamento mais igualitário, com a defesa da extinção dos privilégios de classe. Por sua vez, a grave crise econômica deflagrada pela segunda-guerra mundial gerou a falência de muitas atividades, por isso houve a necessidade de se ampliar o raio de aplicação do Direito Empresarial, para alcançar aqueles que estavam à margem deste ramo jurídico.

Agora, a grave crise econômica instaurada pela pandemia do novo coronavírus instaura outro período histórico de profunda crise econômica, de proporções tão ou até mais impactantes do que aquelas geradas em 1914-1918, devido ao nível de conexão e interdependência que vincula as principais economias mundiais.

No atual cenário, os noticiários, a todo momento, informam a ocorrência de pedidos de falência ou de benefícios similares à recuperação judicial, no Brasil e no mundo, como ocorreu recentemente com a companhia aérea LATAM, nos E.U.A, que tenta reestruturar dívidas que alcançam cerca de US\$ 18 bilhões de dólares. (RIZÉRIO, 2020).

Ademais, recentemente o Governo Federal divulgou que mais de 7 mil empresas estão em recuperação judicial, no Brasil, em decorrência da crise gerada pelo COVID-19 (NADER, 2020), sendo que os meios de comunicação em geral estão fazendo verdadeiro alarde, com a projeção de que os pedidos de recuperação e falência baterão recordes históricos.

Diante desse quadro de crise, defende-se neste trabalho a necessidade de concessão do benefício de recuperação de empresas aos agentes econômicos não caracterizados formalmente como empresários, que desempenham atividades de grande repercussão econômica e que realizam importante função social, como foi o caso da UCAM, por exemplo, cuja recuperação judicial foi recentemente deferida pelo juízo da 5ª vara empresarial do Rio de Janeiro.

Nesse grupo também se incluem produtores rurais, ainda que não inscritos no registro empresarial, algumas fundações e associações privadas que se dedicam a atividades econo-

micamente expressivas, de relevante função social, como os clubes de futebol constituídos sob a forma de associações desportivas (clubes), assim como outras sociedades simples, que também foram diretamente afetadas pela crise do COVID-19.

O interessante é que a referida proposta está amparada por diversos fundamentos, como demonstrado neste trabalho, que se estruturam em torno de uma adequada compreensão dos elementos que caracterizam uma atividade econômica, à luz da teoria da empresa, tudo com base em uma leitura constitucionalizada do instituto da recuperação judicial e extrajudicial, a partir dos princípios da isonomia, livre-iniciativa, o valor social do trabalho, a proteção do crédito, a função social e a preservação das empresas.

## 8. CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que existem diversos fundamentos que permitem estender o benefício da recuperação judicial e extrajudicial a alguns agentes econômicos não caracterizados formalmente como empresários, mas que desempenham atividades extremamente importantes para a economia, como produtores rurais, cooperativas, fundações, associações e sociedades simples.

A própria teoria da empresa, como visto ao longo do texto, oferece toda a base para sustentar esta possibilidade, uma vez que tais agentes econômicos, ou pelo menos grande parte deles, exerce atividade econômica, com profissionalismo e organização, que se volta à produção ou circulação de serviços ao mercado.

Também não se pode esquecer que a Constituição da República de 1988 não estabelece distinção que justifique a concessão de um benefício legal a ser usufruído tão somente pelos empresários, de modo que a exclusão dos demais agentes privados do instituto da recuperação de empresas, previstos na Lei 11.101/05, contraria o princípio da isonomia, previsto no art. 5º, *caput*, da CR/88.

Além disso, verificou-se que a concessão da recuperação judicial ou extrajudicial aos demais agentes privados é providência que se harmoniza com os princípios que norteiam a ordem econômica, como a livre-iniciativa e o valor social do trabalho.

Finalmente, também é preciso considerar que a crise econômica gerada pelo coronavírus é outro fato importantíssimo, que também deve ser considerado para se avaliar a possibilidade de extensão do benefício da recuperação a outros agentes privados.

Não por acaso, foi justamente em períodos históricos conturbados, marcados por instabilidade econômica, política e social, que surgiram novos critérios de delimitação do campo de incidência das normas do Direito Empresarial, como ocorreu em 1789 e em 1942, por isso o contexto é oportuno para estender os mecanismos jurídicos de soerguimento a outros agentes privados, também merecedores de tutela.

## REFERÊNCIAS

- BERTOLDI, Marcelo M; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869/imprensa.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869/imprensa.htm). Acesso em: 5 jun. 2020.
- BRASIL. Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994. Dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 nov. 1994. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8934.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8934.htm). Acesso em: 5 jun. 2020.
- BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a Recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 fev. 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm). Acesso em: 5 jun. 2020.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 5 jun. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (1ª Seção). *REsp 110.962/MG*, Relator: Min. Milton Luiz Pereira, 12 de agosto de 2002. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=199900952251&dt\\_publicacao=12/08/2002](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=199900952251&dt_publicacao=12/08/2002). Acesso em: 5 jun. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2ª Seção). *ProAfR no REsp 1.684.994*, Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 5 de dezembro de 2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201701761378&dt\\_publicacao=05/12/2017](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701761378&dt_publicacao=05/12/2017). Acesso em: 5 jun. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (1ª Turma). *REsp 777.074/MG*, Relator: Min. José Delgado, 17 de novembro de 2005a. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200501420864&dt\\_publicacao=05/12/2005](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501420864&dt_publicacao=05/12/2005). Acesso em: 5 jun. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3ª Turma). *REsp 1.193.115/MT*, Relatora: Min. Nancy Andrigui, 20 de agosto de 2013. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201000837244&dt\\_publicacao=07/10/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000837244&dt_publicacao=07/10/2013). Acesso em: 5 jun. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4ª Turma). *REsp 1.800.032/MT*, Relator: Min. Marco Buzzi, Julgado em 05.11.2019, DJe 10.02.2020. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201900504985&dt\\_publicacao=10/02/2020](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201900504985&dt_publicacao=10/02/2020). Acesso em: 5 jun. 2020.
- CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *Fundamentos do Direito Falimentar: à luz da lei de recuperação judicial e extrajudicial*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- COM ARRASCAETA, Flamengo faz maior contratação da história do futebol brasileiro; veja top-10. *Globo Esporte*, 8 jan. 2019. Disponível em: <https://globoesporte.globo.com/futebol/noticia/com-arrascaeta-flamengo-faz-maior-contratacao-da-historia-do-futebol-brasileiro-veja-top-10.ghtml>. Acesso em: 1 jun. 2020.
- DINIZ, Gustavo Saad. *Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.
- DÍVIDA do cruzeiro sobe para R\$ 800 milhões, e Conselho Gestor tenta reduzir custos. *Super Esportes*, 10 jan. 2020. Disponível em: [https://www.mg.superesportes.com.br/app/noticias/futebol/cruzeiro/2020/01/10/noticia\\_cruzeiro\\_3829463/divida-do-cruzeiro-sobe-para-r-800-milhoes-conselho-tenta-reduzir.shtml](https://www.mg.superesportes.com.br/app/noticias/futebol/cruzeiro/2020/01/10/noticia_cruzeiro_3829463/divida-do-cruzeiro-sobe-para-r-800-milhoes-conselho-tenta-reduzir.shtml). Acesso em: 1 jun. 2020.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2019.
- GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de Empresa*. Comentários [...]. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MANKIW, Gregory. *Introdução à Economia*. 3. ed. São Paulo: Thomson, 2005.
- MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial: empresa, empresários e sociedades*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1.

MENDONÇA, J. X. C. de. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1963.

NADER, Danielle. Mais de sete mil empresas estão em recuperação judicial no país. *Contabeis*, 29 maio 2020. Disponível em: <https://www.contabeis.com.br/noticias/43209/mais-de-7-mil-empresas-estao-em-recuperacao-judicial-no-pais/>. Acesso em: 1 jun. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Processo nº 0093754-90.2020.8.19.0001 – Recuperação Judicial de Associação Sociedade Brasileira de Instrução, Instituto Candido Mendes e Soplantel Planejamento e Assistência Técnica Especializada S/A – Relação De Credores Consolidada do Art. 7, §2º da Lei nº 11.101/2005. 5ª Vara Empresarial da comarca do Rio de Janeiro/RJ. *PJERJ*, Rio de Janeiro, 2020.

RIZÉRIO, Lara. Recuperação judicial da Latam nos EUA: o que representa para o setor e o que esperar para Gol e Azul? *InfoMoney*, 26 maio 2020. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/recuperacao-judicial-da-latam-nos-eua-o-que-representa-para-o-setor-e-o-que-esperar-para-gol-e-azul/>. Acesso em: 1 jun. 2020.

ROCHA FILHO, José Maria; ROCHA, Gustavo Ribeiro. *Curso de Direito Comercial*. Teoria Geral da Empresa, Direito Societário e Títulos de Crédito. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Comentários à Lei de recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A Insolvência Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

WALD, Arnold. *Manual de Direito Comercial*. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

#### **Dados do processo editorial**

- Recebido em: 05/06/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 05/06/2020
- Avaliação 1: 27/07/2020
- Avaliação 2: 16/08/2020
- Decisão editorial preliminar: 01/09/2020
- Retorno rodada de correções: 27/09/2020
- Decisão editorial/aprovado: 02/08/2021

#### **Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

# CONTRATOS PRIVADOS DE ENSINO E O NECESSÁRIO (RE)EQUILÍBRIO CONTRATUAL EM TEMPOS PANDÊMICOS

PRIVATE EDUCATION CONTRACTS AND THE CONTRACTUAL (RE)BALANCE IN PANDEMIC TIMES

ZILDA MARA CONSALTER<sup>1</sup>

MARIA LUIZA CRISTANI BIZETTO<sup>2</sup>

ELISA ROTH<sup>3</sup>

## RESUMO

Objetiva verificar a possibilidade de revisão dos contratos entre particulares e instituições privadas de ensino em decorrência da situação de anormalidade da pandemia da COVID-19, na tentativa de reequilibrar as relações contratuais. Trata-se de uma pesquisa teórica, exploratória e de cunho qualitativo, composta por fontes documentais, bibliográficas e legislativas, sendo que a técnica de pesquisa utilizada foi a documental indireta. A metodologia utilizada foi a lógico-dedutiva, sendo que inicialmente se faz considerações acerca do sistema educacional privado no Brasil, e posteriormente estuda-se alguns aspectos sobre os contratos e sua revisão, e passa-se para a análise da educação e do emprego no contexto da pandemia da COVID-19. Em seguida, analisa-se os contratos educacionais face ao Código de Defesa do Consumidor e ao Código Civil, com ênfase à questão das mensalidades nas instituições educacionais privadas em tempos de anormalidade. Como resultados, aponta-se que é possível revisar os contratos a fim de reequilibrá-los, na tentativa de proteger o consumidor, mas também preservar as instituições de ensino, postos de emprego e o processo de aprendizagem.

**Palavras-chave:** pandemia; mensalidades escolares; relação de consumo; revisão contratual.

- 1 Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco - Universidade de São Paulo (USP) (2013-2016), Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (2002-2004) e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1991-1995). Atualmente é professora adjunta do Curso de Bacharelado em Direito, das Especializações Lato Sensu e Stricto Sensu (Direito) da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Líder do Grupo "Teoria e Prática do direito obrigacional e das famílias contemporâneas", cadastrado no Diretório de Grupos do CNPq com o espelho [dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/0203115420872092](http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/0203115420872092). Coordenadora do Projeto de Pesquisa intitulado "Novos arranjos familiares da pós-modernidade e seus reflexos jurídicos (PROPESP/UEPG – 2020/2022)". Professora Supervisora do Projeto de Extensão "Falando em Família" (PROEX/UEPG – 2015/2017). Coordenadora do Projeto de Extensão "Falando em Família" (PROEX/UEPG – 2017/2021). Participante do Projeto de Pesquisa intitulado: "O direito consumerista e a vulnerabilidade comportamental do consumidor brasileiro: aspectos principiológicos versus assédio de (hiper)consumo" (PROPESP/UEPG – 2019/2021). ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-4257-0939>. E-mail: [zilda\\_advocacia@hotmail.com](mailto:zilda_advocacia@hotmail.com).
- 2 Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2015-2019). Membro Pesquisador do Grupo "Teoria e Prática do direito obrigacional e das famílias contemporâneas", cadastrado no Diretório de Grupos do CNPq com o espelho [dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/020311542087209](http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/020311542087209). Membro Pesquisador do Projeto de Pesquisa intitulado "Novos arranjos familiares da pós-modernidade e seus reflexos jurídicos (PROPESP/UEPG – 2020/2022)". ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-3164-5691>. E-mail: [malucristanibizetto@gmail.com](mailto:malucristanibizetto@gmail.com).
- 3 Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (2015-2019). Membro Pesquisador do Grupo "Teoria e Prática do direito obrigacional e das famílias contemporâneas", cadastrado no Diretório de Grupos do CNPq com o espelho [dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/020311542087209](http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/020311542087209). Membro Pesquisador do Projeto de Pesquisa intitulado "Novos arranjos familiares da pós-modernidade e seus reflexos jurídicos (PROPESP/UEPG – 2020/2022)". ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-3920-7629>. E-mail: [elisa.roth01@gmail.com](mailto:elisa.roth01@gmail.com).

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

CONSALTER, Zilda Mara; BIZETTO, Maria Luiza Cristani; ROTH, Elisa. Contratos privados de ensino e o necessário (re)equilíbrio contratual em tempos pandêmicos. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 4, p. 31-52, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i4.8235>.

## ABSTRACT

*It aims to verify the possibility of revising contracts signed by private individuals and private educational institutions considering the abnormal situation of the COVID-19 pandemic. It is a theoretical, exploratory and qualitative research, developed with documentary, bibliographic and legislative sources, and the research technique used was the indirect documentary. The method of approach applied was the logical-deductive, initially considering the private educational system in Brazil, and then studying some aspects of contracts and their revision, following on to the analysis of education and employment in context of the COVID-19 pandemic. Then, the educational contracts are analyzed considering the Consumer Protection Code and the Civil Code, emphasized on the issue of tuition fees in private educational institutions in times of abnormality. As a result, it may be stated that is possible to review the contracts in order to rebalance them, in attempt to protect the consumer and also to preserve educational institutions, jobs and, the learning process.*

**Keywords:** COVID pandemic; tuition; consumer relation; contractual revision.

## 1. INTRODUÇÃO

A educação é um direito social previsto na Constituição da República Federativa do Brasil e ofertado por instituições públicas e privadas de ensino, sendo que estas últimas, para atuar, devem ser autorizadas pelo poder público, e o fazem mediante a celebração de contratos de prestação de serviço educacional com seus alunos. Muitos estudantes do Brasil recebem sua educação por intermédio de instituições privadas, sejam elas de ensino básico, fundamental, médio ou superior, e os contratos celebrados entre essas partes submetem-se, notadamente, às regras do Código de Defesa do Consumidor e alguns princípios do Código Civil.

Ocorre que, no contexto atual vivenciado, houvera a manifestação do novo coronavírus, que causa a enfermidade nominada SARS-COVID-2 ou simplesmente COVID-19, doença até então desconhecida em sua completude, que aflige o Brasil e o mundo desde o final do ano de 2019 e cuja pandemia (assim declarada pela Organização Mundial de Saúde) arrasta-se por vários meses no ano de 2020 e 2021. Devido a essa situação, diversas medidas de prevenção foram adotadas, entre elas o isolamento social, o uso de equipamentos de proteção individual, o fechamento do comércio não essencial e a suspensão de aulas presenciais. Em contrapartida, além de tentar coibir o avanço da doença no país, essas medidas restritivas e toda a situação de anormalidade gerada pela pandemia impactaram negativamente diversos setores da economia brasileira, dentre eles o comércio e a indústria. Milhares de pontos de trabalho foram fechados, a taxa de desemprego no país cresceu muito e milhões de brasileiros viram sua renda reduzir vertiginosamente.

Diante desse cenário, a justificativa para elaboração da investigação centra-se no desequilíbrio contratual gerado pela pandemia que ocasionou a suspensão de aulas presenciais, a redução de algumas despesas das instituições quando da presença dos alunos e provocou a redução inesperada de renda, dificultando o pagamento das mensalidades pelos pais.

A problemática da investigação gira, então, na (im)possibilidade de revisão dos contratos entre particulares e instituições privadas de ensino, face a situação de anormalidade da pandemia da COVID-19. Diante da questão de pesquisa, seu objetivo principal é verificar a viabilidade jurídica da revisão, na tentativa de reequilibrar as relações contratuais do jaez acima descrito, bem como identificar quais critérios a serem adotados para tanto. Para a consecução

ção da pesquisa, o método de abordagem utilizado foi o lógico-dedutivo, tratando-se de busca teórica, exploratória e qualitativa, instrumentalizado pela técnica de pesquisa documental indireta, notadamente fontes de natureza documental, bibliográfica e legislativa.

A análise mostra-se, portanto, bastante relevante e atual, diante da situação de excepcionalidade vivenciada no país por conta da pandemia da COVID-19 e da redução dos rendimentos ter afetado muitos alunos de instituições privadas de ensino, que eventualmente estão enfrentando dificuldades para arcar com suas mensalidades.

## 2. O SISTEMA EDUCACIONAL PRIVADO NO BRASIL

A educação é um dos direitos sociais previstos na Constituição (CRFB) em seu artigo 6º, sendo que compete privativamente à União legislar sobre suas diretrizes e bases (artigo 22, XXIV); é um direito de todos e dever do Estado e da família, e será promovido e incentivado com a colaboração da sociedade (artigo 205) (BRASIL, 1988). Apesar da previsão normativa, importa iniciar o estudo com uma breve análise sobre o sistema privado de educação no Brasil.

Inicialmente, vale lembrar que a educação no Brasil nasceu da iniciativa privada no ano de 1533 (Franciscanos, na Bahia), sob a denominada escola confessional e, a partir de então, essa atuação continuou no País. O ensino privado consolidou-se ante a ausência de recursos das Províncias para organizá-lo, consequência do Ato Adicional à Constituição de 1834 (ALVES, 2009). Assim, vem sendo considerado um negócio vez que, explicitamente ou não, visa lucro; além disso, expandiu-se marcadamente nas últimas décadas (DURHAM; SAMPAIO, 2001, p. 1).

O sistema educacional regular no Brasil está presente na educação pública e na educação privada. A educação pública possui caráter de serviço público próprio e é considerada oficial, dada a sua natureza jurídica (CURY, 2006, p. 144). Quanto à educação privada, a CRFB lhe autoriza o exercício sob a figura da liberdade de ensino (artigo 209) e reconhece a sua coexistência com o ensino público (artigo 206, III) (BRASIL, 1988; CURY, 2006, p. 144-145), sendo, então, considerada como “[...] um serviço de utilidade pública, correspondente ao exercício de uma atividade econômica regulada” (GORON, 2012, p. 198).

Há, ainda, outras condições para que a iniciativa privada coexista institucionalmente com o ensino público como, por exemplo, submeter-se aos processos de autorização e avaliação e possuir capacidade de autofinanciamento, na forma do artigo 7º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, LDB (BRASIL, 1996), ressalvado o previsto no artigo 213 da CRFB (BRASIL, 1988). Então, o ensino privado presta um serviço de interesse público por natureza (educação), mas se utiliza do sistema contratual de mercado (CURY, 2006, p. 145). Cury explica também que:

[...] aquele ensino privado geral (artigo 209), não é impedido de buscar o lucro (por oposição à letra do artigo 213, I). Nesse caso, ele é, no seu teor, tipicamente capitalista. O lucro, como inerente ao sistema contratual de mercado, é aceito e reconhecido por um segmento destas escolas privadas e elas podem ser autorizadas como integrantes dos sistemas de ensino (CURY, 2016, p. 129).

Sendo assim, conforme o artigo 19 da LDB, as instituições de ensino privadas, dos diferentes níveis, são as mantidas e administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado (BRASIL, 1996). O valor das anuidades escolares é contratado no ato da matrícula ou sua renovação, e se dará entre o estabelecimento de ensino e o aluno, o pai do aluno ou o responsável (artigo 1º), nos termos regidos pela Lei n. 9.870/1999 (BRASIL, 1999).

Convém lembrar que a educação no Brasil é dividida em categorias: educação básica e ensino superior, em que aquela compreende a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio (BRASIL, 1996). A educação infantil é para as crianças de até cinco anos de idade; na sequência, tem-se as nove séries do ensino fundamental e mais as três séries do ensino médio. Segundo a Profa. Meireles (2020, p. 149), essa diferenciação importa na medida em que a discussão envolve contratos privados de ensino e o tratamento de cada um deles possui regras próprias como carga horária anual e a forma da prestação do serviço educacional.

Feita essa breve análise, passa-se a algumas observações sobressalentes: o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) publicou notas estatísticas referentes ao Censo da Educação Básica 2019: o número total de matrículas na educação básica em 2019, foi de 47,9 milhões e, dessas, 38.739.461 foram em instituições públicas e 9.134.785 foram em instituições privadas. Isto é, 19,1% dos alunos matriculados na educação básica geral encontravam-se na rede privada de ensino (BRASIL, 2020a, p. 19; BRASIL, 2020b).

Especificamente, na educação infantil foram 8,9 milhões de matrículas em creches e pré-escola e 27,9% estão na rede privada. O ensino fundamental teve 15 milhões de matrículas em que 19,2% foram na rede privada (2,9 milhões); nos anos finais contou com 11,9 milhões de matrículas e 15,4% delas foram na rede privada (1,8 milhões) (BRASIL, 2020a, p. 19; BRASIL, 2020b).

Já no ensino médio, das 7,5 milhões de matrículas, 12,5% foram na rede privada (934.393). No mais, a educação profissional (cursos técnicos) teve 1,9 milhão de matrículas e 41,2% delas na rede privada (BRASIL, 2020a; BRASIL, 2020b).

Até meados de 2020, os dados mais recentes sobre o ensino superior realizados pelo INEP ainda se acham nas notas estatísticas do Censo da Educação Superior do ano de 2018. Dela, é possível extrair alguns levantamentos relevantes para o tema: de um total de 2.537 instituições de educação superior, 2.238 são instituições privadas (dentre universidades, centros universitários e faculdades), isto é, 88,2% (BRASIL, 2019, p. 7-8). Quanto ao número de ingressos no ano de 2018, 3,4 milhões de alunos ingressaram em cursos de educação superior e, desse total, 83,1% em instituições privadas. Já quanto ao número de matrículas (graduação e sequencial), a marca é de 8,45 milhões de alunos e as instituições privadas tem uma participação de 75,4% (6.373.274) do total. A rede pública participa com 2.077.481 (26,6%) (BRASIL, 2019)

Notou-se, ainda, que 90% dos cursos de graduação nas universidades são na modalidade presencial, mas o número de matrículas nesta modalidade continua a crescer e atingiu mais de 2 milhões em 2018, ou 24,3% do total de matrículas da graduação (BRASIL, 2019).

Diante dessas informações, percebe-se que o ensino no Brasil se concentra, de modo expressivo, em instituições privadas na modalidade presencial, e isso reflete diretamente na vida de todos aqueles que se veem inseridos nesse meio. Ressalta-se a importância de considerar os diferentes níveis de ensino, eis que cada um deles passa por expectativas, necessida-

des e limitações diferentes: “O uso de tecnologias para crianças pequenas, por exemplo, pode ser prejudicial à saúde e não pode ter a mesma carga horária que para adolescentes. Desse modo, o ensino remoto não vai ocorrer exatamente da mesma maneira em todas as séries, nem será sempre equivalente ao presencial.” (MEIRELES, 2020, p. 153).

Isto posto, é possível constatar que o número de alunos matriculados em instituições privadas é realmente significativo e isso importa na medida em que esses milhões de alunos que estão na rede privada de ensino realizam, com elas, negócio jurídico contratual de prestação de serviços de educação, conforme será visto na sequência.

Por fim, registra-se que neste tópico apenas foram analisados aspectos da chamada “escola regular” (as que se submetem à LDB) no país; nada impedindo, contudo, que este estudo seja aplicado também às chamadas “escolas livres” (p. ex.: escolas de natação), uma vez que também realizam com particulares negócio jurídico contratual.

### **3. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E OS CONTRATOS EDUCACIONAIS**

Como estudado, embora a educação seja um dever do Estado e direito fundamental, nem sempre representa um serviço prestado pelo Poder Público, uma vez que pode ser explorada pela iniciativa privada e pode ser definida como um serviço de “utilidade pública”, eis que permite a análise de sua conveniência para as pessoas (GORON, 2012, p. 193).

Desse modo, a relação firmada pode ser classificada como um contrato de prestação de serviços educacionais pois o Código de Defesa do Consumidor (CDC) adotou uma definição ampla de consumidor (artigo 2º) e tanto o aluno (usuário do serviço) quanto aqueles que contrataram o serviço (eles próprios, pais ou responsáveis legais) são considerados consumidores (MOREIRA, 1997, p. 29). Conforme exegese do artigo 3º do CDC, os conceitos não se limitam ao que está expresso apenas na lei, uma vez que é um gênero e o conceito está associado às ideias de atividades profissionais, habituais e com finalidades econômicas (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 101).

Tendo em vista o amplo conceito de fornecedor, os contratos que tem como objeto a prestação de serviços educacionais, segundo Moreira (1997, p. 29), compreendem as atividades desenvolvidas por instituições permanentes, como colégios, universidades, cursos de idiomas e também as realizadas por profissionais autônomos, na condição de aulas particulares. Assim, o fornecedor pode ser pessoa física, jurídica e até mesmo ente despersonalizado, como uma sociedade de fato que explore atividades de docência e que assume a obrigação de prestar serviços educacionais.

Já os contratantes, no caso, alunos e eventualmente seus responsáveis, assumem as obrigações de pagar a matrícula e mensalidades, bem como cumprir o regulamento da instituição de ensino, o qual deve estar compreendido no contrato (PASQUALOTTO; TRAVINCAS, 2016, p. 7).

O contrato de prestação de serviços educacionais, condição de contrato de consumo, é regido pelos princípios consagrados pelo CDC. Um dos princípios que deve ser destacado é o da vulnerabilidade do consumidor (artigo 4º, I, do CDC), que decorre da posição de força assumida pelo fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) na sociedade de consumo, a qual o faz ditar regras do consumidor (GRINOVER; BENJAMIN, 2019, p. 63).

Outro princípio de grande destaque no Código de Defesa do Consumidor é o da boa-fé objetiva, que representa um parâmetro objetivo e geral de atuação, fundada na lealdade e no respeito aos interesses e expectativas dos contratantes para cumprimento do objetivo do contrato. O princípio da boa-fé objetiva funciona como linha teleológica de interpretação das relações contratuais e traz uma série de deveres anexos às relações contratuais, estando expresso no art. 4º, III, e como cláusula geral no art. 51, IV. (MARQUES, 2016).

Pode também ser destacado o princípio da equidade contratual, que consagra o equilíbrio dos direitos e deveres nos contratos de consumo, proibindo a imposição de vantagens unilaterais ou exageradas para o fornecedor, ou a utilização de cláusulas incompatíveis com a boa-fé e a equidade. O princípio da equidade é cogente, protegendo a vontade das partes e também os seus interesses e expectativas (MARQUES, p. 1004).

Menciona-se ainda o princípio da conservação dos contratos, segundo o qual as a análise das estipulações negociais apontadas como abusivas ou que impõem vantagem exageradas deve ser feita observando a utilidade e operatividade do negócio jurídico (NERY JUNIOR, 2019, p. 805).

O princípio da conservação dos contratos é um dos fundamentos para a revisão dos contratos, uma vez que no Código do Consumidor o desequilíbrio ou onerosidade excessiva não ensejam a resolução do contrato, mas a modificação da cláusula que estabelece prestação desproporcional, conservando o contrato em execução (NERY JUNIOR, 2019, p. 755).

O Código de Defesa do Consumidor estabelece em seu art. 6º, V, do CDC, que é direito básico do consumidor “a modificação das cláusulas contratuais que estabelecem prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (BRASIL, 1990).

Sendo assim, diferentemente no Código Civil, que em seu art. 478 afirma que o reconhecimento da imprevisão ou da onerosidade excessiva enseja a resolução do contrato, o Código de Defesa do Consumidor prevê que, havendo cláusulas que estabelecem prestações desproporcionais ou fatos supervenientes que tornam as prestações excessivamente onerosas, o consumidor pode buscar a modificação dessas cláusulas ou a revisão do contrato (NERY JUNIOR, 2019, p. 755).

A revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor tem como fundamento a teoria da base objetiva dos negócios, a qual difere da teoria da imprevisão do Código Civil, como explica o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema:

O requisito de o fato não ser previsível nem extraordinário não é exigido para a teoria da base objetiva, mas tão somente a modificação nas circunstâncias indispensáveis que existiam no momento da celebração do negócio, ensejando onerosidade ou desproporção para uma das partes. Com efeito, a teoria da base objetiva tem por pressuposto a premissa de que a celebração de um contrato ocorre mediante consideração de determinadas circunstâncias,

as quais, se modificadas no curso da relação contratual, determinam, por sua vez, consequências diversas daquelas inicialmente estabelecidas, com repercussão direta no equilíbrio das obrigações pactuadas. Nesse contexto, a intervenção judicial se daria nos casos em que o contrato fosse atingido por fatos que comprometessem as circunstâncias intrínsecas à formulação do vínculo contratual, ou seja, sua base objetiva. (BRASIL, 2015).

Sendo assim, a revisão dos contratos de consumo - dentre os quais se incluem os educacionais - é avaliada, dentre outros, sob o fundamento da teoria da base objetiva do negócio jurídico. Ainda, é preciso analisar quais são os fatos supervenientes que ensejariam essa revisão dos contratos de consumo, sobretudo em uma situação excepcional de pandemia vivenciada no Brasil e no mundo no ano de 2020, bem como quais os critérios e fundamentos a serem utilizados para essa revisão, conforme será abordado a seguir.

#### 4. EDUCAÇÃO E EMPREGO: DIREITOS DA PESSOA NO CONTEXTO DA PANDEMIA

Desde o final do ano de 2019, o mundo presenciou os primeiros casos da COVID-19 surgirem na China; doença causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, marcada por um quadro clínico que varia entre infecções assintomáticas a problemas respiratórios graves, que demandam atendimento hospitalar devido à dificuldade para respirar, a qual pode se agravar para um quadro de insuficiência respiratória (MINISTÉRIO DA SAÚDE, [2020?]).

A doença acabou tomando proporções globais e, no dia 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou ter elevado o estado de contaminação pelo coronavírus ao grau de pandemia (UNASUS, 2020). No Brasil, embora sem dados precisos, a primeira morte ocorreu no dia 16 de março em São Paulo (MORTE..., 2020; DESIDERI, 2020).

Por conta disso, a partir da segunda semana de março, a população brasileira passou a ser alertada para a necessidade de medidas de isolamento social e higiene, sendo que empresas e órgãos governamentais começaram a adotar o *home office* e as instituições de ensino suspenderam as aulas presenciais. Nesse cenário, em 06 de fevereiro foi publicada a Lei nº 13.979/2020, que dispôs sobre medidas a serem adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus (e.g. isolamento, quarentena, autorização para requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas para enfrentamento da emergência de saúde) (BRASIL, 2020c). E diante da gravidade da pandemia, no dia 20 de março o Senado aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 6/2020, o pedido de reconhecimento de estado de calamidade pública enviado pelo Governo Federal, com efeitos até 31 de dezembro de 2020 (BRASIL, 2020d).

Com o crescimento dos casos confirmados e suspeitos no país, bem como a já suspensão de aulas presenciais em algumas instituições de ensino, em 17 de março o Ministério da Educação editou a Portaria nº 343/2020. Autorizou as instituições de ensino superiores integrantes do sistema federal a substituírem, em caráter excepcional e pelo prazo de até trinta dias, as “[...] disciplinas presenciais, em andamento, por aulas que utilizem meios e tecnologias de

informação e comunicação [...]”. A Portaria vedou tal substituição para os cursos de Medicina e para as práticas profissionais de estágios e de laboratório (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2020a). A Portaria atribuiu às instituições a responsabilidade pela definição das disciplinas substituídas, disponibilização de ferramentas para acompanhamento das aulas e realização de avaliações. Ademais, autorizou as instituições a suspender as aulas pelo mesmo prazo, mediante integral reposição, assim como a alterar o calendário de férias, desde que cumpridos os dias letivos e horas-aulas determinados em lei (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2020a). Esta foi alterada pela Portaria nº 345/2020, publicada em 19 de março de 2020 e seus efeitos foram prorrogados por 30 dias pela Portaria nº 473, de 12 de maio de 2020 (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2020b; MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2020c).

Considerando que essas Portarias se destinam às instituições de ensino superior, em 1º de abril de 2020 foi publicada a Medida Provisória nº 934, que dispensou os estabelecimentos de ensino da educação básica, em caráter excepcional, da obrigatoriedade estabelecida nos artigos 24 e 31 da Lei nº 9.394/1996 de cumprir o mínimo de dias letivos de efetivo trabalho escolar, desde que cumprida carga horária anual mínima prevista para aquela etapa. A Medida Provisória fez equivalente autorização para as instituições de educação superior (BRASIL, 2020e).

Em 3 de abril foi publicada a Portaria nº 376, que autorizou as instituições do sistema federal de ensino profissional técnico de ensino médio a suspender as aulas presenciais ou substituí-las por atividades não presenciais. Vedou a substituição das práticas profissionais de estágio e de laboratório; determinou que a carga horária das atividades curriculares substituídas seja considerada no cumprimento da carga horária total do curso (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2020d).

Diante da suspensão das aulas presenciais em decorrência da pandemia, em 28 de abril, o Conselho Nacional de Educação (CNE) aprovou o Parecer nº 5 (homologado e submetido a reexame), visando reorganizar o calendário escolar e a possibilitar que as atividades não presenciais sejam computadas para o cumprimento da carga horária mínima anual (CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO, 2020; MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2020e). Todavia, enquanto persistirem as restrições sanitárias e os estudantes não puderem estar fisicamente presentes nas instituições de ensino, o Conselho recomenda a realização de atividades pedagógicas não presenciais, utilizando ou não os meios de tecnologia da informação, a fim de evitar o retrocesso de aprendizagem e a perda de vínculo com a escola, que pode levar à evasão e ao abandono (CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO, 2020).

Segundo o CNE, as atividades pedagógicas não presenciais podem ser desenvolvidas utilizando meios digitais, programas de televisão ou rádio, material didático impresso distribuído aos alunos, orientação de leituras, pesquisas e atividades nos materiais didáticos.

Quanto à educação infantil, o Conselho sugeriu que as escolas desenvolvessem materiais de caráter lúdico e criativo para orientar os pais acerca de atividades educativas a serem desenvolvidas com as crianças, bem como tratou da aproximação virtual dos professores com as famílias. Contudo, embora a LDB estabeleça no artigo 80 que “O Poder Público incentivará o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidades de ensino, e de educação continuada” (BRASIL, 1996), não há autorização para a Educação a Distância (EaD) na educação infantil.

Relativamente ao ensino fundamental, sugeriu o uso da disponibilização de aulas gravadas e de programas educativos na TV aberta, a distribuição de listas de atividades e exercícios, e a oferta de vídeos educativos por meios de plataformas *online*, bem como a realização de atividades nessas plataformas (CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO, 2020). Em relação aos seus anos finais, orientou a realização de pesquisas, projetos e simulações, além da realização de testes *online* ou impressos a serem entregues no final do período de suspensão de aulas e do uso de mídias sociais para estimular e orientar os estudos (CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO, 2020). Nessa esfera, tal possibilidade só existe para a complementação da aprendizagem ou em situações emergenciais, conforme preceitua o artigo 32, §4º, da referida lei (BRASIL, 1996).

Já no ensino médio e superior a modalidade de educação a distância é permitida, nos termos do artigo 36, §11 e do artigo 47, §3º, da LDB (BRASIL, 1996). Nesse contexto, o Ministério da Educação, pela Portaria nº 544, de 16 de junho de 2020, autorizou a suspensão das atividades acadêmicas presenciais e a sua substituição por atividades em recursos digitais, tecnologias de informação e comunicação ou outros meios nas instituições do sistema federal de ensino superior até o dia 31 de dezembro de 2020 (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2020f). Estabeleceu que as atividades acadêmicas suspensas deverão ser integralmente repostas e que as instituições podem alterar o calendário de férias, desde que cumpram a carga horária prevista para os cursos, revogando as Portarias de nº 343, 345 e 473 (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2020f).

Além da suspensão das aulas presenciais, algumas medidas de isolamento social adotadas por Estados como São Paulo, Rio de Janeiro e Paraná incluíram o fechamento do comércio não essencial (AULAS..., 2020). Essas medidas adotadas para conter o avanço do coronavírus acabaram por impactar negativamente diversos setores da economia brasileira. A produção industrial, por exemplo, teve uma variação de -3,80% em relação ao mesmo período do ano de 2019, enquanto no mês de abril essa variação foi de -8,2%. O setor de comércio varejista, por sua vez, no mês de março apresentou uma variação de seu volume de vendas de -6,4%, enquanto que no mês de abril essa variação foi de -27,1%. O setor de serviços também foi negativamente impactado, sendo que o mês de abril apresentou uma variação de -0,2% em relação ao mesmo período do ano anterior, em que tal variação foi de -4,5% (IBGE, 2020).

Tal cenário de queda nas atividades econômicas passou a ameaçar os postos de emprego, o que levou à edição da Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020, que tratou de medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade, autorizando a redução proporcional da jornada de trabalho e de salários e a suspensão temporária do contrato de trabalho, mediante acordo entre empregador e empregado. Também criou o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e Renda, custeado pela União, e que compreende o pagamento de um valor mensal baseado no seguro desemprego a que o empregado teria direito, a ser pago enquanto durar a redução de jornada e de salário e a suspensão temporária do contrato (BRASIL, 2020f). Essa Medida Provisória foi convertida na Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020, que ratificou o pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e Renda, assim como a redução proporcional da jornada de trabalho e salário, e a suspensão temporária do contrato de trabalho (BRASIL, 2020g).

Sendo assim, embora muitas pessoas não tenham perdido seus empregos, tiveram seus contratos suspensos ou jornadas de trabalho reduzidas, o que implicou em significativa perda

de renda. Visando justamente monitorar os impactos da pandemia do coronavírus no mercado de trabalho brasileiro, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) realiza continuamente a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD COVID19), por meio da qual verificou que, no final do mês de maio de 2020, 36,4% das pessoas entrevistadas que estavam ocupadas tiveram rendimento menor do que normalmente recebido (IBGE, 2020).

O IBGE também constatou que a taxa de desocupação no país chegou a 11,8%, e que 17,9 milhões de pessoas não procuraram trabalho por conta da pandemia ou por falta de trabalho na localidade, bem como que 9,7 milhões de pessoas ocupadas foram afastadas de seus trabalhos sem remuneração. A pesquisa ainda verificou que a taxa de desemprego no Brasil subiu de 12,2%, nos meses de janeiro a março, para 12,6% no final de abril, e 12,9% em maio, atingindo 12,7 milhões de pessoas, com o fechamento de cerca de 7,8 milhões de postos de trabalho (IBGE, 2020).

Diante do estudado, notou-se que considerável parcela dos estudantes do Brasil estão matriculados em instituições particulares de ensino, as quais por conta da pandemia da COVID-19 estão com as aulas suspensas, sendo que algumas estão utilizando meios não presenciais para manter as atividades educacionais, valendo-se, por exemplo, de recursos tecnológicos. De outra banda, milhões de brasileiros ficaram desempregados ou tiveram sua renda mensal reduzida significativamente por conta da queda na arrecadação em diversos setores da economia. Tais fatos levam ao questionamento sobre a situação na qual se encontram os alunos de instituições particulares de ensino que, face ao fato superveniente à contratação que é a pandemia, viram as mensalidades desproporcionais aos seus rendimentos, fato que será abordado a seguir.

## 5. DEBATES E POTENCIAIS SOLUÇÕES: A QUESTÃO DAS MENSALIDADES NAS INSTITUIÇÕES EDUCACIONAIS PRIVADAS EM TEMPOS DE ANORMALIDADE

Considerando todo o exposto até então, é certo que a relação existente entre a instituição privada de ensino e o contratante é de consumo, regida pelo CDC – o que, por certo, não exclui a aplicação do CC e outros; e a pandemia e o estado de calamidade pública trouxeram grandes mudanças. Uma delas, e que afetou o País como um todo, foi em relação à prestação dos serviços educacionais, uma vez que, como visto anteriormente, precisou ser suspenso ou alterado o modo de sua prestação. Esta mudança na prestação de serviço (ainda que não por vontade das instituições) acarretou em diversas discussões, considerando também o aumento no número de desempregos e redução salarial daqueles que seriam os responsáveis financeiros (vide item 4).

Ainda, notou-se anteriormente que o ensino a distância não era a regra antes da pandemia e, com a situação de exceção, muitas instituições privadas optaram pelo ensino remoto (plataformas digitais, videoaulas ao vivo e gravadas, atividades didáticas à distância etc.), ao invés da suspensão das aulas e posterior reposição. Contudo, nem todas as matérias e aulas podem e/ou são viáveis online. Disso, percebeu-se muitos alunos e responsáveis sentindo-se

prejudicados, principalmente financeiramente – já que, em tese, teriam que continuar a pagar o valor das mensalidades/anuidades na sua integralidade<sup>4</sup>. Isso porque se a prestação educacional continua sendo executada e não há a extinção do contrato, a contraprestação não deixa de ser exigível (MEIRELES, 2020, p. 152).

O fato é que, ao decretar a suspensão e/ou a modificação na forma da prestação dos serviços educacionais, ainda que temporariamente (o que não significa por curto tempo), o legislador (nesse momento e a princípio) não se atinou às consequências de ordem prática inteiramente relacionadas à ordem financeira. Determinou a forma com que as aulas deveriam passar a ocorrer em todo o país, mas não pontuou sobre a possibilidade (ou não) de eventual revisão ou reequilíbrio contratual diante de toda a situação extrema vivenciada pelos brasileiros. Conforme afirma Simão (2020, p. 8), em tempos da Covid-19, alguns contratos tiveram seu sinalagma afetado por conta das mudanças ocorridas entre o momento de sua celebração e o da execução e, essa alteração da base do negócio, exige um reequilíbrio das prestações, se viável, ou a sua resolução, se inviável.

Nesse sentido, o Professor Monteiro Filho discorre sobre os diferentes graus de impossibilidade do cumprimento das prestações nas relações negociais concretas em decorrência da pandemia: (i) a impossibilidade subjetiva em obrigações fungíveis - geraria eventual cumprimento por terceiros, substituto do devedor (artigo 249 do CC); (ii) a impossibilidade subjetiva em obrigações infungíveis - ainda muito debatido, tendo em vista os limites de sacrifício impostos ao devedor; (iii) impossibilidades temporárias – atuam com eficácia diferida e podem levar à redução na contraprestação, prorrogação de prazos ou eventual suspensão pagamento; (iv) impossibilidade parcial – análise da gravidade e do interesse útil ao credor que podem acarretar na redução do contrato à parte aproveitável (artigo 184 do CC), na revisão (artigo 317 do CC) ou na rescisão e resolução dos contratos (artigo 478 do CC); e, (v) impossibilidade definitiva – apta a exonerar o devedor, sem consequências (artigo 392 do CC) (MONTEIRO FILHO, 2020, p. 8).

Notadamente, quando se trata de contratos duradouros e a impossibilidade for transitória (caso das escolas), as partes tem o direito à resolução ou podem manter o vínculo, reajustando em comum acordo a prestação. Usa-se, então, as regras de interpretação dos negócios jurídicos, principalmente a boa-fé (MIRAGEM, 2020). E é diante da impossibilidade da manutenção das aulas presenciais em decorrência da Covid-19 como medida de prevenção, tem-se caracterizado o impedimento objetivo da prestação contratual por parte das instituições, surgindo, com isso, a possibilidade de suspensão, modificação ou extinção do contrato (MEIRELES, 2020, p. 151).

A ideia principal desse estudo centra-se na possibilidade (ou não) de um reequilíbrio contratual e não a sua extinção - princípio da conservação do negócio jurídico -, uma vez que é oportuno que o contrato seja preservado, já que interessa aos contraentes e ao sistema jurídico como um todo, sendo fundamental para a economia (SIMÃO, 2020, p. 9). Isso porque, se as escolas deixam de ser pagas ante a extinção do contrato, haveria dificuldade em conservar a qualidade do ensino ou em dar continuidade às suas atividades e, do outro lado, a extinção importaria a perda do ano letivo ou eventual posterior transferência de escola aos alunos (MEIRELES, 2020, p. 152-153).

4 Vide mais em: [encurtador.com.br/mwDLU](http://encurtador.com.br/mwDLU) e Nota técnica do Procon/SP, que aponta crescente demanda dos consumidores em relação às instituições privadas (ALUNOS..., 2020; SÃO PAULO, 2020a, p. 1).

Mas isso tudo, claro, levando em conta as circunstâncias concretas que envolvem a situação, eis que, além do equilíbrio entre as partes, é essencial a análise da natureza jurídica da relação, os seus efeitos, a vulnerabilidade das partes (econômica, social, técnica e intelectual), a equivalência das prestações, a disponibilidade dos bens entre outros (BRAGA, 2010, p. 209).

Vale lembrar, portanto, que se trata aqui de contrato de prestação de serviços educacionais em que há relação de consumo, titularidade privada, vulnerabilidade patrimonial e existencial, normas de ordem pública e, em sua grande maioria, contratos de adesão. No mais, com a pandemia, se está diante de uma impossibilidade de cumprimento temporária relativa à prestação de serviços educacionais conforme originalmente contratado. Isto é, apenas por certo período é que as aulas presenciais não ocorrem (enquanto perdurar situação preventiva e decretos), o que indica que poderá ser realizada em outro momento (férias, compensação) ou de outra forma. E, relativa, pois algumas instituições optaram pela aula remota e haveria dificuldade ou onerosidade da prestação, mantendo, contudo, o vínculo entre as partes (e.g. nem todas as matérias estão sendo realizadas online).

Diante disso, surgiram discussões sobre a situação dos contratos de prestação de serviços educacionais e o pagamento das mensalidades/anuidades em tempos de pandemia. Então, orientações, pareceres e soluções provenientes do Poder Legislativo, de órgãos públicos, da jurisprudência e da doutrina foram emitidos.

Do ponto de vista legislativo, foram apresentados diversos Projetos de Lei (PLs) que, de modo geral, visam regularizar a situação<sup>5</sup>. Foram apresentados 9 (nove) PLs de âmbito nacional visando a concessão de descontos nos contratos escolares: 3 (três) deles propõem desconto de 50%<sup>6</sup> (em mínimo ou máximo); 5 (cinco) outros propõem 30% de desconto<sup>7</sup> (em mínimo, máximo ou variação) e 1 (um) propõe desconto de, no mínimo, 20%<sup>8</sup>. Em âmbito estadual, aponta-se 8 (oito) PLs. O Distrito Federal e os Estados da Bahia, Rio de Janeiro, São Paulo e Paraná propuseram PLs de desconto nas mensalidades de 30% do valor<sup>9</sup>. Outro PL da Bahia propõe descontos entre 10% a 50% do valor, um de Minas Gerais propõe desconto de 50% e outro do Paraná que propõe desconto de 35%<sup>9</sup> (ANUP; ELEVA, 2020, p. 2).

É oportuno registrar que o PL nº 1079/2020 do Distrito Federal foi vetado em sua totalidade pelo Governador, (DISTRITO FEDERAL, 2020), enquanto isso, o PL nº 2052/2020 do Rio de Janeiro foi sancionado e convertido na Lei nº 8864, de 03 de junho de 2020 (RIO DE JANEIRO, 2020a; ALERJ, 2020), o que tornou obrigatória a concessão de descontos nas mensalidades de todo nível de ensino (incluindo técnico, profissionalizante e pós-graduação) (ALERJ, 2020).

5 Não cabe aqui a discussão acerca da competência para legislar quanto a matéria, vez que extrapolaria os limites do trabalho. Para ler mais: artigo de Frota, Nalin e Dantas (2020).

6 São: PL 1183/2020, Câmara dos Deputados, 30/03/2020; PL 1356/2020, Câmara dos Deputados, 31/03/2020 e PL 1419/2020, Senado Federal, 09/04/2020 (BRASIL, 2020h, 2020i, 2020j).

7 São eles: PL 1163/2020, Senado Federal, 02/04/2020; PL 1108/2020, Câmara dos Deputados, 26/03/2020; PL 1119/2020, Câmara dos Deputados, 26/03/2020; PL 1294/2020, Câmara dos Deputados, 31/03/2020 e PL 1311/2020, Câmara dos Deputados, 31/03/2020 (BRASIL, 2020k, 2020l, 2020m, 2020n, 2020o).

8 PL 1287/2020, Câmara dos Deputados, 30/03/2020 (BRASIL, 2020p).

9 PL 1079/2020, Câmara Legislativa DF, 17/04/2020 (DISTRITO FEDERAL, 2020); PL 23.798/2020, Assembleia Legislativa Bahia, 30/04/2020 (BAHIA, 2020a); PL 2052/2020, Assembleia Legislativa Rio de Janeiro, 25/03/2020 (RIO DE JANEIRO, 2020a); PL 203/2020, Assembleia Legislativa São Paulo, 03/04/2020 (SÃO PAULO, 2020b); PL 212/2020, Assembleia Legislativa Paraná, 31/03/2020 (PARANÁ, 2020a).

Destaca-se, no mais, os PLs do estado do Ceará<sup>10</sup> e do Pará<sup>11</sup>, que também foram convertidos em Leis para a redução das mensalidades escolares (CEARÁ, 2020; PARÁ, 2020). Numa crítica direcionada aos PLs, entende-se que eles podem punir as instituições que renegociaram com os alunos e responsáveis financeiros (DANTAS; FROTA; NALIN, 2020).

Ainda é importante mencionar o que a Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON) publicou a Nota Técnica nº 26/2020/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ<sup>12</sup> em 08/05/2020, que tratou da proteção dos direitos dos consumidores diante do fechamento das instituições de ensino e da suspensão das aulas presenciais, decorrentes do novo coronavírus (SENACON, 2020, p. 1). Dispõe sobre assuntos como: prestação de serviços adaptados às plataformas digitais ou reposição posterior das aulas, desde que não haja comprometimento dos objetivos do contrato, mantida a qualidade prestação serviços e cumprida a carga horária mínima, entre outros (SENACON, 2020). Quanto aos descontos, reforça e orienta que deve ser avaliados os casos concretos, não sendo estes lineares, vez que existem vários tipos de cursos envolvidos, diversos perfis e portes de instituição e alunos com idades, expectativas e capacidades econômicas diferentes (SENACON, 2020). Também destaca a importância da preservação do direito do consumidor e, se possível, o não comprometimento econômico da instituição, orientando, ainda, a aplicação de descontos ou restituição de parte de valores pagos (SENACON, 2020).

A Nota ainda ressalta a importância da negociação e princípios da solidariedade (artigo 3º, I da CRFB) e boa-fé (artigo 4º, III do CDC), considerando as dificuldades econômicas geradas por desemprego ou redução de jornada e salário de pais e alunos. Também que, apesar da redução dos custos operacionais, algumas instituições podem lidar com redução de receita diante da saída de alunos e inadimplimento, o que pode gerar demissões em massa. Por fim, a Nota Técnica deixa claro que não existem soluções lineares a todos os casos (fato, aqui, pode-se dizer, vai de encontro com os inúmeros PLs); reitera a análise individual de cada caso e menciona alternativa de criação de câmaras de conciliação nas instituições de ensino a fim de avaliar a condição particular de cada família para a concessão de desconto (SENACON, 2020, p. 10). A título de complementação, os PROCONs (SP, PR, RJ) emitiram Notas Técnicas orientando em síntese, que deve haver canais de atendimento, incentivando a renegociação e outras medidas protetivas aos consumidores.

O entendimento pela não concessão em massa e compulsória de descontos também foi defendido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em Nota Técnica nº 17 de 24/04/2020. Além de outros argumentos, expõe os efeitos econômicos que podem ocorrer como o desemprego e a redução salarial de professores; a falência de instituições de ensino; dificuldade realocação no mercado; diminuição da demanda agregada com a redução arrecadação impostos e efeitos negativos concorrenciais (CADE, 2020, p. 2).

Após análise de como o legislativo e órgãos ligados ao executivo estão lidando com esse cenário, resta explorar a esfera do Poder Judiciário. Na falta de leis, os juízes, chamados a decidir, decidiram com bases em normas difusas no ordenamento e equidade (não há lei geral nacional e unanime de que deve haver desconto de 30% ou 50%) (PAINEL..., 2020).

10 PL nº 77/2020 da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, sancionado em 11/05/2020 e convertido na Lei 17.208 para redução no valor das mensalidades, de acordo com o nível de educação, a modalidade de ensino e o faturamento das instituições (LEI, 2020).

11 PL nº 74/2020, Assembleia Legislativa do Pará, sancionado e convertido na Lei 9065, de 26/05/2020, visando redução no valor de mensalidades em 30% na rede privada de todos os níveis (PARÁ, 2020).

12 Última Nota Técnica publicada pelo SENACON até a finalização deste artigo (N. das Aa.).

Algumas decisões negaram o pedido de redução do valor das mensalidades escolares. Foi o caso de um dos agravos de instrumento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP)<sup>13</sup> proposto em Ação Coletiva. O juízo de segundo grau entendeu, em síntese, que não houve elemento seguro a demonstrar de forma objetiva a redução de custos pela universidade, que o impacto econômico dos alunos deve ser analisado caso a caso e que não havia tais dados no processo (SÃO PAULO, 2020c). Do mesmo modo, o juízo de primeiro grau de João Pessoa<sup>14</sup> indeferiu a liminar de redução no valor da mensalidade, eis que não comprovada a queda de receita da empresa do responsável financeiro do aluno (JOÃO PESSOA, 2020). Em Recife<sup>15</sup>, a liminar foi indeferida sob o argumento da prevalência da força obrigatória dos contratos; da necessidade de perícia para avaliar a onerosidade excessiva e que crises econômicas são frequentes no Brasil, por isso não justificariam a interferência do Estado em contrato privado. No mais, que houve caso fortuito e a instituição de ensino estaria acobertada pelos artigos 393 e 396 do CC (RECIFE, 2020).

Lado outro, notou-se um número significativo de decisões pela concessão de descontos e/ou suspensão do pagamento das mensalidades. A ilustrar, quatro delas<sup>16</sup> deferiram a tutela de urgência para que fosse suspenso/postergado o pagamento das mensalidades, com posterior compensação. Todas se escoraram no artigo 6º, V do CDC. O juízo de Curitiba ainda fundamentou nos artigos 421, 421-A e 479 do CC e o juízo de Manaus, no artigo 4º, *caput*, I do CDC; este último ainda esteou-se na garantia do equilíbrio e função social contratual, boa-fé objetiva e na pacificação social com a manutenção do negócio havido. O juízo de São Paulo se valeu, também, do artigo 317 do CC (MOSSORÓ, 2020; CURITIBA, 2020; MANAUS, 2020; SÃO PAULO, 2020d).

O juízo de primeiro grau do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) de Belo Horizonte fixou percentual de 25% para a redução do valor mensalidades<sup>17</sup> e o de Uberaba, em Ação Civil Pública, assegurou aos alunos revisão contratual com redução de 30%<sup>18</sup>. Ambos se valeram dos artigos 478, 479 e 480 do CC, do artigo 6º, V do CDC e da onerosidade excessiva. Além disso, aquele entendeu ser aplicável a teoria da imprevisão e a mitigação do *pacta sunt servanda*; este, esteou no modo de execução diverso do contratado sem ajuste, redução dos gastos nas entidades de ensino e redução da renda dos consumidores e consequente aumento de gastos já que precisa ficar em casa (BELO HORIZONTE, 2020; UBERABA, 2020).

O juízo de São Paulo (2020e) deferiu o pedido de urgência em Ação Civil Pública e reduziu a mensalidade dos alunos do curso de medicina em 50% enquanto a instituição não pudesse cumprir integralmente a sua obrigação de fazer com aulas presenciais e acesso à laboratório e biblioteca<sup>19</sup>. Entendeu pela impossibilidade parcial da prestação de um dos contratantes e rom-

13 Agl. nº 2090088-55.2020.8.26.0000, da 32ª Câm. Dir. Privado, j. 29/05/2020 (SÃO PAULO, 2020c).

14 Autos nº 0825775-06.2020.8.15.2001, 7ª VC João Pessoa (TJPb), j. em 04/05/2020 (JOÃO PESSOA, 2020).

15 Decisão autos nº 0027636-06.2020.8.17.2001 da Seção B da 8ª Vara Cível da Capita, Recife (TJPe), j. em 19/06/2020 (RECIFE, 2020).

16 Autos nº 0804997-71.2020.8.20.5106 da 3ª VC de Mossoró, j. em 26/03/2020; autos nº 0003259-84.2020.8.16.0194 da 25ª VC Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, Foro Central, j. em 08/04/2020; autos nº 0653230-19.2020.8.04.0001 da 13ª VC e de Acidentes de Trabalho Manaus, j. em 28/04/2020 e Agravo de Instrumento nº 2118029-77.2020.8.26.0000 da 27ª Câmara de DPriv do TJSP, j. em 09/06/2020 (MOSSORÓ, 2020; CURITIBA, 2020; MANAUS, 2020; SÃO PAULO, 2020d).

17 Processo nº 5070419-50.2020.8.13.0024 da 3ª Unidade Jurisdicional Cível - 9º JD da Comarca de Belo Horizonte (TJMG), j. em 24/05/2020 (BELO HORIZONTE, 2020).

18 Processo nº 5010860-71.2020.8.13.0701 da 3ª VC da Comarca de Uberaba (TJMG), j. 26/06/2020. Reduziu 30%, e compensou nos meses que foram pagos o valor integral (UBERABA, 2020).

19 Autos nº 1021218-10.2020.8.26.0053, 3ª VC São Paulo, Foro Central, j. 29/05/2020 (SÃO PAULO, 2020e).

pimento temporário do sinalagma; aplicou o artigo 476 do CC (exceção contrato não cumprido, ainda que parcial), eis que “[...] se a ré não pode cumprir toda a sua obrigação que é complexa e envolve vários fazeres, não merece receber toda a contraprestação que lhe cabe.” (SÃO PAULO, 2020e). Outra decisão também referente ao curso de medicina, da comarca de Jales (TJSP), reduziu a mensalidade em 50% do valor<sup>20</sup>. O juízo mencionou a alteração nas circunstâncias fáticas do contrato de ensino que permitem a revisão contratual e se valeu do princípio da igualdade substancial ou material e do equilíbrio contratual do artigo 4º, III, CDC (JALES, 2020).

Em entendimento similar às decisões acima observadas, algumas outras opiniões já publicadas. Simão (2020, p. 10-11) propõe o reequilíbrio contratual em tempos de pandemia com base na divisão de prejuízos, a observar alguns critérios: i) análise do lucro decorrente do contrato de acordo com a atividade desenvolvida; ii) análise da capacidade econômico-financeira das partes, eis que a capacidade econômica da empresa educacional não pode ser comparada ao poder de compra de cada estudante (balanços das empresas serão parâmetro para se postergar no tempo o cumprimento de certas prestações); iii) análise do ramo de atividade e seu potencial de mais rápida ou mais lenta recuperação. Entende que é dever das instituições de ensino providenciarem as aulas de forma virtual, sob pena de inadimplemento. Contudo, cabe ao aluno a decisão de manter o contrato vigente ou pedir a sua extinção, por perda da base do negócio jurídico.

Contudo, dentro da possibilidade ou não de revisão ante a quebra da base subjetiva em decorrência da pandemia, há duas correntes: a Profa. Dra. Rose Meireles entende realmente não ser possível se valer de critérios subjetivos para a revisão, expondo o seguinte:

Com efeito, muitos contratantes encontram-se impossibilitados total ou parcialmente de pagar as mensalidades escolares, em razão do desemprego ou diminuição da renda decorrente dos impactos econômicos da pandemia. A impossibilidade subjetiva, contudo, não enseja a revisão e redução dos valores contratados. Qualquer revisão deve partir do impacto objetivo no contrato. (MEIRELES, 2020, p. 152).

Já Ronnie Duarte, numa análise mais ponderada diante do sofrimento extraordinário vivenciado pelos brasileiros e, com base na boa-fé, expõe sobre:

[...] a possibilidade residual, em situações-limite, do juiz, ponderando as circunstâncias presentes no caso concreto, inclusive as condições subjetivas (pessoais) dos litigantes, proceder à mitigação de prejuízos escandalosos a uma das partes, sempre que a medida em causa impuser perdas mínimas à contraparte. (DUARTE, 2020, p. 143)

Ocorre que, a despeito disso, é certo que diante do cenário de anormalidade em decorrência da pandemia o contrato de prestação de serviços educacionais sofreu alterações na base objetiva do negócio (artigo 6º, V, CDC). É verdade que existiu alteração negativa nas circunstâncias pessoais, notadamente no que tange a questão financeira dos consumidores, mas houve, também, alteração de cunho objetivo a ensejar e embasar a revisão contratual e buscar o equilíbrio. Isto é, se houve modificação que ensejou onerosidade ou desproporção na relação.

Observando-se o todo, percebe-se que, dada a natureza recente da situação, ainda não há um entendimento estável ou categórico. Do contrário, nota-se pareceres divergentes dentro de um mesmo organismo – seja no fundamento, seja no resultado. A despeito disso, das

20 Autos nº 1004011-42.2020.8.26.0297 da V do JE Cív. e Crim. de Jales (TJSP), j. 25/06/2020 (JALES, 2020).

análises dos PLs, dos pareceres dos órgãos ligados ao executivo e das decisões do Poder Judiciário, observa-se uma maior tendência à concessão da revisão contratual, ainda que em variadas formas e porcentagens.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que a educação é um direito social fundamental de todos, previsto na Constituição da República e que será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade. Com a promoção do ensino no decorrer dos anos, o número de alunos matriculados nas instituições de todos os níveis no Brasil atingiu a casa dos milhões e verificou-se que há um número expressivo de alunos ligados às instituições privadas de ensino. Ainda, constatou-se que o número de instituições privadas no ensino superior, por exemplo, é muito maior ao da rede pública, em que aquelas alcançaram mais da metade das matrículas de alunos.

Num primeiro momento, foi verificado que a relação existente entre a instituição privada de ensino e o contratante é de consumo e que, em decorrência da pandemia, o modo da prestação dos serviços educacionais foi alterado para o meio remoto/virtual e/ou suspenso, uma vez que o ensino a distância não era a regra outrora. É que, com a situação decorrente da Covid-19, foram adotadas várias medidas para que a disseminação do vírus fosse controlada com o menor impacto possível na saúde coletiva. No Brasil, algumas dessas medidas foram o isolamento social e o fechamento do comércio não essencial por determinado tempo. Quanto ao sistema econômico, constatou-se que muitas pessoas perderam seus empregos ou tiveram seus salários reduzidos. Daí o cenário de exceção e anormalidade.

Isto significa que milhões de alunos precisaram se adaptar às recomendações da OMS e, especificamente, às do país. Acontece que, como visto no desenvolvimento do trabalho, o ensino privado é prestado, em regra, mediante a contraprestação do aluno ou seu responsável financeiro e, diante do cenário pandêmico, houve um desequilíbrio no contrato de prestação dos serviços educacionais.

Em uma análise sintética com os números apresentados nesse trabalho, foi possível constatar que, aproximadamente, 15 milhões de alunos vinculados às instituições privadas tiveram seu contrato de prestação de ensino suspenso ou alterado, sendo que cerca de 90% dos cursos de graduação, por exemplo, ainda eram presenciais, enquanto 9,7 milhões de pessoas ocupadas foram afastadas de seus trabalhos sem remuneração e a taxa de desemprego atingiu 12,7 milhões de pessoas, com o fechamento de cerca de 7,8 milhões de postos de trabalho. Presente, portanto, indícios de um possível desequilíbrio contratual.

Assim, diante dessa questão de como sanar eventuais conflitos frente ao cenário de anormalidade e exceção é que seria possível tecer algumas considerações finais:

A despeito da diversidade de entendimentos, verificou-se uma constância no pensamento de que os contratos escolares são passíveis de ser considerados face ao artigo 6º, V do CDC; isto é, independentemente se houve ou não propriamente a revisão. O fundamento mais utilizado foi o direito de o consumidor em ver modificadas as cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes

que as tornem excessivamente onerosas. No mais, notou-se uma maior tendência à concessão de suspensão do pagamento das mensalidades escolares ou a concessão de descontos.

Portanto, foi possível notar que, até o final desta pesquisa (ano de 2020), houveram entendimentos favoráveis que viabilizam juridicamente a revisão contratual, ainda que de variadas formas e porcentagens, mas na tentativa de reequilibrar as relações contratuais entre particulares e instituições privadas de ensino.

Saliente-se, por fim, que neste texto não se teve a pretensão de exaurir o tema, notadamente porque o assunto é recente e ainda divergem muitas das esferas do país e a resolução está sendo desenvolvida. É necessário que o estudo sobre o tema tenha continuidade, a fim de verificar se em um futuro próximo o Estado tomará providências em relação a esse tipo de conflito.

## REFERÊNCIAS

ALERJ. *Agora é lei: mensalidades escolares deverão ser reduzidas durante a pandemia*. 04 jun. 2020. Disponível em: [encurtador.com.br/hlzQ8](http://encurtador.com.br/hlzQ8). Acesso em: 26 jun. 2020.

ALUNOS se unem para pedir redução de mensalidades em universidades: os estudantes reclamam também da falta de comunicação com as instituições de ensino em meio à pandemia. *Banda B*, 26 maio 2020. Disponível em: [encurtador.com.br/cmU28](http://encurtador.com.br/cmU28). Acesso em: 2 jun. 2020.

ALVES, Manoel. A histórica contribuição do ensino privado no Brasil. *Educação*, Porto Alegre, v. 32, n. 1, p.71-78, 2009. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/848/84812709010.pdf>. Acesso em: 20 maio 2020.

ANUP. *Eleva Educação. Eleva Educação e a Associação Nacional das Universidades Particulares*, 03 abr. 2020. Disponível em: [encurtador.com.br/btI45](http://encurtador.com.br/btI45). Acesso em: 20 maio 2020.

AULAS suspensas e home office: como estados e municípios atuam em pandemia. *UOL*, 2020. Disponível em: [encurtador.com.br/rLW08](http://encurtador.com.br/rLW08). Acesso em: 26 jun. 2020.

BAHIA. *Projeto de Lei nº 23.798, de 2020*. Dispõe sobre a redução das Mensalidades na rede particular de Ensino enquanto perdurarem as Medidas temporárias para Enfrentamento da emergência de Saúde pública de importância Internacional decorrente do Coronavírus, no âmbito do Estado da Bahia. Salvador: Assembleia Legislativa da Bahia, 2020a. Disponível em: [encurtador.com.br/gHoF8](http://encurtador.com.br/gHoF8). Acesso em: 26 jun. 2020.

BAHIA. *Projeto de Lei nº 23.799, de 2020*. Dispõe sobre a redução das mensalidades da rede privada de ensino durante o período que durarem as medidas temporárias para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do Coronavírus (Covid-19) decretadas pelo Governador do Estado da Bahia. Salvador: Assembleia Legislativa da Bahia, 2020b. Disponível em: [encurtador.com.br/kAQ47](http://encurtador.com.br/kAQ47). Acesso em: 26 jun. 2020.

BELO HORIZONTE. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Decisão 5070419-50.2020.8.13.0024*. 3ª Unidade Jurisdicional Cível - 9º JD da Comarca de Belo Horizonte. Juiz: Paulo Barone Rosa, 27 maio 2020. Disponível em: [encurtador.com.br/eBJL5](http://encurtador.com.br/eBJL5). Acesso em 26 jun. 2020.

BRAGA, Paula Sarno. A boa-fé objetiva, a equidade e o abuso do poder privado nas relações contratuais. *Revista do programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal da Bahia: homenagem à Professora Mônica Neves Aguiar da Silva*, Salvador, ano 2010.2, n. 21, p. 187-212, 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1108, de 2020*. Dispõe sobre o funcionamento da rede privada de educação durante períodos de calamidade pública e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020I. Disponível em: [encurtador.com.br/uxyW3](http://encurtador.com.br/uxyW3). Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1119, de 2020*. Obriga as instituições de ensino fundamental e médio da rede privada a reduzirem a suas mensalidades em, no mínimo, 30% (trinta por cento) enquanto persistir à suspensão presencial das aulas em decorrência da emergência de saúde pública de importância internacional em decorrência da Infecção Humana pelo coronavírus (COVID-19). Rio de Janeiro: Câmara dos Deputados, 2020m. Disponível em: [encurtador.com.br/mHIY9](http://encurtador.com.br/mHIY9). Acesso em 26 jun. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1183, de 2020*. Dispõe sobre a obrigação das instituições de ensino superior, colégios particulares e demais cursos técnicos, a aplicarem o desconto no valor das mensalidades de um curso presencial no período de combate ao coronavírus (Covid-19). Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020h. Disponível em: [encurtador.com.br/pKUY4](http://encurtador.com.br/pKUY4). Acesso em 26 jun. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1287, de 2020p*. Ficam as instituições de ensino infantil, fundamental, médio e superior da rede privada que optaram pelo Ensino a Distância (EAD), obrigadas a reduzirem as suas mensalidades em, no mínimo, 20% (vinte por cento), mediante formulário de requisição do estudante ou seu representante legal, durante o período que durar o Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo Novo Coronavírus causador da COVID-19 e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020p. Disponível em: [encurtador.com.br/chPVZ](http://encurtador.com.br/chPVZ). Acesso em 26 jun. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1294, de 2020*. Dispõe sobre a redução proporcional e suspensão das obrigações das mensalidades na rede privada de ensino superior durante a pandemia do COVID-19. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020n. Disponível em: [encurtador.com.br/cfnvy](http://encurtador.com.br/cfnvy). Acesso em 26 jun. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1311, de 2020*. Dispõe sobre a redução proporcional e suspensão das obrigações das mensalidades na rede privada de ensino superior durante a pandemia CV19. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020o. Disponível em: [encurtador.com.br/bghwO](http://encurtador.com.br/bghwO). Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1356, de 2020*. Determina a redução de valores de mensalidades cobradas por instituições privadas de ensino, autorizadas pelo MEC, durante a suspensão das atividades escolares presenciais determinadas pelas autoridades públicas, em face da pandemia da CV19. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020i. Disponível em: [encurtador.com.br/begBC](http://encurtador.com.br/begBC). Acesso em 26 jun. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20 fev. 2017

BRASIL. *Decreto Legislativo nº 6, 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. Brasília, DF: Senado Federal 2020d. Disponível em: [encurtador.com.br/jvBDS](http://encurtador.com.br/jvBDS). Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep). *Censo da Educação Superior 2018*: notas estatísticas. Brasília, 2019. Disponível em: [encurtador.com.br/gnwQW](http://encurtador.com.br/gnwQW). Acesso em: 29 maio 2020.

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep). *Censo escolar educação básica*: infográfico. Brasília, 2020b. Disponível em: [http://download.inep.gov.br/educacao\\_basica/censo\\_escolar/download/2019/infografico\\_censo\\_2019.pdf](http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/download/2019/infografico_censo_2019.pdf). Acesso em 28 maio 2020.

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep). *Censo da educação básica 2019*: notas estatísticas. Brasília, 2020a. Disponível em: [encurtador.com.br/hvxl4](http://encurtador.com.br/hvxl4). Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm). Acesso em: 2 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: [encurtador.com.br/gnACM](http://encurtador.com.br/gnACM). Acesso em: 5 abr. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.979/2020, de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020c. Disponível em: [encurtador.com.br/blEWZ](http://encurtador.com.br/blEWZ). Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. *Lei nº 14.020, de 2020*. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; [...] e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF: Presidência da República, 2020g. Disponível em: [encurtador.com.br/oDZ06](http://encurtador.com.br/oDZ06). Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. *Medida Provisória nº 934, de 1º de abril de 2020*. Estabelece normas excepcionais sobre o ano letivo da educação básica e do ensino superior decorrentes das medidas para enfrentamento da situação de emergência de saúde pública de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, 2020e. Disponível em: [encurtador.com.br/fgmP6](http://encurtador.com.br/fgmP6). Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. *Medida Provisória nº 936, de 2020*. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2020f. Disponível em: [encurtador.com.br/guLW3](http://encurtador.com.br/guLW3). Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 1163, de 2020*. Dispõe sobre a redução de, no mínimo, 30% (trinta por cento) no valor das mensalidades das instituições de ensino fundamental, médio e superior da rede privada cujo funcionamento esteja suspenso em razão da emergência de saúde pública de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Brasília, DF, 2020k. Disponível em: [encurtador.com.br/qxBH7](http://encurtador.com.br/qxBH7). Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 1419, de 2020*. Permite pactuar sobre a redução das mensalidades decorrentes de contrato de prestação de serviços educacionais, na modalidade presencial, por instituições privadas de ensino, diante do estado de calamidade pública causado pela pandemia do coronavírus (COVID-19). Brasília, DF, 2020j. Disponível em: [encurtador.com.br/bkptv](http://encurtador.com.br/bkptv). Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma). *Informativo nº 0556*. Direito civil e do consumidor. Hipótese de inaplicabilidade da teoria da base objetiva ou da base do negócio jurídico, 2015. Disponível em: [encurtador.com.br/divEP](http://encurtador.com.br/divEP). Acesso em: 20 maio. 2020.

CADE. *Nota técnica nº17/2020/DEE/CADE de 24 de abril de 2020*. Pretende-se avaliar potenciais efeitos de imposição de descontos percentuais em contratos de prestação de serviços educacionais, em COVID-19, que estão sendo propostos em diferentes esferas do Estado brasileiro. Disponível em: [encurtador.com.br/ftulZ](http://encurtador.com.br/ftulZ). Acesso em: 16 jun. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CONSELHO NACIONAL DA EDUCAÇÃO. *Parecer nº 5/2020, de 28 de abril de 2020*. Dispõe sobre a reorganização do Calendário Escolar e da possibilidade de cômputo de atividades não presenciais para fins de cumprimento da carga horária mínima anual, em razão da Pandemia da COVID-19. Disponível em: [encurtador.com.br/adhN6](http://encurtador.com.br/adhN6). Acesso em: 26 jun. 2020.

CURITIBA. Tribunal de Justiça do Paraná. *Decisão 0003259-84.2020.8.16.0194*. 25ª Vara Cível da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, Foro Central. Juiz: Marcelo Mazzali, 8 abr. 2020. Disponível em: [encurtador.com.br/tyJV1](http://encurtador.com.br/tyJV1). Acesso em: 20 maio 2020.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação escolar no Brasil: o público e o privado. *Trab. educ. saúde*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 143-158, mar. 2006. Disponível em: [encurtador.com.br/klmst](http://encurtador.com.br/klmst). Acesso em: 28 maio 2020.

DANTAS, Fernando Carvalho; FROTA, Pablo Malheiro da Cunha; NALIN, Paulo. Redução das mensalidades escolares de instituições de ensino privadas como efeito do covid-19: análise dos PLs 1.079/20 e 1.080/20 da Câmara Legislativa do Distrito Federal. *Migalhas Contratuais*, 28 abr. 2020. Disponível em: [encurtador.com.br/hFMRT](http://encurtador.com.br/hFMRT). Acesso em: 20 maio 2020.

DESIDERI, Leonardo. *Coronavírus Brasil retrospectiva*. Disponível em: [encurtador.com.br/qvBX2](http://encurtador.com.br/qvBX2). Acesso em: 27 jun. 2020.

DISTRITO FEDERAL. Câmara Legislativa do Distrito Federal. *Projeto de Lei nº 1079, de 2020*. Dispõe sobre a redução proporcional das mensalidades da rede privada de ensino durante o Plano de Contingência do novo coronavírus da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal. 17 abr. 2020. Disponível em: [encurtador.com.br/hktxR](http://encurtador.com.br/hktxR). Acesso em: 26 jun. 2020.

DUARTE, Ronnie Preuss. Covid-19 e revisão dos contratos: o solidarismo contratual na jurisprudência de exceção. *Direito e pandemia*, Brasília, n. esp., p. 129-148, maio 2020. Disponível em: <http://s.oab.org.br/revista-direito-pandemia.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2020.

DURHAM, Eunice Ribeiro; SAMPAIO, Helena. *O ensino privado no Brasil*. São Paulo: Núcleo de Pesquisas sobre Ensino Superior da Universidade de São Paulo, 2001. Disponível em: <http://nupps.usp.br/downloads/docs/dt9503.pdf>. Acesso em: 28 maio 2020.

GORON, Lívio Goellner. Serviços educacionais e direito do consumidor. *Direito e justiça*, Porto Alegre, v. 38, n. 2, p. 192-199, jul./dez. 2012.

IBGE. PNAD-COVID-19. *Trabalho: desocupação, renda, afastamentos, trabalho remoto e outros efeitos da pandemia no trabalho*. Disponível em: [encurtador.com.br/ACDE2](http://encurtador.com.br/ACDE2). Acesso em: 26 jun. 2020.

JALES. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Decisão 1004011-42.2020.8.26.0297*. Vara do Juizado Especial Cível e Criminal. Juiz: Fernando Antônio de Lima, 25 jun. 2020. Disponível em: [encurtador.com.br/aUZ59](http://encurtador.com.br/aUZ59). Acesso em: 26 jun. 2020.

JOÃO PESSOA. Tribunal de Justiça da Paraíba. *Decisão 0825775-06.2020.8.15.2001*. 7ª Vara Cível da Capital. Juiz: Jose Celio de Lacerda, 4 maio 2020. Disponível em: [encurtador.com.br/uEK48](http://encurtador.com.br/uEK48). Acesso em: 26 jun. 2020.

LEI que prevê redução de mensalidades escolares no Ceará na pandemia é sancionada. *Assembleia Legislativa do estado do Ceará*, 12 maio 2020. Disponível em: [encurtador.com.br/dkrs9](http://encurtador.com.br/dkrs9). Acesso em: 20 maio 2020.

MANAUS. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. *Decisão 0653230-19.2020.8.04.0001*. 13ª Vara Cível e de Acidentes de Trabalho. Juiz: Victor André Liuzzi Gomes, 28 abr. 2020. Disponível em: [encurtador.com.br/bcHLY](http://encurtador.com.br/bcHLY). Acesso em: 20 jun. 2020.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Contratos privados escolares em tempos de Covid-19. *Direito e pandemia*, Brasília, n. esp., p. 149-153, maio 2020. Disponível em: <http://s.oab.org.br/revista-direito-pandemia.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2020.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa de Minas Gerais. *Projeto de Lei nº 1746, de 2020*. Dispõe sobre a redução proporcional das mensalidades da rede privada de ensino no Estado de Minas Gerais, durante o plano de contingência do novo Coronavírus da Secretaria de Estado de Saúde. 31 mar. 2020. Disponível em: [encurtador.com.br/dsQ18](http://encurtador.com.br/dsQ18). Acesso em: 26 jun. 2020.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Despacho de 29 de maio de 2020e*. Homologa parcialmente o Parecer do CNE/CP nº 5/2020. Disponível em: [encurtador.com.br/nBX67](http://encurtador.com.br/nBX67). Acesso em: 26 jun. 2020.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Portaria nº 343, de 2020a*. Dispõe sobre a substituição das aulas presenciais por aulas em meios digitais enquanto durar a situação de pandemia do Novo Coronavírus - COVID-19. Disponível em: [encurtador.com.br/lyOQT](http://encurtador.com.br/lyOQT). Acesso em: 26 jun. 2020.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Portaria nº 345, de 2020b*. Altera a Portaria MEC nº 343, de 17 de março de 2020. Disponível em: [encurtador.com.br/agHV6](http://encurtador.com.br/agHV6). Acesso em: 26 jun. 2020.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Portaria nº 376, de 2020d*. Dispõe sobre as aulas nos cursos de educação profissional técnica de nível médio, enquanto durar a situação de pandemia do novo coronavírus - Covid-19. Disponível em: [encurtador.com.br/iuQUX](http://encurtador.com.br/iuQUX). Acesso em: 26 jun. 2020.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Portaria nº 473, de 2020c*. Prorroga o prazo previsto no § 1º do art. 1º da Portaria nº 343, de 17 de março de 2020. Disponível em: [encurtador.com.br/ABCFS](http://encurtador.com.br/ABCFS). Acesso em: 26 jun. 2020.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Portaria nº 544, de 2020f*. Dispõe sobre a substituição das aulas presenciais por aulas em meios digitais, enquanto durar a situação de pandemia do novo coronavírus - Covid-19, e revoga as Portarias MEC nº 343, de 17 de março de 2020, nº 345, de 19 de março de 2020, e nº 473, de 12 de maio de 2020. Disponível em: [encurtador.com.br/gwFY2](http://encurtador.com.br/gwFY2). Acesso em: 26 jun. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Sobre a doença*. [2020?]. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>. Acesso em: 27 jun. 2020.

MIRAGEM, Bruno. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, v. 1015/2020, maio 2020.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Força maior e descumprimento de contratos na pandemia. *Direito e pandemia*, Brasília, n. esp., p. 6-11, maio 2020. Disponível em: <http://s.oab.org.br/revista-direito-pandemia.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2020.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. O Código de Defesa do Consumidor e os contratos de prestação de serviços educacionais. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 13, p. 29-37, 1997.

MORTE da primeira vítima por Covid-19 no Brasil completa três meses nesta terça. *G1*, 2020. Disponível em: [encurtador.com.br/forK8](http://encurtador.com.br/forK8). Acesso em: 23 jun. 2020.

MOSSORÓ. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. *Decisão 0804997-71.2020.8.20.5106*. 3ª Vara Cível da Comarca de Mossoró. Juiz: Flávio César Barbalho de Mello, 26 mar. 2020. Disponível em: [encurtador.com.br/awDKW](http://encurtador.com.br/awDKW). Acesso em: 10 jul. 2020.

PAINEL 4 e 5: a Lei 14.010/20 (RJET) comentada artigo por artigo. Ciclo de palestras apresentados por Flávio Tartuce, José Fernando Simão, Mauricio Bunazar, Claudia Lima Marques, Bruno Miragem. Coord. Carlos Eduardo Elias de Oliveira e Rodrigo Toscano de Brito. [S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (125 min.). Publicado pelo canal Direito Civil Brasileiro. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=\\_JedqrZJBHs](https://www.youtube.com/watch?v=_JedqrZJBHs). Acesso em: 17 jun. 2020.

PARÁ. Assembleia Legislativa do Estado do Pará. *Projeto de Lei nº 74, de 2020*. Dispõe sobre redução de 30% (Trinta por Cento) no valor de mensalidades pertinentes a prestação de serviços educacionais na rede privada no âmbito do Estado do Pará, enquanto perdurar as medidas de enfrentamento contra a pandemia do COVID-19. 2. Abr. 2020. Disponível em: [https://www.alepa.pa.gov.br/exibe\\_proposicao.asp?id=10082&sit=0](https://www.alepa.pa.gov.br/exibe_proposicao.asp?id=10082&sit=0). Acesso em: 26 jun. 2020.

PARANÁ. Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. *Projeto de Lei nº 212, de 2020a*. Dispõe sobre a redução proporcional de 30% (trinta por cento) do valor das mensalidades da rede privada de ensino superior, no estado do paraná, durante o estado de calamidade pública, relacionada ao coronavírus sars-cov-2. Disponível em: [encurtador.com.br/DJSTW](http://encurtador.com.br/DJSTW). Acesso em: 26 jun. 2020.

PARANÁ. Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. *Projeto de Lei nº 281, de 2020b*. Dispõe sobre a redução proporcional de 35% (trinta e cinco por cento) do valor das mensalidades cobradas pelas instituições de ensino durante o período da pandemia do coronavírus - Covid-19. Disponível em: [encurtador.com.br/ikKWX](http://encurtador.com.br/ikKWX). Acesso em: 26 jun. 2020.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; TRAVINCAS, Amanda Costa Thomé. Alunos são genuínos consumidores? Notas sobre a aplicação do CDC no contexto da educação superior e seu impacto sobre a liberdade acadêmica. *Revista de Direito do Consumidor*, Brasília, v. 106, jul./ago. 2016.

RECIFE. Tribunal de Justiça de Pernambuco. *Decisão 0027636-06.2020.8.17.2001*. Seção B da 8ª Vara Cível da Capital. Juiz: Rafael de Menezes, 19 jun. 2020. Disponível em: [encurtador.com.br/otH07](http://encurtador.com.br/otH07). Acesso em: 26 jun. 2020.

RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. *Projeto de Lei nº 2052, de 2020*. Dispõe sobre a redução proporcional das mensalidades da rede privada de ensino durante o plano de contingência do novo coronavírus da secretaria de estado de saúde. 25 abr. 2020a. Disponível em: [encurtador.com.br/bpqMR](http://encurtador.com.br/bpqMR). Acesso em: 26 jun. 2020.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. *Projeto de Lei nº 203, de 2020*. Torna obrigatória a redução proporcional das mensalidades da rede privada de ensino durante o Plano de Contingência do Estado de São Paulo para Infecção Humana pelo novo Coronavírus - Covid-19. 3 abr. 2020b. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1000321792>. Acesso em: 26 jun. 2020.

SÃO PAULO. Fundação Procon/SP. *Nota técnica Secretaria de Defesa do Consumidor e Procon/SP*. Mensalidade do ensino superior, 12 maio 2020a. Disponível em: [encurtador.com.br/tF145](http://encurtador.com.br/tF145). Acesso em: 20 jun. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento 2090088-55.2020.8.26.0000*. 32ª Câmara de Direito Privado. Relator: Kioitsi Chicuta, 29 maio 2020c. Disponível em: [encurtador.com.br/xAHZ8](http://encurtador.com.br/xAHZ8). Acesso em 26 jun. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de Instrumento 2118029-77.2020.8.26.0000*. 27ª Câmara de Direito Privado. Relator: Campos Petroni, 9 jun. 2020d. Disponível em: [encurtador.com.br/vBT56](http://encurtador.com.br/vBT56). Acesso em: 26 jun. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Decisão interlocutória 1021218-10.2020.8.26.0053*. 3ª Vara Cível da Comarca de São Paulo do Foro Central Cível. Juiz: Christopher Alexander Roisin, 29 maio 2020e. Disponível em: [encurtador.com.br/kJO67](http://encurtador.com.br/kJO67). Acesso em: 5 jun. 2020.

SECRETARIA DA EDUCAÇÃO. *Educação profissional*. Disponível em: [encurtador.com.br/nBD09](http://encurtador.com.br/nBD09). Acesso em: 10 jun. 2020.

SENACON. *Nota técnica n.º 26/2020/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ de 8 maio 2020*. Alinhamentos sobre a proteção dos direitos dos consumidores diante do fechamento das instituições de ensino e da suspensão das aulas presenciais, decorrentes do novo coronavírus. Disponível em: [encurtador.com.br/gtlQ8](http://encurtador.com.br/gtlQ8). Acesso em: 16 jun. 2020.

SIMÃO, José Fernando. O contrato nos tempos da COVID-19: esqueçam a força maior e pensem na base do negócio. *Migalhas Contratuais*, 3 abr. 2020. Disponível em: [encurtador.com.br/wFGU8](http://encurtador.com.br/wFGU8). Acesso em: 20 maio 2020.

TARTUCE, Flávio. O coronavírus e os contratos - Extinção, revisão e conservação - Boa-fé, bom senso e solidariedade. *Migalhas Contratuais*, 27 mar. 2020. Disponível em: [encurtador.com.br/dEIK0](http://encurtador.com.br/dEIK0). Acesso em: 20 maio 2020.

UBERABA. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Decisão 5010860-71.2020.8.13.0701*. 3ª. Vara Cível da Comarca de Uberaba. Juiz: Régia Ferreira de Lima, 26 jun. 2020. Disponível em: [encurtador.com.br/cewW2](http://encurtador.com.br/cewW2). Acesso em: 01 jul. 2020.

UNASUS. *Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus*. Disponível em: [encurtador.com.br/rBX07](http://encurtador.com.br/rBX07). Acesso em: 27 jun. 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. Trabalhos de elaboração – Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NERY JUNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

#### **Dados do processo editorial**

- Recebido em: 02/09/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 03/09/2020
- Avaliação 1: 07/09/2020
- Avaliação 2: 30/03/2021
- Decisão editorial preliminar: 12/04/2021
- Retorno rodada de correções: 03/05/2021
- Decisão editorial/aprovado: 03/05/2021

#### **Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

# COMPARTILHAMENTO DE DADOS PESSOAIS E O COMBATE À PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL: ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA 954/2020

PERSONAL DATA SHARING AND THE FIGHT AGAINST THE COVID-19 PANDEMIC IN BRAZIL: ANALYSIS OF PROVISIONAL MEASURE 954/2020

ELÍSIO AUGUSTO VELLOSO BASTOS<sup>1</sup>  
CRISTINA PIRES TEIXEIRA DE MIRANDA<sup>2</sup>  
VITÓRIA BARROS ESTEVES<sup>3</sup>

## RESUMO

Medidas de combate à pandemia causada pela COVID-19 estão sendo adotadas em diversos países. No Brasil, foi editada a Medida Provisória 954/2020, que determinava o compartilhamento de dados pessoais de brasileiros ao IBGE para a finalidade de produção estatística. O presente artigo tem como objetivo refletir criticamente acerca de tal compartilhamento em face do direito fundamental à intimidade e à autodeterminação informativa, para tanto, utiliza-se, especialmente, os conceitos desenvolvidas por Perez Luño. Investiga-se, portanto, de que forma o compartilhamento de dados pessoais, previsto pela MP, viola o direito fundamental à intimidade e autodeterminação informativa. Avalia-se também os possíveis efeitos de tal compartilhamento no campo democrático. A pesquisa tem caráter teórico-descritivo e viés qualitativo, proposto em uma perspectiva reflexiva acerca dos riscos das operações de compartilhamento de dados pessoais. Utiliza-se a técnica de pesquisa bibliográfica especializada no assunto. O artigo conclui que a MP 954/2020 não observou os limites constitucionais e legais de proteção à intimidade e ao direito à autodeterminação informativa, à medida que não indicou os mecanismos protetivos necessários ao compartilhamento, assim como não forneceu aos usuários de telefonia a opção de autorizar ou não a transferência dos dados para o IBGE. Ademais, por oferecer potenciais riscos ao próprio equilíbrio democrático, o compartilhamento de dados pessoais deve vir acompanhado de medidas legais e operacionais que assegurem a sua utilização tão somente ao propósito de pesquisas estatísticas ou sanitárias.

**Palavras-chave:** MP 954/2020; dados pessoais; intimidade; autodeterminação informativa; democracia.

- 1 Doutor em Direito do Estado pela faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor em Direitos Humanos e em Teoria Geral da Constituição (Graduação) e em Teoria da Constituição no Centro Universitário do Estado do Pará-CESUPA. Coordenador do Grupo de Pesquisa Inteligência Artificial, Democracia e Direitos Fundamentais. Procurador do Estado do Pará. Advogado. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8183-5920>. E-mail: [elisio.bastos@uol.com.br](mailto:elisio.bastos@uol.com.br).
- 2 Mestranda do Programa de Pós-graduação Stricto Senso em Direito, Políticas Públicas e Direitos Humanos do Centro Universitário do Pará – CESUPA. Membro do Grupo de Pesquisa Inteligência Artificial, Democracia e Direitos Fundamentais. Advogada do Banco do Estado do Pará – BANPARÁ. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7884-2687>.
- 3 Mestranda em Ciência Política no Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UFPA. Pós-Graduada em Direito Digital pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva. Membro do Grupo de Pesquisa em Inteligência Artificial e Direitos Fundamentais da Liga Acadêmica Brasileira de Direito do Estado. Advogada. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3914-6499>.

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

BASTOS, Elísio Augusto Velloso; MIRANDA, Cristina Pires Teixeira de; ESTEVES, Vitória Barros. Compartilhamento de dados pessoais e o combate à pandemia da COVID-19 no Brasil: análise da medida provisória 954/2020. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 4, p. 53-71, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i4.8201>.

## ABSTRACT

Measures to fight against the pandemic caused by COVID-19 are being adopted in several countries. In Brazil, the Provisional Measure 954/2020 was edited, which determined the sharing of Brazilians' personal data to the Brazilian Institute of Geography and Statistics (IBGE) for the purpose of statistical production. This article aims to critically reflect on such sharing in view of the fundamental right to privacy and informative self-determination, for this purpose, it is used, especially, the concepts developed by Perez Luño. Therefore, it is investigated how the sharing of personal data, provided for by the Provisional Measure 954/2020, violates the fundamental right to privacy and information self-determination. The possible effects of such sharing in the democratic field are also evaluated. The research has a theoretical-descriptive character and qualitative bias, proposed in a reflective perspective about the risks of personal data sharing operations. The technique of bibliographical research specialized in the subject is used. The article concludes that Provisional Measure 954/2020 did not observe the constitutional and legal limits to protect privacy and the right to informational self-determination, as it did not indicate the necessary protective mechanisms for sharing, nor did it provide telephone users with the option of to authorize or not to transfer the data to IBGE. Furthermore, because it offers potential risks to the democratic balance itself, the sharing of personal data must be accompanied by legal and operational measures that ensure its use solely for the purpose of statistical or health researches.

**Keywords:** provisional measure 954/2020; personal data; privacy. informative self-determination; democracy.

## 1. INTRODUÇÃO

O mundo encontra-se em meio a uma pandemia global que gerou uma crise de saúde pública que atinge diversos países. Neste cenário, como estratégia de combate à pandemia, surge a necessidade de maior monitoramento da população, considerando que o agente vetor de tal pandemia, popularmente conhecido como novo coronavírus (**SARS-CoV-2**), possui alto poder de transmissão e contágio.

Assim, os governos foram obrigados a adotar estratégias de combate à pandemia, dentre elas: o fechamento de fronteiras, escolas, comércio e demais locais que possibilitassem o fluxo de pessoas e/ou aglomerações. Em alguns países, como China (MOZUR; ZHONG; KROLIK, 2020) e Israel (HAMAGEN, 2020), medidas de coleta, compartilhamento e de controle de dados pessoais dos cidadãos foram adotadas. Tais medidas têm como objetivo fiscalizar e monitorar o estado de saúde dos cidadãos ou mapear o contato da pessoa infectada com os demais indivíduos.

No Brasil, por exemplo, os Estados de São Paulo, Recife e Mato Grosso do Sul têm utilizado dados de geolocalização, através da triangulação de antenas das operadoras de celular, para localizar possíveis aglomerações por toda a cidade (JORNAL NACIONAL, 2020). Tais estratégias revelam, em alguma medida, a possibilidade de violação de direitos fundamentais, como o direito à livre locomoção e à intimidade.

No contexto federal, foi editada a Medida Provisória (MP) 954/2020, que estabelecia o compartilhamento de dados pessoais dos usuários das empresas de telefonia com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a fim de dar suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública causada pela COVID-19.

O propósito geral deste artigo é analisar referida MP 954/2020 e a real possibilidade de que seu exercício pudesse violar desproporcionalmente direitos fundamentais dos cidadãos

brasileiros, especialmente a proteção da intimidade e o direito à autodeterminação informativa. Para tanto, utiliza-se metodologia qualitativa, proposta a partir de uma reflexão teórico-jurídico acerca dos impactos das operações de compartilhamento de dados pessoais. Utiliza-se a técnica de pesquisa bibliográfica especializada no assunto.

Inicialmente, serão analisados o teor da MP 954/2020 e os principais fundamentos materiais apontados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) propostas em face da MP. Após, serão analisados a relevância dos dados pessoais, sua definição e o entendimento de que vivemos, atualmente, numa sociedade de dados; Em seguida, a proteção da intimidade e o direito à autodeterminação informativa como limites constitucionais ao compartilhamento de dados pessoais. Por último, serão vistos quais os riscos do compartilhamento de dados pessoais, quer em face da intimidade e autodeterminação informativa, quer em face da liberdade e autonomia em realizar escolhas, inclusive as de cunho democrático.

A relevância da pesquisa está em delinear os principais limites e riscos ao compartilhamento de dados pessoais no Brasil. Ainda que tal matéria seja considerada recente no ordenamento jurídico pátrio, o movimento é de se construir e consolidar um ambiente seguro para o tratamento de dados no Brasil, seja este realizado pelo próprio Estado, ou pelo setor privado, e até mesmo ambos atores agindo conjuntamente. Antes, porém, o trabalho analisa, como ponto de partida, os principais argumentos materiais expostos durante o julgamento da ADI 6387, proposta em face da MP 954/2020.

## 2. A MP 954/2020 E SUA ANÁLISE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Antes de delinear o conteúdo da MP 954/2020, importa destacar que a referida medida entrou em vigor em 17 de abril de 2020, porém teve seus efeitos suspensos a partir de 24 de abril de 2020, por decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal (STF, 2020a). A medida provisória em questão, após o prazo constitucional, não foi convertida em lei, tendo, portanto, perdido sua vigência e eficácia no ordenamento jurídico pátrio.

No entanto, embora não tenha mais eficácia, a problemática criada em torno da medida se deu por dois motivos: o primeiro relaciona-se ao apressado processo de publicação, sem discussão prévia com a sociedade civil e com atores especializados da área; o segundo, à insuficiência do seu texto acerca do detalhamento dos motivos, operações, e mecanismos de proteção do compartilhamento dos dados. O foco deste trabalho incide justamente sobre este segundo tópico.

Notadamente, a MP 954/2020 tinha como objeto o compartilhamento de dados das empresas de telecomunicações prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) e do Móvel Pessoal (SM) para o IBGE, com o fim declarado de suporte à produção estatística oficial durante a emergência em saúde pública decorrente da COVID-19. Assim, ela previa que as empresas de telefonia deveriam, no prazo de sete dias, contados da data de publicação de Ato do Presidente do IBGE, disponibilizar a esse órgão, por meio eletrônico, a relação dos

nomes, números de telefone e endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas, para fins de realização de entrevistas em caráter não presencial, no âmbito de pesquisas domiciliares (BRASIL, 2020). Com objetivo de questionar a constitucionalidade da referida norma, foram propostas cinco ADIs (STF, 2020a), de autoria do Conselho Federal da OAB (ADI 6387) e dos partidos PSDB (ADI 6388), PSB (ADI 6389), PSOL (ADI 6390) e PCB (ADI 6393). Em 24 de abril de 2020, o STF, por larga maioria de dez votos a favor, deferiu medida cautelar requerida na ADI 6387, suspendendo a eficácia da MP 954/2020 e determinando que o IBGE se abstivesse de requerer a disponibilização dos dados ou sustasse o pedido caso já houvesse feito. No âmbito material, argumentou-se, principalmente, em favor do direito fundamental à privacidade, intimidade e proteção de dados pessoais, na concepção de um direito à autodeterminação informativa.

Em seu voto<sup>4</sup>, a relatora do feito, Ministra Rosa Weber, afirmou que um dos desafios contemporâneos do direito à privacidade (e de seus consectários da intimidade) é precisamente a manipulação de dados pessoais por agentes públicos ou privados. Destacou, ainda, que a MP não satisfaz as exigências constitucionais de proteção à privacidade e à intimidade, e que, ao não descrever finalidades específicas, métodos de tratamento e critérios de eventuais responsabilizações, a Medida não oferece condições necessárias para sua validação (STF, 2020b).

Ressaltou também o risco proveniente da capacidade atual das tecnologias de transformar dados não estruturados em perfis extremamente individualizados dos cidadãos. Conclui que, em momento algum, subestima-se a gravidade do cenário de urgência da crise sanitária nem a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento. O combate à pandemia, todavia, não poderia legitimar o atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição Federal (STF, 2020b).

No mesmo sentido, o Ministro Alexandre de Moraes<sup>5</sup> destacou que a limitação do poder estatal e a observação de limites constitucionais são pilares da democracia, e que qualquer relativização de direitos fundamentais é excepcional, devendo ser feita apenas a partir de hipóteses legais ou judiciais, adequadas, proporcionais e razoáveis. Já os Ministros Celso de Melo e Luís Roberto Barroso reconheceram que os dados estatísticos são importantes para a atividade estatal moderna, inclusive para o enfrentamento da pandemia da COVID-19. Contudo, frente à ausência de elementos que indicassem a efetiva proteção da privacidade dos cidadãos brasileiros, ambos votaram com a Relatora pela suspensão da MP (STF, 2020c).

Os Ministros Luiz Fux e Cármen Lúcia ressaltaram os riscos do compartilhamento dos dados de que trata a MP, destacando, ainda, que a proteção de dados pessoais e o direito à autodeterminação informativa são direitos fundamentais autônomos extraídos da garantia constitucional de inviolabilidade da intimidade e da vida privada (STF, 2020c).

O Ministro Ricardo Lewandowski (STF, 2020c) ratificou integralmente o voto da Relatora e destacou os riscos da vigilância sutil e da consolidação do *big data*. Veja-se:

[...] Nos dias atuais o maior perigo para a democracia não é mais representado por golpes de estados tradicionais perpetrados com fuzis, tanques ou canhões, mas agora pelo progressivo controle da vida privada dos cidadãos

4 Voto em vídeo proferido na sessão virtual do pleno realizada no dia 07/05/2020.

5 Todos os demais Ministros, com exceção da Relatora, Ministra Rosa Weber, manifestaram-se na sessão virtual do pleno realizada no dia 08/05/2020 (STF, 2020c).

levado a efeito por governos de distintas matizes ideológicas, mediante a coleta massiva e indiscriminada de informações pessoais, incluindo de maneira crescente o reconhecimento facial. Esses dados são submetidos a um novo instrumental da tecnologia denominado *big data* que consegue armazenar, interligar e manipular uma enorme quantidade de dados, para o bem ou para o mal. (STF, 2020c)

O Ministro Gilmar Mendes também argumentou que o quadro fático contemporâneo, apesar de excepcional em razão da pandemia da COVID-19, deve ser analisado à luz da Constituição Federal de 1988, e que nunca foi estranho à jurisdição constitucional a ideia de que os parâmetros dos direitos fundamentais devem permanecer abertos à evolução tecnológica. Remontou esse entendimento à decisão do Tribunal Constitucional Alemão de 1983, que declarou nulo dispositivos da chamada “Lei do Censo”, que possibilitavam a coleta, o cruzamento e a transmissão de dados pessoais dos cidadãos alemães. Referido julgamento, segundo o Ministro, já indicava uma concepção dinâmica da privacidade, aberta às referências sociais e aos seus múltiplos contextos de usos (STF, 2020c).

No único voto dissidente, o Ministro Marco Aurélio afirmou que os riscos da MP não poderiam ser presumidos e que não deveria se assumir um mau uso dos dados por parte do IBGE. Por fim, defendeu a necessidade de se aguardar o crivo do Congresso Nacional.

Nota-se, portanto, a partir dos argumentos acima referendados, que o STF, ao analisar o caso da MP 954/2020, já indica a importância de proteção dos pessoais no Brasil, principalmente frente aos riscos para a privacidade dos cidadãos e para o próprio regime democrático, e já o faz antes mesmo da vigência da LGPD. Isso porque a proteção de dados pessoais também tem como base, como bem indicado pelos ministros, o texto constitucional, que aponta a intimidade e a concepção de um direito à autodeterminação informativa como fundamentos desta matéria. Além disso, o STF também destaca a importância coletiva de se proteger os dados pessoais, seja por, no caso concreto, estimar se tratar de dados de milhões de usuários de telefonia, seja por considerar que essa nova realidade informacional/tecnológica atinge ou tem potencial de atingir a coletividade como um todo.

Dessa forma, antes de analisarmos detalhadamente a intimidade e autodeterminação informativa como bases e limites constitucionais para o compartilhamento de dados pessoais, é necessário entender o que são esses dados, como se classificam e qual o grau de relevância destes para as sociedades atuais, denominadas de informacionais, tecnológicas, digitais, dadocêntricas, entre outras terminologias.

### 3. DEFINIÇÃO E RELEVÂNCIA DOS DADOS PESSOAIS: A NOVA SOCIEDADE DE DADOS

A MP 954/2020 previa que as empresas de telefonia privada deveriam compartilhar os nomes, número de telefones e endereços de todos os seus clientes cadastrados. Essa referida iniciativa do Governo Federal reacendeu importantes questionamentos sobre a relevância dos dados pessoais, principalmente sobre operações de tratamento que utilizam informações pessoais dos cidadãos no contexto atual de pandemia.

Antes da internet, a divulgação de dados pessoais ocorria predominantemente em materiais físicos, como por exemplo listas telefônicas. Com a evolução da capacidade computacional e a expansão da rede mundial de computadores, a divulgação de dados pessoais ganhou novos contornos, digitais e eletrônicos.

Quando se fala especificamente em dado pessoal, vincula-se este ao plano da informação<sup>6</sup> e da projeção de uma personalidade. Em outras palavras, opera no campo de identificação pessoal de uma personalidade, por isso sua necessária proteção jurídica. A Lei nº 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), apresenta o direcionamento normativo quanto ao conceito de dados pessoais, definindo-os como todas as informações relacionadas a uma pessoa natural, identificada ou identificável<sup>7</sup>. A LGPD (BRASIL, 2018) traz ainda os conceitos de dados pessoais sensíveis<sup>8</sup>, como aqueles dados que revelam informações de origem racial ou étnica, religião, opinião política, saúde, genética e de ordem sexual, quando relacionados a uma pessoa natural; e dados anonimizados<sup>9</sup>, como dados incapazes de revelar a identidade de uma pessoa.

No que diz respeito aos dados sensíveis, Bioni (2020) lembra que seu conteúdo oferece uma especial vulnerabilidade: a possibilidade de discriminação. Diante dessa condição especial, o compartilhamento dos dados sensíveis deve ser condicionado ao consentimento específico e destacado, e deverá estar vinculado a finalidades específicas.

Boa parte dos dados pessoais têm potencial de se tornarem sensíveis, o que torna a sua proteção ainda mais urgente e necessária. Isso porque, atualmente, algoritmos inteligentes têm a capacidade de identificar dados sensíveis a partir do acesso a dados pessoais não sensíveis. Assim, a partir de dados supostamente banais dos indivíduos é possível obter dados relevantes, que podem ser transformados em perfis comportamentais, que revelam opiniões políticas, dados biológicos, etnia, raças, religião etc.

Precisamente por isso é que os dados pessoais se tornaram insumo de grande importância para a sociedade, quer no aspecto econômico, político ou social. Não à toa, são responsáveis pelo surgimento da “sociedade de dados”. Por sua vez, essa nova forma de organização técnico-social, que se cria em torno dos dados e das informações produzidas pelos próprios indivíduos, porém coletadas, analisadas e controladas por empresas privadas de tecnologia, traz consequências para a vida dos cidadãos, que podem afetar não apenas a sua privacidade, como também toda a coletividade.

Harari (2018) afirma que no século XXI os dados vão suplantar tanto a terra quanto a maquinaria como o ativo mais importante. Nesse cenário, o autor descreve o surgimento do “dataísmo”, uma espécie de religião na qual a produção e circulação livre dos dados formariam o valor preponderante a organizar toda a sociedade e seus fenômenos. Harari (2019) adverte, ainda, que a liberdade de informação passaria a ter nova conotação, vez que sua busca agora ocorre em favor dos dados e não mais em favor do cidadão. Esse intuito de assegurar o livre fluxo de dados se dá, em geral, sob a justificativa de supostos benefícios que tal fluxo pode

6 É necessário evidenciar que, embora ainda sejam tratados como sinônimos, dados e informações não se equivalem (BIONI, 2020). Dados seriam o estado primitivo da informação, que, quando processados e organizados, convertem-se em algo inteligível, podendo ser deles extraído uma informação. Já a informação seria um conjunto de fatos organizados de modo a ter valor adicional ao revelar algo.

7 Art. 5º, I da LGPD (BRASIL, 2018).

8 Art. 5º, II da LGPD (BRASIL, 2018).

9 Art. 5º, III da LGPD (BRASIL, 2018).

trazer ao indivíduo e à sociedade, como por exemplo: melhoramento de pesquisas relativas à saúde, descoberta de novos medicamentos e, em especial, o controle de pandemias.

Os dados, cuja vasta coleta, estavam inicialmente ligados a fins publicitários e ao desenvolvimento de inteligência artificial, agora se tornam o ativo mais importante das sociedades modernas (MOROZOV, 2019). Nelas, as tecnologias de informação e comunicação, em especial a internet, adquirem vital importância, pois permitem a conexão de pessoas, lugares e ideias. Tais novidades relevantes autorizam e exigem, como bem demonstra Lessig (1999), a construção de um código para o ciberespaço, para que as relações lá desenvolvidas sejam permeadas pelos valores que a sociedade escolha, valores esses que, na visão dos autores do presente artigo, precisam ser democráticos, inclusivos e igualitários.

Pois bem, para Leonardi (2012), a internet pode ser definida como uma rede internacional de computadores conectados entre si, sendo um meio de comunicação que possibilita o intercâmbio de informações de toda natureza, em escala global, com nível de interatividade jamais vista anteriormente. Tal noção técnica deixa de revelar um importante ângulo do conceito, de que, em verdade, muito mais do que uma rede de computadores, trata-se de uma rede de pessoas (OLIVEIRA, 2018).

Nesse sentido, Castells (2019) afirma, acertadamente que vivemos numa sociedade em rede na qual tudo está conectado pela internet. Essa “sociedade em rede” é entrelaçada por dados pessoais e informações que possibilitam não só a identificação de qualquer cidadão, mas o conhecimento de suas características, hábitos e comportamentos. Eis o grande risco social, pois é possível, a partir da avançada capacidade computacional, transformar todos esses dados em rigorosos perfis comportamentais. Essa é uma característica atual da conjuntura do *big data*: a possibilidade de transformar dados e informações em padrões.

Autores como O’Neil (2016) indicam que, a partir desses padrões, podem ser até mesmo revelados aspectos íntimos dos indivíduos, tais como ignorância, dor, sofrimento, baixa autoestima e outros estados similares de vulnerabilidade que podem ser utilizados para realizar ofertas de produtos ou pessoas que, “coincidentalmente”, aparecem como uma possível ou certa solução para minorar tais estados. Procura-se o “*pain point*” (ponto da dor) das pessoas, não para curá-lo, mas para aproveitar-se dele (O’NEIL, 2016).

Observa que “em todo o lugar onde se achar a combinação de grande necessidade e ignorância, provavelmente existirá publicidade predatória” (O’Neil, 2016, p. 70). Muitas destas pessoas fragilizadas acessam mecanismos de buscas do Google, por exemplo, revelando sua fragilidade, seus desejos, seus medos, suas convicções, crenças, excitação, sua intimidade e personalidade. Portanto, não há mais dados insignificantes. Qualquer cruzamento entre dados de um indivíduo possibilita, na atual conjuntura tecnológica, a criação de metadados, que servem a diversos interesses, sejam eles o lucro, a eleição de certo candidato, a escolha de certa ideia, produto, medicamento etc.

Além disso, por meio da conexão com a rede, tornou-se mais fácil também vigiar. A sutileza da vigilância moderna está justamente na sua capacidade de ser manter oculta. As pessoas raramente têm conhecimento de que estão sendo vigiadas, quais dados estão sendo registrados e para quais fins. Marx (2005) denominou essa nova forma de vigilância como “*Soft Surveillance*” ou vigilância sutil. Nesse cenário urge refletir acerca da facilidade com que se entrega dados e informações, seja para acessar plataformas e serviços ou até mesmo para se adequar às expectativas sociais de participação da vida online.

Marx (2005) entende que essa voluntariedade é, de certa forma, uma voluntariedade obrigatória. Pois, por exemplo, como acessar o conhecimento disponível na internet sem estar sujeito ao rastreamento e à coleta? Pariser (2012) comenta, inclusive, que essa falsa voluntariedade pode gerar um fenômeno de aprisionamento dos usuários, os quais estão tão presos em determinado serviço que, mesmo que um concorrente apresente um serviço melhor, não vale a pena mudar. Assim, se determinado usuário é membro do *Facebook*, imagine o trabalho que ele teria para migrar todas suas informações para outro site de relacionamento social.

Destaca-se que boa parte dos usuários desconhece que cada atividade *online* ou *offline* deixa um rastro, e havendo poucas opções de não estar sujeito à mecanismos de vigilância sutil, a intimidade deixa de ser regra para ser exceção. A intimidade logo é convertida em uma *commodity*, na qual os dados são a principal moeda de troca. Diante dessa diversidade de fins inerentes à grande circulação de dados pela internet é que o compartilhamento de dados pessoais por empresas privadas para agências ou órgãos do governo ganha grande relevância e notoriedade, tornando-se objeto de enorme preocupação.

Isto posto, mesmo o STF já tendo suspenso os efeitos da MP 954/2020 ou mesmo devido a perda da sua eficácia, pois não foi convertida em lei no prazo legal, trouxe ao debate a real possibilidade de que o IBGE tivesse acesso à relação de milhares de nomes, números de telefone e endereços de consumidores das empresas de telefonia. Os dados de que tratava a MP 954/2020 configuram-se simultaneamente como registro eletrônico e como dados pessoais, uma vez que identificavam brasileiros por intermédio da produção de um banco de dados eletrônicos. Em 2020, a Anatel informou que existem 226,28 milhões de linhas móveis ativas no Brasil e 32,65 milhões linhas de telefone fixos (ANATEL, 2020), contabilizando uma estimativa de 258,93 milhões de possíveis cadastros telefônicos que seriam repassados para o IBGE.

O nome e telefone dos indivíduos podem ser considerados a porta de entrada a dados pessoais sensíveis. Isso porque, por meio do número de telefone é possível ter acesso a aplicativos como o *Whatsapp* e, por conseguinte, a conta de *Facebook*. No ano passado, o *Facebook* solicitou aos seus usuários que cadastrassem o número de celular. Aparentemente, a estratégia denota maior segurança e proteção ao usuário, porém o cadastro do número celular na referida rede social, na realidade, fragiliza e expõe ainda mais o indivíduo (SILVA, 2019).

Ademais, o número de celular permite o acesso aos dados de geolocalização, isto é, possibilita o conhecimento acerca de todos os locais onde o dono do aparelho celular esteve e os trajetos que fez. As conexões realizadas pelos aparelhos, por sua vez, permitem a produção do que os especialistas denominam de mapa de calor, que indica a concentração de celulares em determinada área.

Os dados de geolocalização, especificamente o mapa de calor, têm sido utilizados por diversos países como estratégia de combate ao COVID-19, inclusive por alguns estados brasileiros. Contudo, a MP 954/2020 não indica tal utilização, ou outra finalidade que pudesse resultar em um combate imediato à pandemia, como por exemplo, diminuição da taxa de contágio e transmissão. Apenas informa que necessita dos dados para produção de estatística oficial, com o objetivo de realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares.

Em relação ao endereço, o risco é notável também, principalmente considerando que há um forte nível de segregação sócio territorial no Brasil, com lógicas próprias de apropriação

e de distribuição de renda. O endereço transforma-se, pois, em informação de caráter social relevante. Além disso, é possível extrair informações secundárias do endereço, como a renda familiar. Essa metodologia já é utilizada em pesquisas de saúde pública, por exemplo (Alves; Soares, 2009). Ressalta-se, ainda, o questionamento de que, se as entrevistas anunciadas iriam ser realizadas em caráter não presencial, qual seria a necessidade de compartilhamento do endereço dos cidadãos?

Assim, diante desse cenário, torna-se extremamente preocupante o compartilhamento dos dados pessoais dos cidadãos para a realização de pesquisa por órgãos do governo, sem o devido detalhamento dos métodos, das finalidades específicas e dos mecanismos de proteção e responsabilização por eventuais vazamentos. A preocupação não deve ser entendida como desconfiança dos órgãos estatais, por considerar que eles podem desviar a finalidade para qual os dados serão compartilhados, mas sim em razão de ainda não haver um ambiente seguro para que o compartilhamento aconteça. Entende-se por ambiente seguro aquele respaldado por legislações protetivas, com instituições capazes de operacionalizar e fiscalizar o controle de dados e que possuam um cidadão devidamente educado para o ambiente digital (letramento digital, o que, infelizmente, ainda não é o caso do Brasil).

Quando a Medida estava prevista para ser aplicada, a LGPD (BRASIL, 2018) ainda nem havia entrado em vigor. Contudo, é importante destacar que mesmo com a entrada recente ainda falta ao ordenamento jurídico brasileiro um conjunto de mecanismos que, de fato, possibilitem um ambiente seguro para o compartilhamento de dados pessoais. Nesse aspecto, lembre-se que até o presente momento sequer tiveram início as atividades da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, órgão responsável por fiscalizar as empresas e o Poder Público a quando do tratamento desses dados. Ora, se ainda sequer se possui uma Autoridade Nacional para fiscalizar e adotar as medidas necessárias para a efetiva proteção de dados dos brasileiros, o compartilhamento dos dados pessoais, como pretendia a MP 954/2020, é claramente um risco.

Assim, diante de todos os riscos que envolvem o compartilhamento de dados pessoais, pretendido pela MP 954/2020, faz-se mister uma análise crítica acerca de seu conteúdo e efeitos, especialmente em face dos direitos à intimidade e à autodeterminação informativa. Nesse sentido, o próximo tópico faz uma análise reflexiva acerca do direito à intimidade e sua evolução frente aos avanços tecnológicos e do direito à autodeterminação informativa como direitos que limitam o compartilhamento de dados pessoais de forma ampla e irrestrita. Faz, ainda, uma análise de tais direitos face à Constituição Federal e à LGPD.

#### **4. PROTEÇÃO À INTIMIDADE E À AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA COMO LIMITE CONSTITUCIONAL AO COMPARTILHAMENTO DE DADOS PESSOAIS**

A vigente CR/88 assegura a inviolabilidade do sigilo de dados e comunicações telefônicas, salvo, em último caso, interferências autorizadas por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal,

como bem aponta o artigo 5º, XII da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Essa proteção, evidentemente, deriva do âmbito de proteção do direito à intimidade, o qual ocupa a esfera de proteção dos denominados direitos da personalidade. A construção doutrinária sobre esse conjunto de direitos enfrentou algumas controvérsias ao longo dos anos. A primeira delas refere-se à contraposição entre a tese da unidade e tese da pluralidade.

Segundo Luño (2005), alguns autores defendem a tese da unidade dos direitos de personalidade (personalidade entendida como a qualidade de ser pessoa), ou seja, o estabelecimento de um direito unitário ou geral da personalidade, concebido por intermédio de um marco de referência que englobasse a livre atuação da personalidade em todas suas direções. Tal entendimento se dá na Alemanha, por exemplo, como demonstra Vasconcelos (2019), onde o direito geral de personalidade, expressamente reconhecido pelo texto constitucional, convive com vários direitos especiais de personalidade.

Contudo, perante a CR/88, bem como à luz da Constituição portuguesa, não se verifica a necessidade, sentida na Alemanha, de construir um direito geral de personalidade (VASCONCELOS, 2019), visto que tais textos constitucionais tutelam, expressamente, direitos especiais da personalidade, tais como: vida, integridade física e moral, intimidade, vida privada, honra e imagem, e, de modo não escrito – ou seja, implícitos ou decorrentes – os direitos ao nome, à identidade pessoal, ao livre desenvolvimento da personalidade etc. Para o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, o papel do direito geral de personalidade é cumprido pelo reconhecimento da Dignidade da Pessoa Humana.

Seja como for, aqueles que defendem a unidade do direito à personalidade se veem obrigados a reconhecer de imediato a diversidade de suas manifestações, dotadas de certo status jurídico autônomo. Ao mesmo tempo, aqueles que se inclinam pela concepção pluralista dos direitos de personalidade não podem descartar a existência de um fundamento geral para esse conjunto de direitos, qual seja, a dignidade humana, que representa tanto um fundamento, como ponto de referência para esses direitos (LUÑO, 2005). Todavia, à luz de nosso texto constitucional, como já dito, parece-se mais apropriado tratar do âmbito normativo de cada um dos direitos especiais de personalidade em detrimento da busca pela definição de um direito geral de personalidade. Ao presente estudo será importante a intimidade, razão pela qual tais direitos serão, doravante, analisados.

Nesse sentido, a Constituição de 88, em seu artigo 5º, X, garante como invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Parece desejar tratar, assim, intimidade e vida privada como dois direitos diferentes (BRASIL, 1988). A distinção, todavia, entre intimidade e vida privada não se revela adequada aos novos tempos e nem, muito menos, útil.

O presente trabalho, portanto, adotará as expressões privacidade e intimidade como expressões cujo âmbito normativo é equivalente, ou cuja diferença sutil não justifica tratá-los como algo diverso. Quer isso dizer que, mesmo quando a distinção é feita, ela não se conseguirá revelar materialmente relevante, sendo apenas uma questão de aprofundamento material. Na doutrina brasileira, perfilados a esse entendimento estão Gonet Branco, Luiz Avólio, José Afonso da Silva (Garcia, 2018).

Ademais, se do ponto de vista tradicional o direito à intimidade protegeria a capacidade de autodeterminação pessoal e familiar, garantindo a não interferência de terceiros nos espaços privados e no plano de vida dos indivíduos (Pérez, 2008), é indene de dúvida razoável que,

a partir do momento em que as sociedades se tornaram mais complexas, especialmente com o avanço das tecnologias, a possibilidade de exposição da intimidade a níveis e formas antes inconcebíveis fez surgir a necessidade de uma nova compreensão do que seria o íntimo. Compreensão essa que precisava ser atualizada para proteger também situações, objetos e espaços virtuais.

Luño (2005) afirma que esse era um dilema conceitual, pois manter fidelidade ao primeiro significado do direito à intimidade causaria o risco de torná-lo ineficaz aos novos tempos. Sustentar a exclusividade de uma dimensão interna e isolada da intimidade contrasta com a existência dos indivíduos em sociedade, especialmente suas formas de comunicação coletiva, que integram e socializam o que há de mais íntimo no ser.

As questões que gravitam em torno da disciplina jurídica da intimidade têm perdido seu exclusivo caráter individual e privado, para assumir progressivamente um significado público e coletivo, principalmente com o surgimento da internet e suas complexas redes de socialização. Realocar esses direitos para além do ordenamento privatista e estritamente individual aponta para o reconhecimento da importância de sua perspectiva coletiva. Assim, houve, naturalmente, uma aproximação de ambos os conceitos, pelo que, atualmente, revela-se perfeitamente adequado perceber que o novo conceito de intimidade responde de modo perfeitamente adequado às demandas que anteriormente eram respondidas por intermédio da bifurcação entre privacidade e intimidade.

Contudo, isso ocorre desde que se perceba que a intimidade não poderá mais ser entendida apenas em seu aspecto negativo, clássico, ou seja, como “direito ao isolamento, ao confinamento a si mesmo, ao poder de retirar-se virtual e provisoriamente do mundo e pôr-se dentro de si”, como assevera Morente (1935 apud LUÑO, 2005, p. 355), ou mesmo a “pretenção, liberdade, poder e imunidade de dispor de um âmbito de vida pessoal subtraído de qualquer tipo de intromissão perturbadora ou, simplesmente, indesejadas”, no dizer de Hohfeld (1913 apud LUÑO, 2005, p. 356).

A tal aspecto negativo, é mister que se inclua uma concepção aberta, ativa ou dinâmica, pelo que a intimidade também passa a abranger o direito de conhecer, acessar e controlar as informações que dizem respeito, que são relevantes a cada pessoa (LUÑO, 2005, p. 357). Mais que um estado de auto confinamento, trata-se de uma qualidade que deve permear a relação com os outros, no preciso dizer de Podlech (1984 apud LUÑO, 2005, p. 357), “uma condição ou qualidade social da pessoa”.

Trata-se do núcleo da autodeterminação informativa, o qual já se encontra previsto como fundamento específico da disciplina de proteção de dados pessoais no Brasil, conforme art. 2º, II, da LGPD, enquanto aspecto básico da intimidade (LUÑO, 2005), reconhecido pelo Tribunal Constitucional Alemão como a Liberdade do cidadão em determinar quem, o que e em que ocasião se pode conhecer e utilizar dados que o afetem.

Sampaio (1998, p. 363) afirma que a pessoa, isoladamente ou enquanto ser social, seria um “centro de referência de informações”, pelo que o direito à intimidade consistiria numa gama de faculdades que permitem a seletividade de informações que penetram (*inputs*) e que partem (*outputs*) do campo perceptivo da pessoa.

Segundo Solove (2013), esse instituto surgiu em 1973, quando o Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar dos EUA começou a se preocupar com a crescente onda de digitaliza-

ção de dados. O conceito diz respeito à capacidade do indivíduo de gerenciar seus próprios dados e sua privacidade, como pressuposto para fornecer um consentimento livre e consciente do uso de seus dados. Ou seja, os indivíduos devem ter a capacidade de influenciar de forma efetiva e definitiva sobre como serão utilizados seus dados pessoais.

O autor (SOLOVE, 2013) cita alguns requisitos que foram colocados na época para que fosse possível essa autodeterminação, como: (I) a transparência do sistema de registro dos dados, (II) o direito de contestar os registros, (III) o direito de impedir a utilização de seus dados, (IV) o direito de corrigir os dados e (V) a responsabilização dos utilizadores dos dados, em caso de uso indevido. Dentro dessa adequada amplitude conceitual, a noção de intimidade identifica-se com a própria noção de liberdade, aparecendo, ainda, como uma condição para o convívio democrático (LUÑO, 2005).

Igualmente dentro dessa adequada amplitude conceitual, a intimidade aproxima-se da noção de *privacy* desenvolvida nos Estados Unidos (LUÑO, 2005), que, para além dessas duas dimensões (positiva e negativa), ainda engloba a garantia de respeito às opções pessoais em matéria de associação ou crenças e a liberdade de eleição sem interferências (LUÑO, 2005).

No Brasil, a proteção constitucional da intimidade adquire outro importante aspecto. A Constituição Federal incluiu a intimidade, a honra e a imagem na categoria de bens jurídicos que não foram merecedores nem de restrições imediatas, nem de restrições mediatas. Ou seja, foram garantidos sem que fosse prevista, ao contrário do que ocorre em inúmeros outros casos, a possibilidade de limitação imposta pelo próprio texto constitucional ou mediante lei infraconstitucional devidamente autorizada pelo texto constitucional. Assim, seria razoavelmente questionável o poder do Legislador em limitar um direito que o constituinte expressamente não autorizou que fosse limitado, pelo que tal limite apenas poderia advir do direito constitucional de colisão.

Desta forma, percebe-se que o STF incorporou essa necessidade de tutela eficiente da autodeterminação informativa. Nesse sentido, a decisão que cessou os efeitos da MP já indica o status fundamental das garantias relativas à proteção de dados pessoais e estabelece um novo horizonte paradigmático para casos e medidas futuras, adotadas por entidades governamentais ou privadas, antes mesmo da vigência da LGPD, num nítido reforço ao papel de protagonismo que vem exercendo em relação aos Poderes da República.

A proteção da intimidade e concepção de um direito à autodeterminação informativa são operacionalizadas através dos conceitos trazidos pela própria LGPD, como consentimento, necessidade (atendimento das finalidades específicas) e transparência. O consentimento, por exemplo, está previsto no art. 5º, XII da LGPD (BRASIL, 2018) e é definido como a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”. Logo, operacionaliza a ideia de autodeterminação informativa, ou seja, de controle, pela pessoa, de quais dados e quais informações irão entrar ou sair do seu campo pessoal. É a ideia de que o titular dos dados deve consentir, através do autocontrole de seus dados.

Contudo, o texto da MP 954/2020 em nenhum momento trata de consentimento, de que os usuários de telefonia teriam a chance de consentir sobre o compartilhamento de seus dados cadastrais. Tal ausência se torna ainda mais grave, se for levado em consideração que os dados produzidos pelas entrevistas poderiam ser da categoria de dados sensíveis,

por exemplo, no caso de as respostas revelarem quadros sintomáticos da doença. Referida categoria exige um consentimento específico e destacado, segundo art. 11, inciso I da LGPD (BRASIL, 2018).

A LGPD (BRASIL, 2018) traz uma hipótese em que o tratamento dos dados sensíveis poderia ser realizado sem o consentimento do titular no art. 11, inciso II, alínea C: “realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida sempre que possível, a anonimização dos dados sensíveis”. Logo, a MP 954/2020, se nunca considerou inserir o consentimento naquele compartilhamento, deveria ter previsto ao menos a anonimização dos dados pessoais. Contudo, isso exigiria a mudança dos próprios dados exigidos (relação de nomes, endereços e telefone), além de uma mudança na própria operação de coleta e análise desses dados, hipótese nem levantada pelo texto da Medida.

A necessidade, por sua vez, prevista no art. 6º, inciso III da LGPD (BRASIL, 2018) refere-se à “limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados”. É a ideia de que o tratamento deve utilizar apenas os dados estritamente necessários para a realização da finalidade proposta.

Na circunstância da MP 954/2020, seria o caso do seu texto ter indicado expressamente como todos os dados cadastrais solicitados iriam ser necessários para as entrevistas não presenciais. Inclusive, considerando que o IBGE já possui seu próprio banco de dados institucionais, então a MP deveria ter indicado qual a necessidade atual para a solicitação destes novos dados. Além disso, a necessidade está muito ligada à finalidade, no sentido de entender se aqueles dados são necessários para aquela finalidade. No contexto da pandemia, deveria ter sido indicado detalhadamente como os dados poderiam efetivamente contribuir, de forma imediata, para a vigilância epidemiológica, ou para reunir informações sobre o comportamento da doença. A necessidade visa proteger a esfera da intimidade, para que as interferências nessa esfera sejam apenas nos limites necessários para a realização da finalidade.

Por último, vale ressaltar o princípio da transparência, previsto no art. 6º, inciso VI da LGPD (BRASIL, 2018), que garante aos titulares dos dados, informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento, bem como os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial. Verifica-se que a falta de transparência e a falta de indicação sobre como seria realizado o tratamento foram pontos questionados pelo STF na análise material da MP 954/2020. Isso porque não fora indicado mecanismos de proteção dos dados ou mecanismos de responsabilização para eventuais vazamentos e usos diversos.

Assim, os limites constitucionais do compartilhamento de dados pessoais se baseiam na proteção da intimidade na concepção de um direito à autodeterminação informativa, como bem delineado pelo julgamento do STF. Tais limites dialogam, são detalhados e operacionalizados com os conceitos e princípios previstos pela LGPD (BRASIL, 2018), que vem para fortalecer e disciplinar a proteção de dados pessoais no Brasil.

Ainda que de forma indireta, é possível vislumbrar na decisão do STF a preocupação da Corte de que o compartilhamento de dados pessoais, previsto na MP 954/2020, tenha impactos que ultrapassem a esfera do direito à intimidade e à autodeterminação informativa. Trata-se do risco ao regime democrático, tendo-se em conta a capacidade de transformação dos dados pessoais dos cidadãos em perfis políticos capazes de desequilibrar a tomada de deci-

sões políticas coletivas. Por este motivo, o próximo tópico trata do acesso aos dados pessoais e do risco à democracia, considerando que a posse de informações sensíveis dos cidadãos, tanto por empresas privadas quanto pelo poder estatal, produz riscos ao regime democrático.

## 5. O ACESSO AOS DADOS PESSOAIS E O RISCO À DEMOCRACIA

Nos últimos anos, atores políticos têm utilizado o espaço virtual como um novo meio para atingir eleitores e ganhar apoio político. Possibilidade, iniciada com a televisão, de que as lideranças políticas poderiam se comunicar com o eleitorado de forma direta, sem intermediários, na forma da expressão quase “olho no olho”. Com a internet e as novas plataformas de vídeo, isso também se tornou possível, e de certa forma até potencializado. Entretanto, candidatos também começam a pensar estratégias político-virtual a partir de dados pessoais. Utiliza-se dados pessoais para coletar informações, rastrear probabilidades de apoio eleitoral e até mesmo direcionar comportamentos. Agentes políticos, conjuntamente com empresas privadas de tecnologia, têm sido notificados por essas práticas.

Foi o caso das eleições presidenciais dos EUA em 2016. Na ocasião, a empresa *Cambridge Analytica* usava, a favor o candidato eleito, Donald Trump, o chamado micro-targeting político. A empresa utilizava o máximo de dados individuais possível para criar um perfil psicológico e político dos eleitores, com o intuito de persuadi-los de forma mais eficiente aos fins da campanha de Trump (POLONSKI, 2017). Importante notar que as referidas análises e coordenações de ações políticas por parte da empresa só foram possíveis graças ao imenso volume de dados coletados dos usuários a partir de um aplicativo do Facebook, de testes supostamente informais.

O direcionamento pode ocorrer com tamanha precisão que o eleitor indeciso recebe propaganda política acerca dos temas que lhe são mais sensíveis, prevendo e ao mesmo tempo moldando as suas escolhas políticas. Nesse sentido, o acesso aos dados pessoais dos cidadãos brasileiros sem qualquer medida de proteção ou responsabilização em caso de violação dos direitos dos usuários pode se tornar uma arma poderosa no jogo democrático. Assim, Frazão afirma que:

O conhecimento profundo das características dos usuários, inclusive no que diz respeito às suas fragilidades, pode ser utilizado para toda sorte de discriminações e abusos, além da manipulação de suas emoções, crenças e opiniões para os fins mais diversos, inclusive os políticos (FRAZÃO, 2019, p. 37).

É necessário que haja um balanceamento ético-jurídico nas práticas advindas do ciberespaço, por intermédio de uma análise centrada nos efeitos das ações dentro da esfera privada ou sensível dos indivíduos. Deve-se encarar o avanço tecnológico como uma realidade que tende a se desenvolver mais rápido, talvez, do que a capacidade do Direito em acompanhá-la. No entanto, é papel fundamental do Direito e das instituições jurídicas fiscalizar essas práticas, protegendo os indivíduos de violações que interfiram no exercício de sua autonomia.

Sendo assim:

O Direito, (...), servirá como um canalizador do processamento de dados e demais materialidades tecnológicas evitando uma tecnorregulação nociva à humanidade. Nesse novo papel, é importante que o Direito oriente a produção e o desenvolvimento de Coisas (artefatos técnicos) de forma a serem sensíveis a valores, por exemplo, regulando privacidade, segurança e ética *by design* (MAGRANI, 2019, p. 257).

Afinal, o direito ao autodesenvolvimento individual só pode ser exercido por quem tem controle sobre sua vida, o que pressupõe a autodeterminação informacional, o que, por seu turno, exige um modelo de educação e de condutas voltado para esses novos problemas e fragilidades.

Discutindo ideias para uma melhor proteção do cidadão, em face das novas tecnologias, Helbing *et al.* (2017, tradução nossa) defendem, corretamente, a instituição dos seguintes princípios para nortear a relação com as novas tecnologias:

- (1) Descentralizar a função dos sistemas de informação;
- (2) Apoiar a autodeterminação e participação da informação;
- (3) Melhorar a transparência, a fim de obter maior confiança;
- (4) Reduzir a distorção e poluição da informação;
- (5) Habilitar filtros de informação controlados pelo usuário;
- (6) Apoiar a diversidade social e econômica;
- (7) Melhorar a interoperabilidade e as oportunidades de colaboração;
- (8) Criar assistentes digitais e ferramentas de coordenação;
- (9) Apoiar a inteligência coletiva, e
- (10) Promover o comportamento responsável no mundo digital por meio da alfabetização digital<sup>10</sup>

Para que tais princípios possam atuar, é mister a realização de uma escolha, que não é apenas do indivíduo, mas precipuamente do Estado, no exercício da arte de governar, definindo e implementando prioridades. Em outras palavras, a questão jamais poderá ser enfrentada corretamente sem a instituição e o desenvolvimento de recursos públicos e políticas públicas centrais que determinem o caminho a ser trilhado. Além disso, é fundamental que o Estado incentive e crie medidas que favoreçam a alfabetização digital, uma vez que esta é pressuposto fundamental para que os cidadãos entendam os riscos da violação de sua privacidade, assim como os riscos das dinâmicas de desinformação.

Logo, a atividade estatal deve estar voltada a proteger e não fragilizar os direitos a intimidade e autodeterminação informativa, pois tais direitos quando violados possibilitam que a própria liberdade e autonomia do indivíduo sejam ameaçadas, o que pode comprometer um dos pilares do regime democrático vigente no país, qual seja, o próprio regime eleitoral de escolhas políticas. O debate acerca da proteção desses direitos deve ser estimulado, considerando que as novas tecnologias permitem maior acesso aos dados pessoais e ainda propiciam a sua ampla e irrestrita circulação, o que gera a real necessidade de adequação dos instrumentos de proteção jurídica no ordenamento brasileiro vigente.

10 Tradução livre de: 1. to increasingly decentralize the function of information systems; 2. to support informational self-determination and participation; 3. to improve transparency in order to achieve greater trust; 4. to reduce the distortion and pollution of information; 5. to enable user-controlled information filters; 6. to support social and economic diversity; 7. to improve interoperability and collaborative opportunities; 8. to create digital assistants and coordination tools; 9. to support collective intelligence, and 10. to promote responsible behavior of citizens in the digital world through digital literacy and enlightenment (HELBING *et al.*, 2017).

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas últimas décadas, o avanço da tecnologia transformou quase a totalidade das atividades técnicas, informacionais, científicas, e até mesmo sociais. Com o surgimento da pandemia em 2020, a tecnologia foi utilizada como aliada no “combate ao novo coronavírus”, até porque a velocidade de transmissão e contágio impôs que os Estados fornecessem respostas rápidas a um agente viral, com o qual nunca se havia lidado antes. A análise de dados, nesse contexto emergencial, auxiliou na predição e, eventualmente, na própria tomada de decisão pelos governos. Dentre essas operações, o compartilhamento de dados pessoais foi muito utilizado, como o que fora proposto pela MP 954/2020.

Como delineado durante o julgamento do STF, essas iniciativas, advindas do poder público, devem observar os limites constitucionais, principalmente o respeito à intimidade e o direito à autodeterminação informativa, além dos mecanismos protetivos previsto pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. A MP 954/2020 escolheu a via da desproteção imotivada dos dados pessoais, pois colocou em risco informações da esfera pessoal dos cidadãos brasileiros, sem o devido detalhamento dos métodos, das finalidades específicas e dos mecanismos de proteção e responsabilização por eventuais vazamentos, o que viola a proteção da intimidade, compreendida agora também a partir de uma perspectiva conectiva, digital e eletrônica. Além disso, violou também o direito à autodeterminação informativa, ao não fornecer mecanismos ou opções que permitem os usuários consentirem ou não com a transferência de seus dados.

Diante de um cenário de combate a pandemia, torna-se extremamente preocupante o compartilhamento dos dados pessoais dos cidadãos desta forma desprotegida e insuficientemente motivada. Deve-se ter em mente que os dados pessoais do cidadão são ativos de grande importância e que podem revelar muito mais do que apenas nome, endereço e telefone. Ademais, o controle desses dados, quanto a sua exposição e compartilhamento, deve, necessariamente, ser do indivíduo e não das empresas e/ou do Estado.

Isso porque, para além da lesão à intimidade, o acesso aos dados pessoais pode comprometer o próprio equilíbrio democrático, razão pela qual, ainda que, em tese, possível e compatível com o ordenamento jurídico pátrio, o acesso a tais dados deve vir acompanhado de medidas legais e operacionais que assegurem a sua utilização tão somente ao propósito de pesquisa estatísticas ou sanitárias. O que tornaria a utilização dos dados pessoais legítima e compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, já que a favor da coletividade.

Não à toa, a decisão do STF suspendeu os efeitos da MP 954/2020, por vislumbrar a possibilidade de grave lesão aos direitos fundamentais do cidadão, em especial o direito à privacidade e à autodeterminação informativa, feito que deve ser elogiado, tendo em vista que a LGPD ainda não havia entrado em vigor, e o cidadão, não fosse a suspensão, poderia ter sido gravemente prejudicado.

A pesquisa aqui desenvolvida abordou o teor da MP 954/2020 e a lesão por ela perpetrada aos limites constitucionais e legais à proteção de dados pessoais. Sua limitação refere-se justamente a este campo restrito de análise. Contudo, tais reflexões podem auxiliar na construção de outras pesquisas acadêmicas acerca do tema, seja por correlação ou afinidade, tendo em vista que a tendência é de que cada vez mais o poder público, empresas do

setor privado ou ambos em conjunto utilizem medidas de tratamento de dados pessoais. Por isso, é fundamental que se estimule a consolidação de um ambiente seguro para a proteção de dados pessoais no Brasil, seja por meio de estudos sobre o tema ou na fiscalização de medidas de tratamento de dados pessoais através das autoridades competentes, inclusive aquelas previstas na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

## REFERÊNCIAS

- ALVES, Maria Teresa Gonzaga; SOARES, José Francisco. Medidas de nível socioeconômico em pesquisas sociais: uma aplicação aos dados de uma pesquisa educacional. *Opinião Pública*, Campinas, v. 15, n. 1, p. 1-30, jun. 2009. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762009000100001-&lng=en&nrm-iso](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762009000100001-&lng=en&nrm-iso). Acesso em: 28 jun. 2020.
- AMARAL, Bruno do. Coronavírus: TIM e Prefeitura do Rio assinam acordo para coletar dados de deslocamento. *Teletime*, São Paulo, 23 mar. 2020. Disponível em: <https://teletime.com.br/23/03/2020/coronavirus-tim-e-prefeitura-do-rio-assinam-acordo-para-coletar-dados-de-deslocamento/>. Acesso em: 8 out. 2020.
- ANATEL. Panorama Setorial de Telecomunicações. In: ANATEL. *Relatório anual de gestão*. Brasília, DF: ANATEL, 2020. Disponível em: [https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw\\_9INcO59jtrWc1-S4nfX-SeHrqZ0yJ4y5VQfXUs0tAawmhcxMpvx\\_M5wnV-y55u7TZxpVC1wbPvX8lqe4T93Kolvcrei](https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO59jtrWc1-S4nfX-SeHrqZ0yJ4y5VQfXUs0tAawmhcxMpvx_M5wnV-y55u7TZxpVC1wbPvX8lqe4T93Kolvcrei). Acesso em: 28 de jun. 2020.
- APLICATIVO Coronavírus-SUS vai alertar contatos próximos de pacientes com Covid-19. *Gov.br*, Brasília, jul. 2020. Disponível em: <https://www.hmg.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/47292-aplicativo-coronavirus-sus-vai-alertar-contatos-proximos-de-pacientes-com-covid-19>. Acesso em: 8 out. 2020.
- BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 13 jul. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018*. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 13 jul. 2020.
- BRASIL. Medida provisória nº 954, de 11 de abril de 2020. Dispõe sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 abr. 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm). Acesso em: 19 ago. 2020.
- CASTELLS, Manuel. *A era da informação, economia, sociedade e cultura*. 20. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2019.
- FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção de dados pessoais – Noções Introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato (org.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 23-49.
- GARCIA, Rafael de Deus. Os Direitos à Privacidade e à Intimidade: Origem, Distinção e Dimensões. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*. Pouso Alegre, v. 34, n. 1, p. 1-26, jan./jun. 2018. Disponível em: [https://www.fdsu.edu.br/mestrado/revista\\_artigo.php?artigo=288&volume=34.1](https://www.fdsu.edu.br/mestrado/revista_artigo.php?artigo=288&volume=34.1). Acesso em: 28 jun. 2020.

HAMAGEN. *The Nacional app to fight the spread of Covid-19*. Jerusalém: Ministry Of Health, 2020. Disponível em: <https://govextra.gov.il/ministry-of-health/hamagen-app/download-en/>. Acesso em: 8 out. 2020.

HARARI, Yuval Noah. *21 Lições sobre o século XXI*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus, uma breve história do amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

HELBING, Dirk et al. Will Democracy Survive Big Data and Artificial Intelligence. *Scientific American*, [S. l.], 2017. Disponível em <https://www.scientificamerican.com/article/will-democracy-survive-big-data-and-artificial-intelligence/>. Acesso em: 31 jul. 2019.

JORNAL NACIONAL. Governo de SP usa dados de celulares para localizar aglomerações. *G1*, [S. l.], 8 abr. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/04/08/governo-de-sp-usa-dados-de-celulares-para-localizar-aglomeracoes.ghtml>. Acesso em: 8 out. 2020.

LEONARDI, Marcel. Determinação da Responsabilidade Civil pelos ilícitos na Rede: os deveres dos provedores de serviços de internet. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel J. Pereira dos (org.). *Responsabilidade Civil na Internet e nos demais meios de comunicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book. (Série Gvlaw). Disponível em: <https://lelivros.love/book/download-responsabilidade-civil-na-internet-e-nos-dema-is-meios-de-comunicacao-serie-gvlaw-regina-beatriz-tavares-da-silva-em-epub-mobi-e-pdf/>. Acesso em: 18 out. 2020.

LESSIG, Lawrence. *Code and Other Laws of Cyberspace*. New York: Basic Books, 1999.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion*. Madrid: Tecnos, 2005.

MAGRANI, Eduardo. *Entre dados e robôs: ética e privacidade na era da hiperconectividade*. Porto Alegre: Arquipé-lago Editorial, 2019.

MARX, Gary T. Soft Surveillance: Mandatory Voluntarism and the Collection of Personal Data. *Dissent Magazine*, Philadelphia, v. 52, n. 4, p. 36-43, 2005. Disponível em: <https://www.dissentmagazine.org/article/soft-surveillance-mandatory-voluntarism-and-the-collection-of-personal-data>. Acesso em: 18 out. 2020.

MOROZOV, Evgeny. *Big Tech: A ascensão dos dados e a morte da política*. São Paulo: UBU Editora, 2018.

MOZUR, Paul; ZHONG, Raymond; KROLIK, Aaron. Coronavirus Fight, China Gives Citizens a Color Code, With Red Flags. *NYTimes*, Nova Iorque, 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/03/01/business/china-coronavirus-surveillance.html>. Acesso em: 8 out. 2020.

O'NEIL, Cathy. *Weapons of Math Destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*. New York: Crown Publishing Group, 2016.

OLIVEIRA, Neide M. C. Cardoso de; MORGADO, Marcia. Projeto Ministério Público pela Educação Digital nas Escolas. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da (Org.). *Crimes Cibernéticos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018

PARISER, Eli. *O filtro invisível: O que a Internet está escondendo de você*. São Paulo: Editora Zahar, 2012.

PÉREZ, Xiomara Lorena Romero. El alcance del derecho a la intimidad em la sociedade atual. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, v. 1, n. 21, p. 209-222, dez. 2008. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/499>. Acesso em: 28 jun. 2020.

POLONSKI, Vyacheslav. *Artificial Intelligence Has the Power to Destroy or Save Democracy*. Nova York: Council on Foreign Relations, 2017. Disponível em: <https://on.cfr.org/2RpE1kT>. Acesso em: 20 out. 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Rafael Rodrigues da. Facebook permite busca por número de telefone de usuários na rede social. *Canaltech*. [S. l.], 2009. Disponível em: <https://canaltech.com.br/redes-sociais/facebook-permite-busca-por-numero-de-telefone-de-usuarios-na-rede-social-134075/>. Acesso em: 13 jul. 2020.

SOLOVE, Daniel J. *Nothing to Hide: The False Tradeoff Between Privacy and Security*. New Heaven: Yale University Press, 2013.

STF. *Medida Cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.387 Distrito Federal*. Rel. Ministra Rosa Weber, 24 de maio de 2020a. Disponível em : <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6387MC.pdf> . Acesso em: 18 out. 2020.

STF. *Pleno: dados de usuários de telefonia*. [S. l.: s. n.], 2020b. 1 vídeo (172 min). Publicado pelo canal STF. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=84M0nOQhQXo>. Acesso em: 8 out 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Supremo começa a julgar compartilhamento de dados de usuários de telefonia com o IBGE. *STF*, Brasília, 2020c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442823>. Acesso em: 18 out. 2020.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direitos de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2019.

#### **Dados do processo editorial**

- Recebido em: 19/08/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 28/08/2020
- Avaliação 1: 28/09/2020
- Avaliação 2: 28/09/2020
- Decisão editorial preliminar: 29/09/2020
- Retorno rodada de correções: 21/10/2020
- Decisão editorial/aprovado: 25/10/2021

#### **Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

# NO LAR, A “PANDEMIA DAS SOMBRAS”: REFLEXÕES BIOPOLÍTICAS SOBRE A VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES EM TEMPOS DE COVID-19 NO BRASIL

AT HOME, THE “SHADOW PANDEMIC: BIOPOLITICAL REFLECTIONS ON VIOLENCE AGAINST WOMEN IN COVID-19 TIMES IN BRAZIL

*“ELA ERA. TAL QUE ASSIM DESENCANTAVA, NUM ENCANTO TÃO TERRÍVEL; E LEVANTEI A MÃO PARA ME BENZER — MAS COM ELA TAPEI FOI UM SOLUÇAR, E ENXUGUEI AS LÁGRIMAS MAIORES. UIVEI. DIADORIM! DIADORIM ERA UMA MULHER. DIADORIM ERA MULHER COMO O SOL NÃO ACENDE AS ÁGUAS DO URUCUIA, COMO EU SOLUCEI MEU DESESPERO.”*

(ROSA, 1986, p. 530)

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH<sup>1</sup>  
EMANUELE DALLABRIDA MORI<sup>2</sup>  
TATIANA DIEL PIRES<sup>3</sup>

## RESUMO

O presente artigo desenvolve uma reflexão acerca do tema da violência contra as mulheres no Brasil, a partir de uma perspectiva crítica que entrelace estudos de gênero, biopolítica e a realidade prática das redes de atendimento a mulheres e suas lacunas. Questiona-se: a partir da análise dos altos índices de violência contra as mulheres no Brasil – que têm aumentado ainda mais no período em que o país enfrenta uma grave crise de saúde em razão da pandemia da Covid-19 – a atenção dada à temática perpassa pela esfera pública, abordando-a como uma questão de saúde pública, ou segue sendo discutida enquanto questão afeta ao âmbito privado? O que se registra é que, embora haja previsões para a realização de um efetivo combate ao problema, em muitos sentidos elas permanecem apenas como medidas formais, sendo que no próprio âmbito da rede de proteção à mulher são identificadas inúmeras lacunas no atendimento prestado. A realidade das relações sociais, por outro lado, demonstra a permanência de profundas desigualdades de

1 Doutor em Direito Público (UNISINOS). Professor do Curso de Direito da UNIJUÍ. Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos - da UNIJUÍ. Líder do Grupo de Pesquisa Biopolítica & Direitos Humanos (CNPq). Pesquisador Gaúcho – Edital FAPERGS nº 05/2019. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/0354947255136468>. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-7365-5601>. E-mail: [madwermuth@gmail.com](mailto:madwermuth@gmail.com).

2 Bacharel em Direito pela UNIJUÍ; Mestranda em Direitos Humanos pela UNIJUÍ; Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos; Bolsista CAPES. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-8430-7207>.

3 Mestranda em Direitos Humanos pela UNIJUÍ. Cursa Especialização em Direito Processual Civil na Faculdade Dom Alberto de Santa Cruz do Sul. Graduada em Direito pela Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos. Bolsista CAPES. ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0003-1938-1926>.

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

AZEVEDO, Jordano Soares. Em defesa da ampliação do campo de incidência do direito empresarial no contexto da pandemia do novo coronavírus: pela concessão da recuperação de empresas a outros agentes privados. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 4, p. 72-93, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i4.8236>.

gênero, que, aliadas a outras assimetrias, contribuem para uma distribuição desigual do direito à vida em relação às mulheres, já que muitas convivem com opressões que produzem suas vidas como vidas nuas ou meras vidas, fenômeno que resta evidenciado no atual cenário pandêmico diante do agravamento da subnotificação das violações, principalmente as ocorridas em ambiente doméstico. O método de abordagem é o hipotético-dedutivo, em uma pesquisa do tipo exploratória, com a adoção de procedimentos tais como seleção da bibliografia que forma a base teórica e análise de pesquisas que tratam sobre a realidade prática da violência contra a mulher no Brasil.

**Palavras-chave:** biopolítica; gênero; relações de poder; saúde pública; violência contra a mulher.

## ABSTRACT

*The following article develops a reflection on the subject of violence against women in Brazil from a critical perspective that interlaces gender studies, biopolitics and the practical reality of the care network for women and its weaknesses. Given the high levels of violence against women in Brazil, and, particularly, the massive increase of cases during the coronavirus pandemic, it is questioned if the attention given to the topic is considered in the public sphere as a matter of public health, or continues to be discussed as an issue related to the private sphere. The research reveals that, although there are legal instruments to carry out an effective fight against the problem, they remain, in many respects, just as formal measures, and, in the care network for women itself it is possible to identify deficiencies in the service provided. The reality of social relations demonstrates, on the other hand, the continuity of profound gender inequalities, which, combined with other asymmetries, contribute to an uneven distribution of the right to life with regard to women, since many live with oppressions that produce their lives as naked or mere lives. This fact is emphasized by the current pandemic situation, in which occurs a worsening of underreporting of the violations, mainly those suffered in domestic environment. The method of approach is the hypothetico-deductive in an exploratory research that adopts proceedings such as selection of the bibliography to the theoretical basis and the analysis of researches about the practical reality of violence against women in Brazil.*

**Keywords:** biopolitics; gender; power relations; public health; violence against women.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

**Caso 1:** Marina Mirtes, aos 57 anos, relembra da época em que trabalhava como cabeleireira autônoma. Atualmente, não consegue reunir forças para a execução de nenhum trabalho. Vive em meio a contas atrasadas: aluguel, água, luz... Sua alimentação é restrita a feijão e arroz. Sua realidade atual é muito diferente daquela vivida há seis anos atrás, quando foi agredida pelo ex-namorado com golpes de martelo na cabeça, que quase a levaram à morte<sup>4</sup>.

**Caso 2:** Geziane Buriola, com 33 anos, vive da ajuda de parentes, inclusive para realizar tarefas básicas, como pentear os cabelos. Até 2017 ela atuava como empregada doméstica. Foi quando teve ambas as mãos decepadas, a facção, pelo então namorado. Ela tentou evitar ser atingida no pescoço, levando às mãos à frente para se proteger daquele que seria um golpe fatal<sup>5</sup>.

**Caso 3:** Bárbara Penna, 24 anos, convive com a saudade dos filhos, em meio a infindáveis cirurgias reparadoras – mais de duzentas – na cabeça, no olho, nas pálpebras, no pescoço,

4 Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50543503>. Acesso em: 11 fev. 2020.

5 Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/01/16/violencia-domestica-elas-sobreviveram-mas-ficaram-com-grandes-sequelas.htm>. Acesso em: 11 fev. 2020.

no braço, na axila, colocação de prótese na perna. Em 2013, ela teve 40% do corpo queimado, além de vários ossos quebrados, após o ex-companheiro ter ateadado fogo ao seu corpo e a empurrado do terceiro andar do prédio onde morava. Quando acordou do coma induzido, depois de quatro meses, descobriu que seus filhos tinham morrido asfixiados pela fumaça<sup>6</sup>.

**Caso 4:** Maria Elizabeth Rosa Pereira, 65 anos, foi morta no dia 17 de abril de 2020, com um tiro nas costas na casa do companheiro, um Policial Militar da reserva. Maria Elizabeth é uma das 21 mulheres que tiveram o feminicídio consumado no Rio Grande do Sul, durante o período de isolamento em decorrência da pandemia de Covid-19<sup>7</sup>.

**Caso 5:** Confinada em casa para se proteger da Covid-19, R. (nome não divulgado na reportagem) espalhou embalagens de álcool em gel pela casa para reforçar a higienização. Contudo, jamais imaginou que tal substância quase lhe causaria a morte. Em uma discussão com o namorado, ele jogou álcool gel em seu corpo e só não ateu fogo porque vizinhos do casal ouviram os barulhos e acionaram a polícia que conseguiu chegar antes que o pior acontecesse<sup>8</sup>.

Cinco casos. Cinco corpos femininos trucidados pela violência doméstica. Cinco vidas femininas que assumem uma dimensão espectral mesmo que a morte tenha sido adiada. Cinco exemplos do que, nos limites deste estudo, serão abordados a partir da – necessária – consideração da violência doméstica como um problema de saúde pública no Brasil.

Preliminarmente, convém salientar que o Brasil se encontra na quinta posição do *ranking* mundial – em um grupo composto por 83 países com dados homogêneos – no que se refere à violência doméstica, conforme o último levantamento realizado (WAISELFSZ, 2015). Desse modo, torna-se urgente e necessário refletir sobre o modo como esta temática tem sido abordada em nossa sociedade, considerando que ainda relegada ao âmbito do “privado” – como se o velho jargão “em briga de marido e mulher não se mete a colher” tivesse, em pleno século XXI, plena vigência.

O artigo busca responder à seguinte problematização: a partir da análise dos altos índices de violência contra as mulheres no Brasil – que têm aumentado ainda mais no período em que o país enfrenta uma grave crise de saúde em razão da pandemia da Covid-19 – a atenção dada à temática perpassa pela esfera pública, abordando-a como uma questão de saúde pública, ou segue sendo discutida enquanto questão afeta ao âmbito privado? Como hipótese inicial tem-se que, embora haja uma verdadeira “epidemia” de violência contra as mulheres em curso há longa data no país, essa ainda não é uma questão tratada e discutida no espaço público com a seriedade exigida. Isso porque se evidencia na sociedade brasileira – estrutural e culturalmente falando – profundas diferenças nas relações sociais responsáveis pelo aprisionamento de milhares de mulheres em situações de violência e opressão no âmbito doméstico. Neste cenário, a violência doméstica ainda não é assumida no país como um problema que diz respeito à sociedade como um todo – como um problema da esfera pública e, portanto, *político* – mas como uma temática que diz respeito ao âmbito privado.

O artigo encontra-se estruturado em duas seções, que correspondem, respectivamente, aos seus objetivos específicos: na primeira seção, a partir do marco teórico descortinado

6 Disponível em: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/07/quero-ser-feliz-diz-jovem-que-perdeu-2-filhos-e-teve-corpo-queimado-pelo-ex.html>. Acesso em: 22 jul. 2020.

7 Disponível em <https://ponte.org/feminicidios-aumentam-durante-quarentena-no-rio-grande-do-sul/>. Acesso em: 31 ago. 2020.

8 Disponível em <https://ponte.org/me-vi-dormindo-com-um-monstro-relata-vitima-de-violencia-domestica-ameacada-com-alcool-em-gel/>. Acesso em: 31 ago. 2020.

pela biopolítica e pelos estudos de gênero, aborda-se: a) a posição ocupada pelas mulheres em uma sociedade marcada por grandes desigualdades estruturais, dentre as quais a desigualdade de gênero ocupa espaço privilegiado; b) o sistema legal de proteção às mulheres estruturado no Brasil e os números da violência doméstica perpetrada no país; na segunda seção, procura-se evidenciar que é fundamental cambiar paradigmaticamente a perspectiva de análise do tema, a fim de que a violência doméstica passe a ser efetivamente compreendida como uma questão de saúde pública e, por consequência, política.

O método de pesquisa utilizado é o hipotético-dedutivo, alicerçado em pesquisa de caráter bibliográfico e análise de dados. Os procedimentos adotados envolvem, além da seleção da bibliografia que forma a base teórica deste estudo, também a leitura de pesquisas estatísticas e pesquisas que se debruçaram a estudar estratégias e procedimentos adotados, especialmente por profissionais da saúde, quando da constatação de mulheres em situação de violência.

## 2. ESPAÇOS NEGADOS SOB A PERSPECTIVA BIOPOLÍTICA E DOS ESTUDOS DE GÊNERO: ONDE A MULHER PODE HABITAR?

A violência doméstica perpetrada contra a mulher pode ser compreendida como uma das facetas da violência estrutural – e, portanto, estruturante – das relações sociais no Brasil. Os estudos de gênero evidenciam como as marcas de uma sociedade patriarcal<sup>9</sup> projetam a mulher como um corpo de menor valor na escala social, evidenciando um processo de produção diferenciada de masculinidade e de feminilidade (SEGATO, 2005).

A teia de relações de poder imbricadas neste sistema é complexa e exige que pelo menos dois pontos fundamentais sejam levados em consideração: um deles é o exercício do poder em sua microfísica – anátomo-política dos corpos, na léxica foucaultiana; o outro é o poder em sua dimensão macro, exercido em nível de população – ou biopoder/biopolítica, conforme os estudos foucaultianos da segunda metade da década de 1970 do século passado. Essa passagem/sobreposição da anátomo-política dos corpos para a biopolítica decorre diretamente do modo como Foucault (2003) compreendia a noção de poder: não como algo passível de localização em um único ponto, tampouco de polarização segundo uma única forma de tensão social, mas como algo absolutamente relacional e presente em toda a tessitura social, atravessando indistintamente Estado e sociedade civil. Implicada nessas relações está também a produção de saberes. Logo, exercício de poder e produção de saber são processos conectados: “as relações de poder irão desencadear a produção dos saberes, donde a impossibilidade, na perspectiva foucaultiana, de um poder desvinculado do saber, e vice-versa.” (LUSTOSA, 2013, p. 54).

9 A utilização do termo “patriarcado” não é livre de polêmicas. Conforme explica Miguel (2014), dentro da teoria feminista existem autoras que entendem que mais correto seria a utilização da expressão “dominação masculina”, pois o termo “patriarcado” faria referência a outro tipo de organização política, relacionada ao absolutismo, e, portanto, inadequada às configurações atuais. Neste estudo, contudo, optou-se pela utilização do termo “patriarcado” (e suas variações), com o sentido uma conformação social que engloba a dominação masculina e perpetua as desigualdades.

A utilização de discursos – ou seja, a explicitação de relações do tipo saber/poder – legítima, historicamente, ações direcionadas ao corpo feminino, à sua liberdade e à sua sexualidade. Foucault (1978) salienta como, no século XVIII, a noção de *histeria* (enquanto doença típica dos corpos femininos) era utilizada para suprimir a falta de conhecimento médico sobre uma determinada doença – tal qual o conceito de “loucura” era empregado em situações congêneres. Nesse sentido, “a noção de histeria recolhe todos os fantasmas – não daquele que é ou que se crê um doente, mas do médico ignorante que faz de conta que conhece a situação”. (FOUCAULT, 1978, p. 309).

Foucault demonstra, então, como mesmo a falta de um conhecimento específico pelos médicos – majoritariamente homens – sobre os corpos femininos é convertida em saber – uma espécie de “saber englobante” sobre a histeria – que gera uma série de mecanismos de poder que afetam diretamente as mulheres. É somente *a posteriori* que a classificação de doenças tais como a histeria e a hipocondria como doenças mentais cria uma nova categoria, também englobante: a loucura (FOUCAULT, 1978). Atente-se, aqui, para o fato de que a própria história da psiquiatria configura-se, em suma, como uma história dos discursos dos psiquiatras homens sobre mulheres loucas (ZANELLO, 2018).

Como salienta Martins (2004, p. 111), ao longo do século XIX, diferentes “saberes” médicos (obstetras, ginecologistas, legistas, etc) “usaram os resultados de experiências anatomo-fisiológicas para fundamentar suas teorias sobre a organização nervosa do corpo feminino, em sistema de rede, ligando ovários e útero através de gânglios e nervos ao eixo cérebro-espinhal.” As interpretações ideológicas dadas a tal organização conduziram à constatação de que “na mulher este sistema era instável, marcado pelo desequilíbrio e que, portanto, qualquer excitação periférica – sempre de origem sexual – poderia perturbar o frágil equilíbrio do sistema e causar problemas psíquicos”, os quais poderiam variar de uma mera dor de cabeça até “estados melancólicos, manifestações históricas e delírios que podiam levar as mulheres a cometerem atos contrários à sua vontade, como o infanticídio e o suicídio”.

Outro acontecimento histórico que deve ser destacado a fim de se atentar ao fato de como o corpo da mulher sempre foi objeto de controle é o fenômeno da caça às bruxas, objeto de amplo estudo realizado por Federici (2004), cujo ápice se deu entre os anos de 1580 e 1630 (RODRIGUES; ARAÚJO, 2019). Federici (2004, p. 337-338) destaca que a caça às bruxas foi um fato histórico e político marcado por uma verdadeira guerra contra as mulheres, por meio da qual se engendrou uma “tentativa coordenada de degradá-las, demonizá-las e destruir seu poder social”, na medida em que foi “precisamente nas câmaras de tortura e nas fogueiras, nas quais as bruxas morreram, onde se forjaram os ideais burgueses de feminilidade e domesticidade”. Esse poder social constituía-se justamente no fato de que a bruxaria se tratava de um “movimento social e político de mulheres, voltado para a construção de um modo de vida e de produção de saber próprios e não mais submisso ao patriarcado” (RODRIGUES; ARAÚJO, 2019, p. 499).

Isso explica, inclusive, por que “muitos dos intelectuais da Renascença e dos líderes da Reforma estavam entre os mais vigorosos defensores da crença em bruxaria diabólica.” (RUSSELL; ALEXANDER, 2019, p. 92). Com efeito, “em tempos de deslocamento e dissolução dos valores, a feitiçaria e a bruxaria também podem funcionar como catalisadoras de um foco e um nome concreto para inquietações difusas.” E, em um contexto tal, “a criação de bodes expiatórios se torna intensa e amplamente difundida, como ocorreu na Europa durante a caça

às bruxas, quando as inseguranças e os terrores da sociedade foram projetados sobre certos indivíduos que então eram torturados ou mortos." (RUSSELL; ALEXANDER, 2019, p. 22-23).

Essas análises remetem à existência de um controle muito específico – e longo – dirigido aos corpos e às subjetividades femininos. Investigar esse campo em uma abordagem que entrelace o marco teórico biopolítico com os estudos de gênero, nesse sentido, confere ao debate novas possibilidades de interpretação e análise. Tomando como ponto de partida o entendimento de Foucault (2005) a respeito da biopolítica, tem-se que se trata de uma nova tecnologia de poder surgida a partir de meados do século XVIII, por meio da qual há uma mudança no exercício do poder soberano: "Pode-se dizer que o velho direito de *causar* a morte ou *deixar* viver foi substituído por um poder de *causar* a vida ou *devolver* à morte" (FOUCAULT, 2005b, p. 130).

E, nessa imbricação, "a sexualidade – dispositivo construído para governar as forças do ser vivente – é o ponto de intersecção entre o indivíduo e a espécie, entre o corpo com a sua anatomia e a população com os seus processos biológicos de espécie." (BAZZICALUPO, 2017, p. 44). Compreende-se, assim, os motivos pelos quais "o sexo se tornou alvo de toda uma disputa política a partir do século XIX", na medida em que "ele se tornou o foco do disciplinamento do corpo individual e dos fenômenos vitais da população, permitindo o acesso dos poderes à vida da espécie humana", de modo que a sexualidade – ou o dispositivo da sexualidade, na léxica de Foucault – transforma-se em chave de "análise da produção da individualidade e da coletividade no mundo contemporâneo." (DUARTE, 2010, p. 222-223). O sexo, como assevera Foucault (2012, p. 181), é "o gonzo entre a anatomopolítica e a biopolítica, ele está na encruzilhada das disciplinas e das regulações", razão pela qual ele se tornou, "no final no século XIX, uma peça política de primeira importância para fazer da sociedade uma máquina de produção."

Com efeito, a partir desse movimento,

medicina, clínica e psiquiatria desempenham uma função de organização social decisiva, fornecendo, além de técnicas de controle da população frente a emergências epidemiológicas ou a pragas sociais como o alcoolismo, também instrumentos de classificação que não possuem um caráter individualizante, mas estatístico, de grupos, de populações – termo crucial tanto biológico como sociológico – de risco, a serem marginalizadas ou corrigidas de maneira funcional pela saúde pública (BAZZICALUPO, 2017, p. 42).

Ocorre que esse deslocamento não gera uma diminuição, mas sim um aumento da violência: "tal cuidado da vida trouxe consigo a exigência contínua e crescente da morte em massa, visto que é no contraponto da violência depuradora que se podem garantir mais e melhores meios de vida e sobrevivência a uma dada população." (DUARTE, 2010, p. 226-227). O paradoxo dessa questão é explicado pelo racismo, que passa a ser incorporado como condição para que se exerça o direito de matar, já que é ele que permite que se façam contínuas cesuras no corpo da população, estabelecendo quais raças serão consideradas boas ou más, atuando sobre (ou simplesmente viabilizando que se "deixe morrer") a raça considerada inferior. A concepção biológica do corpo social, a partir do século XIX, é responsável, portanto, por uma transformação decisiva na natureza do próprio racismo, na medida em que ele "deixa de ser mero ódio entre raças ou expressão de preconceitos religiosos, econômicos e sociais para se transformar em doutrina política estatal, [...] em instrumento de justificação e implementação da ação mortífera dos Estados." (DUARTE, 2010, p. 228). A filosofia de Foucault aponta, nesse sentido, para a existência de um "racismo exercido no interior da própria sociedade e contra

ela mesma, um ‘racismo interno’, o da purificação permanente, que será uma das dimensões fundamentais da normalização social.” (DUARTE, 2010, p. 229).

A esse funcionamento do Estado que necessita do racismo interno para operar cesuras no corpo da população, Wermuth e Nielsson (2016, p. 10) acrescentam um outro mecanismo: o sexismo. Isso porque, a partir do sexo, pode-se afirmar que, da mesma forma como ocorre com o racismo, uma sociedade patriarcal consegue estabelecer uma “hierarquização das vidas humanas a partir de diferenças biológicas”. Assim, torna-se possível perceber como “a política do sexo se integrará no interior de toda essa política da vida”, na medida em que “o sexo é que garante a reprodução das populações” e é “com uma política do sexo que podemos mudar a relação entre natalidade e mortalidade.” (FOUCAULT, 2012, p. 181).

Na contemporaneidade, o filósofo italiano Giorgio Agamben tem se debruçado sobre o conceito de biopolítica foucaultiano, agregando novos elementos à análise, a partir do conceito de “vida nua”. Em Agamben, “o simples viver, objeto do biopoder, é o fundamento da política desde a sua origem, e o é enquanto *vida nua*, capturada pelo poder político na modalidade específica da exceção.” (BAZZICALUPO, 2017, p. 97). A vida nua designa uma vida fendida, separada da *bíos*, que, para os gregos, era a vida qualificada, em contraposição à *zoé*, vida comum a todos os seres vivos cujo *lócus* é o *oikos* (a casa), e não a *pólis* (cidade). O problema da vida nua é que ela é uma vida matável, cujo símbolo é o *homo sacer*, emblemática figura recuperada por Agamben do direito romano arcaico, que era o ser duplamente excluído: tanto do direito humano, pois poderia ser morto impunemente por qualquer pessoa, quanto do direito divino, pois já não poderia ser sacrificado na forma dos rituais. Nesse sentido, “o ato fundador da política não é uma simples transformação da vida natural, mas a constituição de uma *vida nua* – ou seja, uma vida que não é apenas *natural*, mas que é *tomada fora* na relação com o poder e mantida sob ele.” (BAZZICALUPO, 2017, p. 97).

Nesse contexto, o âmbito de realização máxima da biopolítica e da produção de vida nua é o campo (paradigma formulado a partir da análise dos campos de concentração criados no nazismo). Para Agamben (2002), o campo designa o local no qual a exceção pode ser realizada de forma estável, onde tudo se torna possível, eis que a lei é integralmente suspensa. O campo, em Agamben, é, pois, “um lugar novo, um novo regulador da comunidade”, configurando-se como “o emblema de que o sistema não pode funcionar sem se transformar em máquina letal; é o emblema da crise da política e a matriz e ‘solução’ da própria crise.” (BAZZICALUPO, 2017, p. 103).

A filosofia agambeniana coloca em pauta, deste modo, a problemática da inscrição da vida – enquanto “vida nua” – nos mecanismos e cálculos do poder, tensionando, com isso, diversos mecanismos em curso na sociedade atual<sup>10</sup>. Nesse sentido, realizar essa análise permeada por questões de gênero é importantíssimo para aprofundar a reflexão, na medida em que tanto Foucault quanto Agamben não adentraram nesse viés, mesmo que suas pesquisas tenham sido apropriadas como categorias analíticas para o estudo das profundas opressões e violências de gênero que são características de diversas sociedades, dentre elas a brasileira.

Nesse sentido, os estudos de Perrot (2015, p. 76) exemplificam a possível aproximação entre teorias de Foucault e de gênero, pois a autora retrata que “corpo desejado, o corpo das

10 Das quais o questionamento, realizado por Agamben em uma retomada das reflexões de Hannah Arendt, a respeito da (in) eficácia das declarações de direitos, que falharam todas as vezes em que foram chamadas a agir para proteger pessoas unicamente com base em sua condição de seres humanos (AGAMBEN, 2015), é exemplo representativo.

mulheres é também, no curso da história, um corpo dominado, subjugado, muitas vezes roubado, em sua própria sexualidade". Da mesma forma, Martins (2004) permite compreender essa "captura" dos corpos femininos pela medicina nos séculos XIX e XX – debate este atualizado para a contemporaneidade por Faya-Robles (2015) e Vieira (2002).

A construção de um campo teórico de investigação da violência de gênero, dentro da perspectiva aqui esboçada, se afigura, portanto, como uma das conquistas do movimento feminista. Com efeito, a partir de 1980, no Brasil, este movimento foi responsável pelo estabelecimento de "uma nova área de estudos e ação, abrindo-se um espaço cognitivo novo, e sobretudo uma abordagem política singular, levando à criação de serviços públicos especializados e leis particulares" (BANDEIRA, 2014, p. 449). Bandeira (2014, p. 449) salienta que isso somente foi possível na medida em que foi sendo desconstruída a ideia de que "o aparato sexual era inerente à natureza das mulheres e dos homens, colocando as concepções acerca dos sexos fora do âmbito biológico e as inscrevendo na história". Além disso, foi fundamental a desconstrução da ideia de que "a violência contra a mulher está ligada aos significados atribuídos, de modo essencializado, à masculinidade, à feminilidade e à relação entre homens e mulheres em nossa cultura", a fim de evidenciar que se trata de um tipo de violência que advém não de um posicionamento que visa a aniquilar um outro considerado igual, mas que se pauta justamente na desigualdade baseada no sexo (BANDEIRA, 2014).

Tal situação é vivenciada por inúmeras mulheres quando ocorre a prática da violência por parte de homens próximos, com os quais possuem alguma relação de afeto e os quais, justamente por se sentirem ameaçados no exercício do poder patriarcal, praticam os atos violentos com a intenção de reforçar o exercício do seu poder – de subjugação – sobre a vítima. Para Saffioti (2004, p. 71) essa relação de poder que coloca o homem em uma situação superior e, conseqüentemente, a mulher em condição de submissão, "longe de ser natural, é posta pela tradição cultural, pelas estruturas de poder, pelos agentes envolvidos na trama de relações sociais", na medida em que "nas relações entre homens e entre mulheres, a desigualdade de gênero não é dada, mas pode ser construída, e o é, com frequência".

É nesse cenário que se destaca a necessidade de se pensar o espaço do lar, o âmbito doméstico, em uma perspectiva que contrapõe o espaço público e o espaço privado, amplamente problematizada pelos estudos feministas, a partir do momento em que evidenciam que a conformação histórica entre a esfera pública e a privada não produz relações igualitárias entre homens e mulheres, e que esta diferenciação, ademais, não é algo "natural" (BIROLI, 2014). De acordo com Biroli (2014, p. 32), "na modernidade, a esfera pública estaria baseada em princípios universais, na razão e na impessoalidade, ao passo que a esfera privada abrigaria as relações de caráter pessoal e íntimo". De acordo com essa diferenciação, o espaço da mulher seria, naturalmente, o privado (seria o mesmo *oikos*, referido por Agamben – o espaço da *zoé*?), já que os estereótipos de gênero atribuem às mulheres uma série de papéis, dentre eles a "dedicação prioritária à vida doméstica e aos familiares", os quais "colaboraram para que a domesticidade feminina fosse vista como traço natural e distintivo, mas também como um valor a partir do qual outros comportamentos seriam caracterizados como desvios" (BIROLI, 2014, p. 32).

Nesse sentido, os atos violentos praticados por homens contra as mulheres – como os casos descritos na introdução deste estudo – possuem um viés social e cultural muito forte, em razão dessas construções culturais dos papéis, segundo as quais o homem deve ser forte,

dominador, agressivo e, em contrapartida, a mulher deve ser dócil, submissa e apaziguadora. Essas construções sociais repercutem em atos individuais de violência que, por sua vez, se inserem dentro de um contexto maior – aquele em que o próprio Estado é racista e, dentro da presente proposição, também *sexista*. Por isso a violência acontece majoritariamente nos casos nos quais a masculinidade e a virilidade do homem são ameaçadas ou, ainda, quando observada a tentativa por parte da mulher de romper com esse “padrão ideal”. Nestas circunstâncias, o homem entende que possui o poder – natural e legítimo – de dominar, controlar e punir o corpo feminino (BRAVO, 2019). Sendo assim, Bandeira (2014, p. 259) aponta para o fato de que a violência de gênero, gerada em relacionamentos afetivos, ou praticada no espaço doméstico, privado, também evidencia a existência desse “controle social sobre os corpos, a sexualidade e as mentes femininas” demonstrando, ao mesmo tempo, “a inserção diferenciada de homens e mulheres na estrutura familiar e societal, bem como a manutenção das estruturas de poder e dominação disseminadas na ordem patriarcal”.

Essas proposições foram objeto de um estudo de Tiburi (2013), intitulado “Diadorim: biopolítica e gênero na metafísica do Sertão”, no qual a autora analisa os contornos biopolíticos do corpo da mulher na obra “Grande Sertão: Veredas”, de João Guimarães Rosa. Na obra, o/a personagem Diadorim é homem durante a maior parte da história, apenas sendo revelado como mulher quando morta. Das análises realizadas por Tiburi (2013, p. 192) sobre a obra, ela chama atenção para como é significativo o fato de que as mortes das mulheres aparecem nas escritas dos homens com a intenção de produzir um gozo estético – e, nesse sentido, não se trata apenas da liberdade do autor de salvaguardar a tragédia da narrativa –, de forma que é necessário perguntar: “se uma mulher pode ser morta na literatura de ficção (ou no cinema, ou nas artes visuais), se sua morte é bela e esteticamente viável, por que não seria politicamente aceitável?”. Além do mais, as mulheres são mortas não para que se tornem heroínas (como acontece com eles) – note-se que Diadorim morre em combate – mas “para recolocá-las em seu lugar, a de ser doméstico a viver na penumbra da casa”.

Tiburi (2013) ainda vai além na análise da morte de Diadorim, explicitando como o “texto falocêntrico” é a arma (biopolítica e patriarcal) que elege a vida da mulher como vida nua, vida matável. Isso pois ela apenas pode existir, enquanto mulher, no mundo masculino, quando morta. Sua presença entre os jagunços, na narrativa de Guimarães Rosa, apenas se dá enquanto homem, de forma que “ao voltar à condição de mulher, ela não existe senão como corpo morto. Tal é o que chamaremos de destino, não escolha, e destino é, para uma mulher, estar condenada à sua zoé, proibida de participar da vida qualificada dos homens, do *bíos*” (TIBURI, 2013, p. 199).

A interpretação de Tiburi (2013, p. 206) abre espaço para se pensar as múltiplas formas por meio das quais se manifesta o que ela chama de “discurso biopolítico do patriarcado”, além de apontar para esse aprisionamento da mulher no âmbito privado onde a violência acontece quase que livremente. É retomando também os conceitos de Agamben que Wermuth e Nielsson (2016, p. 22) apontam o espaço do lar como “campo”, espaço onde a exceção pode ser realizada normalmente e onde a mulher, “reduzida a seu corpo, a seu sexo, a seu útero, foi enclausurada”, de modo que “é nele que sua vida (nua) está à mercê do soberano (patriarcado) e de seus caprichos”. Nessa configuração, enquanto o homem pode sair livremente, para ir tomar o “seu” espaço público, “à mulher não está disponível a mesma liberdade

que não seja tutelada ou administrada pelo homem [...] Sua vida está oculta da esfera pública. Permitida, porém, na esfera privada como lugar oculto.” (WERMUTH; NIELSSON, 2016, p. 27).

É por tais razões que se torna urgente tratar da dimensão pública da violência contra a mulher, eis que a preservação da esfera privada em relação à intervenção do Estado e às normas e aos valores majoritários na esfera pública significam a manutenção de relações de autoridade que limitam a autonomia das mulheres e legitimam a dominação masculina. Em muitos casos, a “integridade individual esteve comprometida enquanto a entidade familiar era valorizada”, de modo que “a compreensão de que o que se passa na esfera doméstica compete apenas aos indivíduos que dela fazem parte serviu para bloquear a proteção àqueles mais vulneráveis nas relações de poder correntes” (BIROLI, 2014, p. 32). Dessa forma, é incabível que as violações de direitos ocorridas no ambiente doméstico sejam negligenciadas, ou consideradas como apartadas da esfera pública, pois as esferas “pública” e “privada” se complementam e não podem ser consideradas “locais” e ‘tempos’ distintos na vida dos indivíduos”, uma vez que a existência de relações mais justas e igualitárias na vida privada refletem da mesma forma na esfera pública (BIROLI, 2014, p. 33).

Para Wermuth e Nielsson (2019, p. 63) lemas como “o pessoal é político”, ou, “em briga de marido e mulher o Estado mete a colher” refletiram a necessidade de politização das mortes e violências contra mulheres, enfatizando que todas resultam de um sistema no qual o poder, a masculinidade e a violência são sinônimos, complementam-se e impregnam o ambiente social de misoginia. Em decorrência dessa dimensão política da violência, das reivindicações de movimentos feministas e da ampliação do campo teórico de reflexão crítica acerca da violência de gênero, todos eles fatores que já não é possível ignorar, foram adotados alguns mecanismos objetivando evitar ou ao menos reduzir a prática da violência contra as mulheres. Em termos legais, destacam-se a Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) e Lei nº 13.104/15 (Lei do Femicídio).

### 3. UMA NOVA “PANDEMIAS”? COVID-19 E O AUMENTO DOS CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - Convenção de Belém do Pará, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 1.973/1996, define a violência contra a mulher como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”. Além disso, é reconhecida como um importante problema de saúde pública e direitos humanos segundo a Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde (2014). Para Bandeira (2014) a violência em face do gênero feminino deve ser vista como uma questão social grave e permanente que possui múltiplas faces e não se limita apenas à violência física: suas manifestações buscam criar relações de submissão e controle que geram na mulher sentimentos de medo, angústia, inferioridade e isolamento. A prática da violência em qualquer uma de suas formas (física, psicológica, moral e etc.) “envolve o uso da força real ou simbólica, por parte de alguém, com a finalidade de submeter o corpo a mente à vontade e liberdade de outrem.” (BANDEIRA, 2014, p. 460).

Diante da complexidade da situação, a Lei Maria da Penha – que, deve-se ressaltar, é uma legislação exemplar, formulada com a participação de movimentos feministas e reconhecendo essa complexidade (CAMPOS, 2016) – prevê medidas de assistência às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, tanto por meio de ações integradas de prevenção, quanto assistência quando da configuração da situação de violência, procedimentos judiciais e medidas de urgência a serem adotados, dentre outros mecanismos. A criação da lei representou um importante marco na luta contra a violência de gênero no Brasil e seu texto demonstra a preocupação quanto a uma abordagem mais ampla e eficiente no enfrentamento da violência contra as mulheres, determinando a adoção de medidas a partir de três dimensões distintas: “o combate, a proteção e a prevenção” (PASINATO, 2010, p. 221).

Somando-se à Lei Maria da Penha, entrou em vigor, em 2015, a Lei do Feminicídio, a qual alterou o art. 121 do Código Penal<sup>11</sup>, incluindo o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072/1990, passando a considerá-lo como crime hediondo. Tal lei foi criada a partir de uma recomendação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência Contra a Mulher (CPMI-VCM) que investigou a violência contra as mulheres nos Estados brasileiros entre março de 2012 e julho de 2013 e cujas constatações obtidas por meio do seu relatório final foram essenciais para a ampliação das discussões sobre a violência contra o gênero feminino em um aspecto geral e, especialmente, sobre necessidade de criminalização do feminicídio no país (MELLO, 2016). O Relatório Final da CPMI-VCM (2013, p. 1003) concluiu que a prática do feminicídio não ocorre como um ato isolado, mas se dá em uma “instância última de controle da mulher pelo homem: o controle da vida e da morte” e indicou que a importância de tipificar a conduta relaciona-se com o reconhecimento, em termos de legislação, do fato de que as mulheres estão sendo mortas em razão da sua condição de gênero feminino como consequência de um longo e histórico processo de desigualdade e opressão.

Contudo, apesar dos avanços legislativos referidos (Lei Maria da Penha a Lei do Feminicídio) e da implementação de políticas públicas voltadas à proteção da mulher em situação de violência, o que se observa é a persistência de tal fenômeno. Dados obtidos por meio de uma pesquisa realizada pelo Datafolha e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública - FBSP (2019), demonstram que quase 60% da população reportou ter visto situações de violência e assédio contra mulheres nos últimos doze meses em seu bairro ou comunidade, 27,4% das entrevistadas referiram ter sofrido algum tipo de violência ou agressão no mesmo período e 37,1% das mulheres reportaram ter sofrido ao menos um tipo de assédio.

Os números anunciados pelo Anuário de Segurança Pública Brasileiro (BRASIL, 2019) destacam que o País registrou, em 2018, 263.067 casos de lesão corporal dolosa, na forma de violência doméstica, o que equivale a um registro a cada dois minutos. O Anuário também revela que o feminicídio no País ganha cotidianamente proporções alarmantes, uma vez que foram 1.206 registros contabilizados em 2018, sendo que em 88,8 % dos casos o autor foi um companheiro ou ex-companheiro da vítima. A situação ganha contornos tão preocupantes

11 De acordo com o inciso VI, § 2º do art. 121 do CP, o feminicídio consiste no homicídio cometido “contra a mulher, por razões do sexo feminino”. Consideram-se “razões de condição de sexo feminino”, nos termos do § 2º-A, os crimes que envolvem: “I- violência doméstica e familiar” e “II- menosprezo ou discriminação à condição de mulher”. Além dessas modificações, a Lei nº 13.104/2015 também acrescentou o § 7º ao art. 121 do CP, considerando causa de aumento de 1/3 da pena ao feminicídio praticado “I - durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto”; “II - contra pessoa menor de quatorze anos, maior de sessenta anos ou com deficiência”; “III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima”.

que o relatório global 2019 da ONG internacional Humans Rights Watch define que há uma “epidemia” de violência doméstica no Brasil, considerando a existência de mais de 1,2 milhão de casos de agressões contra mulheres pendentes na Justiça brasileira. O Mapa da Violência de 2015 (WAISELFISZ, 2015), que analisou especificamente o fenômeno da violência contra a mulher, é mais um instrumento que salienta a gravidade do tema, pois concluiu que o Brasil ocupa a 5ª posição na lista de países com as maiores taxas de homicídios de mulheres no mundo, num ranking com 84 países e, ainda, que no ano de 2013 ocorreram cerca de 4 feminicídios diários em que o autor foi um companheiro ou ex-companheiro da vítima.

Nota-se, pois, que, em situações consideradas “normais” os índices de violência doméstica e familiar contra as mulheres já atingem níveis altos. Diante do atual contexto da pandemia do novo coronavírus – reconhecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em 11 de março de 2020, em razão da magnitude da proliferação da doença<sup>12</sup> –, o cenário tornou-se ainda mais crítico, uma vez que em face da necessidade de isolamento social como forma de prevenção ao vírus, muitas mulheres passaram a conviver em tempo integral com seus parceiros violentos, bem como distantes do convívio social, do contato com amigos, familiares e até mesmo do acesso a recursos que poderiam auxiliá-las em caso de violações de direitos. Por isso, muito embora a quarentena seja a medida mais segura e eficaz para minimizar os efeitos diretos da COVID-19, o regime de isolamento tem gerado consequências não apenas para os sistemas de saúde, mas também para a vida de inúmeras mulheres: tanto as que já viviam em situação de violência doméstica e sentiram que as práticas se tornaram mais constantes e graves, quanto as que passaram a conviver com essa realidade a partir do confinamento obrigatório. Sem lugar seguro, elas estão sendo obrigadas a permanecer mais tempo no próprio lar na companhia de seu agressor e, em muitos casos, em habitações precárias, com os filhos afastados das creches e atividades escolares – ao menos presenciais – e vendo sua renda diminuída, diante da crise econômica que também se agravou (FBSP, 2020).

O lar acaba, assim, tornando-se lugar de medo e sofrimento para muitas mulheres e vincula-se, portanto, com a ideia de “campo” referida por Wermuth e Nielsson (2016). No ambiente privado do espaço doméstico toda a exceção é “permitida”, passando a mulher a ser vítima constante do poder, do controle e dos caprichos do soberano, ou seja, a figura masculina. Com isso, a medida indicada para prevenção ao contágio do coronavírus, isto é, o isolamento social, converte-se para muitas na exposição a outros riscos, por vezes ainda mais graves, que são intensificados em virtude da distância das redes de proteção. No Brasil, conforme aponta a Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ONDH), do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), durante o mês de março, no qual as medidas de isolamento social passaram a ser adotadas pela maioria dos estados brasileiros, houve crescimento de 18% no número de denúncias registradas pelo canal “Ligue 180” e no mês de abril o aumento foi de 40% comparado ao mesmo período de 2019. Esse acréscimo demonstra que o necessário isolamento social para o enfrentamento à pandemia escancara uma dura realidade: “apesar de chefiarem 28,9 milhões de famílias, as mulheres brasileiras não estão seguras nem mesmo em suas casas” (VIEIRA; GARCIA; MACIEL, 2020, p. 2).

12 No momento em que este texto está sendo finalizado – 27 de abril de 2021 – o Brasil registra 391.936 mortes em decorrência da COVID-19, tendo um acumulado de 14.369.423 casos confirmados. Dados disponíveis em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 27 abr. 2021.

Porém, apesar do percentual de denúncias por meio do canal Disque 180 ter aumentado, o FBSP realizou uma pesquisa denominada “Violência Doméstica durante a pandemia de COVID-19”, com a finalidade de compreender o impacto das medidas de isolamento na vida das mulheres em situação de violência doméstica e concluiu que na maioria dos estados analisados houve uma redução nos casos de violência contra a mulher. Tal redução, contudo, não parecia refletir a realidade, mas sim a dificuldade das vítimas em acessar delegacias e demais órgãos de proteção em virtude da proximidade do parceiro/agressor. Por isso, buscando outra fonte de dados e considerando que o isolamento faz com que mais pessoas estejam em casa durante todo o dia, aumentando a probabilidade de que discussões, brigas e agressões possam ser ouvidas ou vistas por vizinhos, o FBSP, em parceria com a empresa de análise de dados e redes sociais Decode, realizou um monitoramento no *Twitter* sobre postagens contendo relatos de brigas de casais vizinhos, identificando as formas pelas quais as histórias de violência são marcadas sob a perspectiva da percepção de terceiros e das possibilidades de que efetuem denúncias.

A Decode coletou um universo de pouco mais de 52 mil menções contendo algum indicativo de briga entre casais vizinhos realizadas entre fevereiro e abril. Após uma filtragem com foco apenas nas mensagens que indicassem a ocorrência de violência doméstica, resultaram 5.583 menções. Pelos dados colhidos, o estudo observou que “houve um aumento em 431% de relatos de brigas de casal por vizinhos entre fevereiro e abril de 2020”, concluindo que os números confirmam suspeita de que há incremento da violência doméstica e familiar no período de isolamento social imposto pela pandemia, ainda que este crescimento não esteja sendo captado pelos registros oficiais de denúncias (FBSP, 2020, p. 13).

No mesmo sentido, a pesquisa realizada por Bellini *et al.* (2020, p. 4527) a partir de dados levantados junto às Secretarias de Segurança Pública de alguns estados brasileiros, demonstra que, em que pese não tenha ocorrido aumento nos registros formais de violência contra a mulher, os índices de feminicídios cresceram significativamente nos primeiros meses de pandemia. Em São Paulo houve um incremento de 138% nos casos de feminicídios se comparado ao primeiro trimestre de 2018 e de 38% em relação ao mesmo período de 2019. Outros estados brasileiros também apresentaram aumento considerável nos índices de feminicídios no primeiro trimestre de 2020 quando confrontados com o mesmo período de 2019, nos seguintes percentuais: Rio de Janeiro (13%), Espírito Santo (30%), Ceará (60%), Rio Grande do Sul (73%) e Tocantins (300%).

Esse cenário de insegurança, privação e violação de direitos a que muitas mulheres estão inseridas dentro de seus próprios lares e, na grande maioria dos casos, como consequência de condutas praticadas por maridos, companheiros, namorados e etc., foi denominado pela ONU (2020) como a “pandemia das sombras” e demonstra que apenas medidas legais não são capazes de evitar as agressões, humilhações, constrangimentos e toda forma de violência que, em casos extremos, culmina em feminicídio<sup>13</sup>. O contexto pandêmico parece tornar-se prototípico, portanto, para uma análise do entrecruzamento entre os poderes em sua microfísica e da biopolítica dos corpos, na medida em que, confinadas no lar e sob os auspícios do estado de anomia característico do paradigma do campo, as mulheres não são, em

13 Nesse sentido, a ONU tem recomendado aos países uma série de medidas para combater e prevenir a violência doméstica durante a pandemia, tais como: maiores investimentos em serviços de atendimento online, estabelecimento de serviços de alerta de emergência em farmácias e supermercados e criação de abrigos temporários para vítimas de violência de gênero.

sua maioria, alcançadas pelos instrumentos legais de proteção que fazem parte da biopolítica da população. O desenrolar da vida sob o jugo da violência no lar torna-se, assim, a outra face do movimento que busca agir para preservar vidas e que discursivamente coloca a questão na esfera pública: na realidade, o espaço doméstico continua sendo o *lócus* da zoé, da vida matável dentro da hierarquia construída e reforçada todos os dias pelo sistema patriarcal.

#### 4. REALIDADE PRÁTICA DA REDE DE PROTEÇÃO ÀS MULHERES EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA E SUAS LACUNAS

Ante a permanência da violência, Campos (2016) afirma que, embora a Lei Maria da Penha tenha operado uma profunda ruptura paradigmática no Brasil, estando, atualmente, amplamente presente no imaginário social dos brasileiros, é necessário ainda uma segunda ruptura paradigmática, voltada menos ao sistema de justiça criminal e mais para a perspectiva integral – que é a soma de prevenção, assistência e contenção. Isso pois, segundo ela, não se observou grandes avanços nas políticas de enfrentamento à violência contra as mulheres, no que diz respeito à ruptura do modelo centrado no sistema de justiça criminal, desde o surgimento da primeira política pública de segurança para as mulheres, que se deu com a criação das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, há mais de 30 anos.

Apesar disso, a perspectiva integral se encontra prevista na própria Lei Maria da Penha, e, ademais, pode ser vislumbrada como uma preocupação esboçada na Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres (2011, p. 9), que “tem por finalidade estabelecer conceitos, princípios, diretrizes e ações de prevenção e combate à violência contra as mulheres, assim como de assistência e garantia de direitos às mulheres em situação de violência”. Da mesma forma, o Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência Contra a Mulher (2011), que consiste em acordo federativo entre o governo federal, os governos dos estados e dos municípios a fim de consolidar a Política Nacional, por meio da implantação de políticas públicas integradas, prevê expressamente a necessidade de ampliar e fortalecer a *rede* de serviços para a mulher, além de políticas integradas entre todos os entes federativos.

Não obstante a qualidade desses documentos, aponta-se dois problemas: na perspectiva da prevenção, assistência e contenção, a realidade prática observada em diversas pesquisas realizadas no âmbito de acolhimento das mulheres não reflete de maneira satisfatória as previsões; além disso, verifica-se que o problema continua a ser entendido e tratado em seu aspecto individual, o que impossibilita o rompimento e mesmo a problematização das relações patriarcais que geram as situações de dominação das mulheres pelos homens e a consequente produção e reprodução das mais diversas formas de violência.

Em relação ao primeiro aspecto, Campos (2016, p. 8) assinala, por exemplo, a desarticulação entre a Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres, que tem sido formulada pelo governo federal, mas cuja execução fica a cargo das polícias, poder judiciário, ministério público e demais instituições, de forma que “cada um pode fazer do seu jeito, sem que alinhamentos sobre a forma de atuação possam ser unificados”. Esse é um fator que foi

observado, na prática, por Signorelli, Taft e Pereira (2018), em pesquisa de campo conduzida em uma unidade básica de saúde localizada na região sul do Brasil. Os autores apontam que existe um hiato entre as políticas públicas “implantadas a nível federal e sua aplicação prática a nível local/descentralizado, que pode deixar tanto profissionais quanto mulheres em risco” (SIGNORELLI; TAFT; PEREIRA, 2018, p. 93), qual foi percebido, por exemplo, em relação à estratégia “acolhimento”, que é prevista na política nacional, contudo, sem uma institucionalização e treinamento específico dos profissionais da saúde.

A ausência ou insuficiência de formação específica dos profissionais da saúde na abordagem da violência é um dos pontos amplamente observados em diversas pesquisas. Beccon e Matos (2017) realizaram uma revisão nos dois principais periódicos brasileiros que tratam de Saúde Coletiva, entre os anos de 2006 e 2016, e um dos resultados encontrados foi justamente o despreparo dos profissionais da saúde para receber e identificar as mulheres em situação de violência. As pesquisadoras identificaram, por exemplo, que para grande parte deles o tema não foi abordado na sua formação, que eles têm medo dos agressores, que há falta de tempo e suporte dos serviços de saúde e até mesmo vergonha de tratar do assunto quando do encontro com a mulher – por exemplo, para realizar o questionário que embasa a notificação compulsória prevista na Lei nº 10.778/2003<sup>14</sup>. Há, por conta disso, grandes níveis de subnotificação (violência não identificada) e mesmo de não notificação deliberada, causada, muitas vezes, pela interferência de valores pessoais dos profissionais.

Signorelli, Taft e Pereira (2018) deram atenção especial, no estudo, ao papel que os agentes comunitários de saúde desenvolvem nesse complexo sistema, e verificaram um padrão comum naquela comunidade<sup>15</sup>: os agentes de saúde costumam conhecer os casos de violência doméstica, por meio dos relatos das próprias mulheres ou de vizinhos, reportando-os a enfermeiros. Nesse momento, contudo, pode vir a ocorrer uma falha nesse sistema de comunicação, eis que, “dependendo da sensibilidade pessoal da enfermeira (não com base em políticas institucionalizadas no SUS)<sup>16</sup>” (SIGNORELLI; TAFT; PEREIRA, 2018, p. 96, tradução nossa), ela poderá tomar atitudes como as seguintes: aproximar-se da mulher e verificar suas necessidades, negligenciar a questão, tratando-a como parte de um problema de saúde ou, se entender necessário, poderá encaminhar a mulher a um atendimento médico, psicológico, etc. Assim, embora muitos profissionais demonstrem preocupação, especialmente em relação às implicações psicológicas, e muitos promovam um verdadeiro acolhimento, os autores apontam que os profissionais da saúde não recebem treinamento adequado para lidar com a questão da violência doméstica, o que exige um sistema efetivo que tenha estrutura, orientações, financiamentos e recursos.

A rede de atendimento integrada é um dos pontos de maior importância das políticas de enfrentamento à violência. Albuquerque Netto *et al.* (2017) destacaram a importância de redes sociais de acolhimento, que são formadas tanto por familiares e amigos próximos, quanto pelas instituições especializadas no atendimento à mulher. Nessa pesquisa, realizada no Cen-

14 Essa lei já estabelecia a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher atendida em serviços de saúde públicos ou privados. Contudo, a Lei nº 13.931, de 11 de dezembro de 2019, alterou-a, tornando obrigatória a notificação não apenas de violência, mas também de indícios, além de estabelecer o prazo de 24 horas.

15 “A pesquisa de campo foi conduzida em uma unidade básica de saúde e em seu território adscrito, localizado na região sul do Brasil” (SIGNORELLI; TAFT; PEREIRA, 2018, p. 93).

16 “Depending on the nurse’s personal sensitivity (not based on policies or institutionalized in SUS), she could [...]” (SIGNORELLI; TAFT; PEREIRA, 2018, p. 96).

tro Especializado de Atendimento à Mulher (CEAM) do município do Rio de Janeiro, os autores demonstram que, além do CEAM, instituições de referência em assistência social e psicologia desenvolveram um papel essencial no atendimento às mulheres entrevistadas, por meio de um atendimento especializado em busca da manutenção ou resgate de sua autoestima. Contudo, conforme apontam Signorelli, Taft e Pereira (2018), a realidade de muitos municípios brasileiros é que não contam com esses serviços especializados, que normalmente estão localizados em capitais e grandes cidades. Assim, nesses municípios, o atendimento fica por conta, em geral, dos profissionais das Unidades Básicas de Saúde, agentes comunitários de saúde e por programas tais como a Estratégia de Saúde da Família.

Tendo isso em vista, acentua-se ainda mais a necessidade de um acolhimento adequado nesses locais, especialmente por que, conforme registrado por Albuquerque Netto *et al.* (2017), poucas mulheres procuram as instituições de saúde por conta das consequências da violência (apesar de problemas crônicos de saúde fazerem parte do cotidiano de muitas mulheres em situação de violência doméstica). Nesses casos, também é comum verificar que muitas não mencionam o fato da violência, característica também apontada por Signorelli, Taft e Pereira (2018). Ou seja, é comum que mulheres compareçam não aos serviços especializados, mas aos serviços de atenção primária à saúde, o que resulta em uma necessidade de que haja um atendimento qualificado para identificar as situações de violência e atendê-las adequadamente.

No que diz respeito ao segundo problema apontado em relação ao enfrentamento da violência contra as mulheres, o que se observa é que as políticas públicas estão voltadas quase que exclusivamente para o âmbito individual/privado, visando a vítima e o agressor, o que contribui para que permaneça em funcionamento um sistema em que a violência é estrutural – “um sistema de comunicações praticamente silencioso, mas avassaladoramente eficaz na estruturação e dinâmica dos processos de dominação das mulheres pelos homens e de homossexuais por heterossexuais” (COPETTI SANTOS, A.; LUCAS; COPETTI SANTOS, E., 2019, p. 18). Essa análise vai ao encontro do que observam Copetti Santos, A., Lucas e Copetti Santos, E. (2019) a partir do estudo da tipologia da violência de gênero no Brasil. Os autores refletem sobre como o modo de percepção de diferentes tipos de violência possui sérias implicações nas políticas que são desenvolvidas para seu enfrentamento. Assim, se a atenção permanece voltada para a violência subjetiva, ou seja, aquela física, visível, consistente nos atos transparentes de força, dominação, etc., as políticas tenderão a ignorar outro tipo de violência: aquela que é objetiva, “invisível”.

Nesse âmbito, pode-se mencionar a violência moral tratada por Segato (2003) como aquela que, legitimada pelo costume, garante a permanência de um sistema de status, em que os subordinados são, além das mulheres, as crianças. Segundo ela, a violência moral não apenas antecede uma escalada que culmina em violência física, mas, inclusive, deve ser vista separadamente, “como aquela pela qual se dissemina difusamente e imprime um caráter hierárquico aos menores e imperceptíveis gestos das rotinas domésticas”, e mostra sua maior eficiência justamente em virtude de que isso ocorre geralmente “sem necessitar de ações rudes ou agressões delitivas” (SEGATO, 2003, p. 114, tradução nossa). Além disso, também as violências cultural e estrutural tratadas por Ruiz e Pérez (2007) em uma apropriação das análises realizadas por Galtung (1996). Segundo Ruiz e Pérez (2007), a designação violência de gênero não deve referir-se apenas a manifestações de violência direta, mas também à violência estrutural, manifestada pelas estruturas patriarcais que legitimam relações de dominação,

exploração e desigualdade, e à violência cultural, manifestada pelas ideologias machistas presentes em atitudes e ideias culturais, tais como na linguagem e religião, que acabam por legitimar a violência estrutural ou mesmo a violência direta. Ou seja, os três tipos de violência funcionam em umnexo em que uma mantém a outra.

Sendo assim, a dificuldade em tornar visíveis tais violências residem justamente no fato de serem naturalizadas nas relações sociais. São violências invisíveis, mas que se deve levar em consideração “se quisermos elucidar o que parecerá, de outra forma, explosões ‘irracionais’ de violência subjetiva”, já que “a visibilidade de processos submersos ou inconscientes de violência constitui-se numa condição primordial para processos públicos de tomadas de decisão políticas e jurídicas eficazes no enfrentamento desse fenômeno” (COPETTI SANTOS, A.; LUCAS; COPETTI SANTOS, E., 2019, p. 13-14). Contudo, embora a Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as mulheres contemple uma definição ampla de violência, não há, segundo Copetti Santos, A., Lucas e Copetti Santos, E. (2019, p. 16), “qualquer menção às formas objetivas, invisíveis de violência praticadas contra as mulheres, de fundo estrutural, simbólico, cultural ou moral”. Essa insuficiência contribui para uma visão e enfrentamento parcial, voltada para a violência subjetiva e ignorando, com isso, a necessidade de “estratégias e políticas públicas muito mais complexas, totalmente distintas das utilizadas para o tratamento da violência direta e visível”. Além disso, também indica e convoca a uma atenção analítica para a solidez do patriarcado, nos moldes como abordado na primeira seção deste estudo, em sua característica de fazer parte das estruturas sociais, de modo que, mesmo as ações que visam atuar positivamente em face da violência, carregam, por vezes, em seu âmago, uma válvula de escape para sua perpetuação, especialmente nas formas mais sutis. Nesse sentido, a naturalização das violências – notadamente as “invisíveis” – contra determinados corpos, necessita ser problematizada, juntamente com a complexidade da relação público-privada, a qual não está ligada apenas aos papéis sociais relacionados aos gêneros masculino e feminino, como também envolve toda uma série de valores liberais muitas vezes tidos como incontestáveis.

Conforme observou Campos, é necessário uma segunda ruptura paradigmática, menos voltada à criminalização, o que é evidente não apenas em razão do problema específico da violência contra as mulheres, mas também dos efeitos nefastos da criminalização, especialmente considerando-se as condições bárbaras do sistema carcerário brasileiro. Contudo, mesmo a estratégia mais protetiva para as mulheres prevista na Lei Maria da Penha enquadra-se no âmbito antes mencionado da violência subjetiva, quando, na verdade, da forma como tratou-se na primeira sessão deste estudo, persiste um sistema de dominação e opressão que necessita de uma abordagem que esteja realmente voltada para a sua desconstrução. Trata-se, ademais de agir sobre os casos de violência em seu âmbito individual – o que, saliente-se, é irrenunciável –, da premência de perscrutar todo um sistema social, com, por exemplo, a análise crítica do formato e composição de instituições, de políticas (ou sua ausência) de educação sexual e de gênero, conversas sobre violência e gênero em diferentes locais e grupos na sociedade<sup>17</sup>, etc. Ou seja, é necessário também atuar sobre as formas de violência moral,

17 Um exemplo é o projeto “Sala de Diálogo: da violência ao respeito”, desenvolvido em parceria entre a Unijui, a Penitenciária Modulada de Ijuí-RS e o Ministério Público do Rio Grande do Sul. O projeto busca estabelecer diálogos com pessoas presas em virtude de violência doméstica e familiar contra a mulher, a fim de tratar a respeito de causas motivadoras, evitar a reincidência e desenvolver uma perspectiva não-violenta a partir do diálogo e reflexão. Informações em: <https://www.unijui.edu.br/comunica/institucional/28806-unijui-defende-projeto-que-trata-sobre-equidade-de-genero>. Ainda, o Projeto de Extensão “Diálogos: tecendo vidas sem violência de gênero”, que pode ser consultado em: <https://virtual.unijui.edu.br/Portal/Modulos/>

cultural e estrutural, o que não retira a importância de se enfrentar também as lacunas analisadas no decorrer deste texto, notadamente em relação ao sistema de saúde e, conseqüentemente, ao próprio acesso à justiça das mulheres, fatores envolvidos, por exemplo, na questão das subnotificações de violências verificadas no âmbito do atendimento básico de saúde.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O percurso realizado no presente estudo visou realizar uma abordagem, ainda que parcial, tendo em vista sua amplitude, que desse conta de olhar para vários aspectos envolvidos no tema da violência contra as mulheres no Brasil. A reflexão teórica mostra-se necessária, já que a partir dos estudos de gênero, aliados à perspectiva biopolítica, surge um potencial de análise crítica dos modos como a sociedade se organiza em suas relações sociais. Por outro lado, examinar como o problema constatado é manejado, na realidade prática, é outro aspecto relevante para que se possa desvendar que medidas mostram-se necessárias e adequadas para um melhor enfrentamento da violência contra as mulheres.

Se é certo que as relações desiguais de gênero estabelecem relações de opressão e violência interpessoal, as quais exigem, no âmbito prático, uma ressignificação coletiva dessas ideias de gênero e mesmo que se pense em uma nova sociabilidade, pautada na justiça social, o que é necessário problematizar, e que se buscou realizar nesse texto, é a dimensão pública da violência contra a mulher e também as diversas manifestações dessa violência que permanecem naturalizadas. Nesse viés, não se trata apenas de dizer quem é o agressor e de como deve ser punido ou de que meios alternativos se pode lançar mão a fim de produzir atitudes diferenciadas, mas, sim, apontar para fato de que a violência contra a mulher é um problema crônico, não individual, mas incutido nas relações sociais.

Daí o questionamento, realizado na abertura deste estudo, e a hipótese inicial que supunha uma "epidemia" de violência contra a mulher, no Brasil. Em um momento histórico em que a pandemia do novo coronavírus suscitou em diversos lugares do mundo graves crises de saúde pública e colapso dos sistemas de saúde, é urgente também encarar de fato o problema da violência contra a mulher como um problema de saúde pública. Diz-se encarar "de fato" pois, conforme se viu, esse já é um problema reconhecido como de saúde pública, contudo, a prática demonstra a permanência de diversas falhas e lacunas, causadas não apenas pelas carências do sistema de saúde ou da rede integrada, como também da ausência de uma consciência coletiva capaz de perceber não apenas a violência física, mas também moral, estrutural e cultural e, com isso, suscitar resistências e alterações de atitudes.

Assim, embora, em geral, os instrumentos formais prevejam medidas positivas, a vida real de milhares de mulheres continua permeada por relações cruéis. Esse não é um aspecto irrelevante, pelo contrário: as pesquisas em gênero, aliadas a uma perspectiva biopolítica, demonstram uma racionalidade perversa agindo sobre as mulheres, de forma que tal invisibilização serve justamente à perpetuação dos discursos e das práticas de dominação masculina,

---

relacaoProjetos/?srAb6hhlt9Vpn6 wYzNIP3XzvRGVGjxleQi00Em2y54=, e o trabalho realizado no Juizado de Violência Doméstica e Familiar da Comarca de Nova Iguaçu-RJ, denominado "Escola de Homens. Informações em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/observatorio-judicial-violencia-mulher/boas-praticas/nova-iguacu-jvdfm>.

que continuam, apesar dos avanços, confinando a mulher ao âmbito da mera vida e negando sua possibilidade de ocupar todos os espaços que desde tempos imemoriais são “reservados” aos homens.

Ademais, em um momento como o presente, em que o acesso universal à saúde mostrou, de uma vez por todas, sua excepcional importância, é oportuno também pontuar a necessidade de se fortalecer os serviços de atenção primária à saúde, como as Unidades Básicas de Saúde e programas como a Estratégia de Saúde da Família, e fornecer formação constante e especializada aos profissionais, eis que, conforme visto anteriormente, são os locais nos quais muitas mulheres que sofrem com a violência buscam auxílio e acolhimento. Nesse sentido, ressalta-se a necessidade de que a atenção especializada a mulheres em situação de violência seja oferecida de forma integrada, abrangendo a área jurídica, da saúde, psicológica e assistencial, eis que o problema vai muito além de um caso de justiça criminal, e mesmo da aplicação singularizada de medidas protetivas.

## REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- AGAMBEN, Giorgio. *Meios sem fim: notas sobre a política*. Tradução Davi Pessoa Carneiro. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.
- ALBUQUERQUE NETTO, Leônidas de et al. As redes sociais de apoio às mulheres em situação de violência pelo parceiro íntimo. *Texto contexto – enferm.*, Florianópolis, v. 26, n. 2, p. 01-11, 2017. Disponível em: [https://www.scielo.br/pdf/tce/v26n2/pt\\_0104-0707-tce-26-02-e07120015.pdf](https://www.scielo.br/pdf/tce/v26n2/pt_0104-0707-tce-26-02-e07120015.pdf). Acesso em: 22 jun. 2020.
- ARBOIT, Jaqueline et al. Violência doméstica contra mulheres rurais: práticas de cuidado desenvolvidas por agentes comunitários de saúde. *Revista Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 27, n. 2, p. 506-517, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/sausoc/v27n2/1984-0470-sausoc-27-02-506.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.
- BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, v. 29, n. 2, maio/ago., p. 449-469, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/se/v29n2/08.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2020.
- BAZZICALUPO, Laura. *Biopolítica: um mapa conceitual*. Tradução Luisa Rabolini. São Leopoldo: UNISINOS, 2017.
- BECCON, Janaina Matheus Collar; MATOS, Izabella Barison. O que revela a produção científica da saúde coletiva, após dez anos da Lei Maria da Penha. *Saúde em Redes*, Porto Alegre, v. 3, n. 4, p. 451-465, 2017. Disponível em: [http://revista.redeunida.org.br/ojs/index.php/rede-unida/article/view/1688/pdf\\_101](http://revista.redeunida.org.br/ojs/index.php/rede-unida/article/view/1688/pdf_101). Acesso em: 21 jun. 2020.
- BELLINI, Márcia Zilioli et al. Violência contra a mulher e feminicídio no Brasil - impacto do isolamento social pela COVID-19. *Braz. J. Hea. Rev.*, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 4511-4531, maio/jun. 2020. Disponível em: <https://www.brazilian-journals.com/index.php/BJHR/article/view/9998>. Acesso em: 29 ago. 2020.
- BIROLI, Flávia. O público e o privado. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. *Feminismo e política: uma introdução*. São Paulo: Boitempo, 2014.
- BRASIL. *Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da violência contra a mulher*. Brasília, DF: Congresso Nacional, jul. 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/relatorio-final-da-comissao-parlamentar-mista-de-inquerito-sobre-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 30 ago. 2020.
- BRASIL. *Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996*. Brasília, DF, 1996. Disponível em: [planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1973.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm). Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Brasília, DF, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 31 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. Brasília, DF, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm). Acesso em: 31 ago. 2020.

BRASIL. Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. Secretaria de Políticas para as Mulheres – Presidência da República. *Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres*. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/pacto-nacional-pelo-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. Secretaria de Políticas para as Mulheres – Presidência da República. *Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres*. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRAVO, Renata. *Feminicídio: tipificação, poder e discurso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CAMPOS, Carmen Hein. 10 anos de Lei Maria da Penha: e agora Maria, para aonde? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 974, p. 155-170, dez. 2016.

CHIARIA, Márcia de. Violência contra a mulher aumenta e denúncias ao 180 sobem 40%. *Terra*, 1 jun. 2020. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/cidades/violencia-contra-mulher-aumenta-e-denuncias-ao-180-sobem40,106f8b0e951086659bc88140e2781c00eteifh7z.html>. Acesso em: 25 jun. 2020.

CONTAIFER, Juliana. Violência contra a mulher é epidemia no Brasil, afirma Human Rights. *Metrópoles*, 2020. Disponível em: <https://www.metropoles.com/violencia-contra-a-mulher/violencia-contra-mulher-e-epidemica-no-brasil-afirma-human-rights>. Acesso em: 25 jun. 2020.

COPETTI SANTOS, André; LUCAS, Douglas; COPETTI SANTOS, Evelyne. Crítica da tipologia da violência de gênero. *Revista Direito em Debate*, Ijuí, v. 28, n. 51, p. 6-20, ago. 2019. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/8831>. Acesso em: 25 ago. 2020.

DATAFOLHA. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil*. [S.l.]. 2. ed. 2019. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/relatorio-pesquisa-2019-v6.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2020.

DUARTE, André. *Vidas em risco: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

FAYA ROBLES, Alfonsina. Da gravidez de "risco" às "maternidades de risco". Biopolítica e regulações sanitárias nas experiências de mulheres de camadas populares de Recife. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 25, n.1, p. 139-169, mar. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/physis/v25n1/0103-7331-physis-25-01-00139.pdf>. Acesso em: 2 set. 2020.

FEDERICI, Silvia. *Calibã e a Bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. Tradução Coletivo Sycorax. Editora Elefante, 2004.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2019*. 2019. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Violência doméstica durante a pandemia de COVID-19*. 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2020.

FOUCAULT, Michel. *História da Loucura na Idade Clássica*. Tradução José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 307-328.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: A vontade de saber*. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 16. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2005b. p. 125-149.

FOUCAULT, Michel. O nascimento da medicina social. In: FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*. Tradução Roberto Machado. 18. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003. p. 79-98.

FOUCAULT, Michel. As malhas do poder. In: MOTTA, Manoel Barros da (org.). *Michel Foucault: Ditos e escritos – segurança, penalidade e prisão*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p. 168-188.

GALTUNG, Johan. *Peace by peaceful means. Peace and Conflict, Development and Civilization*. Oslo: International Peace Research Institute, 1996. p. 40-48.

LUSTOSA, Patrícia Rocha. *Dispositivos socioeducativos, Biopolítica e Governamentalidade*. 2013. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. Disponível em: [https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-9KRFHY/1/tese\\_imprensa\\_patricia\\_lustosa.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-9KRFHY/1/tese_imprensa_patricia_lustosa.pdf). Acesso em: 22 jun. 2020.

MARQUES, Samara Silva et al. Estratégias para identificação e enfrentamento de situação de violência por parceiro íntimo em mulheres gestantes. *Revista Gaúcha de Enfermagem*, Porto Alegre, v. 38, n. 3, p. 01-08, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rgenf/v38n3/0102-6933-rgenf-38-3-e67593.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

MARTINS, Ana Paula Vosne. *Visões do feminino: e medicina da mulher nos séculos XIX e XX*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2004.

MELLO, Adriana Ramos de. *Feminicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

MIGUEL, Luiz Felipe. O feminismo e a política. In: BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. *Feminismo e política: uma introdução*. São Paulo: Boitempo, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Vídeo – A pandemia das sombras: violência doméstica durante a COVID-19. *Nações Unidas Brasil*, 12 jun. 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/video-a-pandemia-das-sombras-violencia-domestica-durante-a-covid-19/>. Acesso em: 31 ago. 2020.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. *Resumen: Respuesta a la violencia de pareja y a la violencia sexual contra las mujeres. Directrices de la OMS para la práctica clínica y las políticas*. Washington, DC: OPS, 2014. Disponível em: [https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/7705/WHORHR13\\_10\\_esp.pdf?ua=1](https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/7705/WHORHR13_10_esp.pdf?ua=1). Acesso em: 25 jun. 2020.

PASINATO, Wânia. Lei Maria da Penha. Novas abordagens sobre velhas propostas. Onde avançamos? *Civitas - Revista de Ciências Sociais*, Porto Alegre, v. 10, n. 2, maio/ago., p. 216-232, 2010.

PERROT, Michele. *Minha história das mulheres*. Tradução Angela M. S. Côrrea. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2015.

RAFAEL, Ricardo de Mattos Russo et al. Perfil das violências por parceiro íntimo em Unidades de Saúde da Família. *Revista Brasileira de Enfermagem*, Brasília, v. 70, n. 6, p. 1329-1337, nov./dez. 2017. Disponível em: [https://www.scielo.br/pdf/reben/v70n6/pt\\_0034-7167-reben-70-06-1259.pdf](https://www.scielo.br/pdf/reben/v70n6/pt_0034-7167-reben-70-06-1259.pdf). Acesso em: 25 jun. 2020.

REVEL, Judith. *Michel Foucault: conceitos essenciais*. Tradução Maria do Rosário Gregolin, Nilton Milanez, Carlos Piovesani. São Carlos: Claraluz, 2005. 96 p.

RODRIGUES, Natália Teixeira; ARAÚJO, Wécio Pinheiro. A acumulação primitiva capitalista à luz da crítica feminista. *Problemata: R. Intern. Fil., [S.l.]*, v. 10, n. 4, p. 498-507, 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/problemata/article/view/49729/28930>. Acesso em: 23 jun. 2020.

ROSA, João Guimarães. *Grande sertão: veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

RUIZ, Eva Espinar; PÉREZ, Miguel Ángel Mateo. Violencia de género: reflexiones conceptuales, derivaciones prácticas. *Papers, Revista de Sociologia*, Barcelona, v. 86, p. 189-201, 2007. Disponível em: <https://papers.uab.cat/article/view/v86-espinar-mateo>. Acesso em: 31 ago. 2020.

RUSSELL, Jeffrey B.; ALEXANDER, Brooks. *História da bruxaria*. Tradução Álvaro Cabral e William Lagos. 2. ed. São Paulo: Aleph, 2019.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SEGATO, Rita Laura. *Las estructuras elementales de la violencia*. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2003. p. 107-130.

SEGATO, Rita Laura. Território, soberania e crimes de segundo Estado: a escritura nos corpos das mulheres de Ciudad Juarez. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 13, n. 2, p. 265-285, maio/ago. 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X200500020004/7818>. Acesso em: 23 jun. 2020.

SIGNORELLI, Marcos Claudio; TAFT, Angela; PEREIRA, Pedro Paulo. Domestic violence against women, public policies and community health workers in Brazilian Primary Health Care. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 93-102, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/csc/2018.v23n1/93-102/en>. Acesso em: 22 jun. 2020.

TIBURI, Marcia. Diadorim: biopolítica e gênero na metafísica do Sertão. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 21, n. 1, p. 191-207, jan./abr. 2013. Disponível em: <https://periodico.s.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2013000100010/24646>. Acesso em: 23 jun. 2020.

VIEIRA, Elisabeth Meloni. *A medicalização do corpo feminino*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2002.

VIEIRA, Pamela Rocha; GARCIA, Leila Posenato; MACIE, Ethel Leonor Noia. Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela? *Revista brasileira de epidemiologia*, Rio de Janeiro, v. 23, p. 01-05, 2020. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-790X2020000100201&tIng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-790X2020000100201&tIng=pt). Acesso em: 27 jun. 2020.

WASELFSZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015: Homicídios de mulheres no Brasil*. São Paulo: FLACSO BRASIL, 2015. Disponível em: [https://www.mapadaviolencia.net.br/pdf2015/MapaViolencia\\_2015\\_mulheres.pdf](https://www.mapadaviolencia.net.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf). Acesso em: 26 jun. 2020.

WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi; NIELSSON, Joice Graciele. A Dimensão Pública da Violência de Gênero e o domínio (Bio) Político do Corpo Feminino: Muito Mais do Que "Briga de Marido e Mulher". In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA, 28., 2019, Florianópolis. *Anais [...]*. Florianópolis: CONPEDI, 2019. p. 62-82. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/048p2018/qxo35b07/EBkNawFK5k5Wf204.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2020.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; NIELSSON, Joice Graciele. O Campo como Espaço da Exceção: uma Análise da Produção da Vida Nua Feminina nos Lares Brasileiros à Luz da Biopolítica. *Prim@ Facie*, João Pessoa, v. 15, n. 30, p. 01-34, set./dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/33084/17576>. Acesso em: 21 jun. 2020.

ZANELLO, Valeska. *Saúde mental, gênero e dispositivos: cultura e processos de subjetivação*. Curitiba: Appris, 2018.

#### Dados do processo editorial

- Recebido em: 02/09/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 06/09/2020
- Avaliação 1: 19/10/2020
- Avaliação 2: 09/04/2021
- Decisão editorial preliminar: 24/04/2021
- Retorno rodada de correções: 27/04/2021
- Decisão editorial/aprovado: 03/05/2021

#### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

# A MEDIAÇÃO E O TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS FAMILIARES ADVINDOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL EM MEIO À PANDEMIA DA COVID-19

MEDIATION AND PROPER TREATMENT OF FAMILY CONFLICTS ARISING FROM PARENTAL ALIENATION IN THE MIDDLE OF THE COVID-19 PANDEMIC

HELENA PACHECO WRASSE<sup>1</sup>  
RAFAELA BRIXNER IRIGOYEN<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo aborda a temática da mediação como uma forma adequada de tratamento dos conflitos familiares advindos da prática da alienação parental no período de pandemia da Covid-19. A mediação é um mecanismo autocompositivo que visa o restabelecimento da comunicação entre as pessoas envolvidas em um conflito. Encontra embasamento no ordenamento jurídico brasileiro no Código de Processo Civil (13.105/2015), na Lei de Mediação (13.140/2015) e na Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. Nesse sentido, buscou-se compreender o conceito de alienação parental e a forma como essa prática interfere no desenvolvimento da criança e/ou adolescente envolvido no conflito familiar existente. Na sequência, evidenciou-se a figura da mediação e sua aplicabilidade no Direito Brasileiro, bem como sua utilização na esfera familiar, especificadamente em casos de animosidade entre genitores e a existência da alienação parental, que pode se perpetuar no isolamento social experimentado em decorrência da pandemia. Confirmou-se que é possível a utilização da mediação no contexto familiar como uma forma pacífica de reestruturar laços por meio do diálogo, ainda que realizado de forma virtual, em decorrência da pandemia. O método de abordagem utilizado é o método dedutivo.

**Palavras-chave:** alienação parental; conflito; mediação.

## ABSTRACT

*This article addresses the issue of mediation as an appropriate way of dealing with family conflicts arising from the practice of parental alienation during the Covid-19 pandemic period. Mediation is a self-composing mechanism that aims to restore communication between people involved in a conflict. It is based on the Brazilian*

1 Mestre em Direito pelo Programa de Pós graduação Stricto Sensu da Universidade de Santa Cruz do Sul -UNISC. Graduada em Direito pela UNISC. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professora de Direito na Faculdade Dom Alberto em Santa Cruz do Sul. Advogada. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4685-5798>. E-mail: [hphelenapacheco@gmail.com](mailto:hphelenapacheco@gmail.com)

2 Graduanda em Direito na Faculdade Dom Alberto, em Santa Cruz do Sul/RS. E-mail: [rafabrixner5@gmail.com](mailto:rafabrixner5@gmail.com).

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

WRASSE, Helena Pacheco; IRIGOYEN, Rafaela Brixner. A mediação e o tratamento adequado de conflitos familiares advindos da alienação parental em meio à pandemia da COVID-19. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 4, p. 94-113, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i4.8516>.

*legal system in the Civil Procedure Code (13.105/2015), in the Mediation Law (13.140/2015) and in Resolution 125/2010 of the National Council of Justice. In this sense, we sought to understand the concept of parental alienation and how this practice interferes with the development of the child and/or adolescent involved in the existing family conflict. In the sequence, the figure of mediation and its applicability in Brazilian Law became evident, as well as its use in the family sphere, specifically in cases of animosity between parents and the existence of parental alienation, which can be perpetuated in the social isolation experienced as a result of the pandemic. It is possible to use mediation in the family context as a peaceful way of restructuring ties through dialogue, even if carried out in a virtual way, due to the experienced pandemic. The approach method used is the deductive method.*

**Keywords:** parental alienation; conflict; mediation.

## 1. INTRODUÇÃO

O instituto da família sofreu diversas modificações ao longo do tempo, sendo indiscutível sua transformação histórica. O matrimônio não é mais considerado indissolúvel e como consequência desta mudança, as rupturas dos vínculos conjugais tornam-se mais comuns no contexto familiar.

Contudo, nem sempre essa dissolução ocorre de maneira amigável, sendo que, algumas vezes, o cônjuge contrariado pelo fim da união, acaba utilizando os filhos como um instrumento para ferir os sentimentos do ex-cônjuge. Esse contexto conflitivo pode provocar danos psicológicos na criança e/ou adolescente envolvido, configurando situações de alienação parental.

A alienação parental foi instituída no ordenamento jurídico pela Lei 12.318 em 26 de agosto de 2010<sup>3</sup> e ocorre quando um dos genitores, movido por raiva ou sentimento de vingança, utiliza o filho como um meio para ferir o ex-cônjuge, recorrendo a argumentos difamatórios contra o outro genitor. Sendo assim, faz-se necessário encontrar uma forma de minimizar os impactos desses tipos de conflitos e a mediação familiar pode ser uma forma de auxiliar as partes a lidarem com os seus conflitos (ARAÚJO, 2013).

A mediação é utilizada como ferramenta na resolução/tratamento de conflitos e está amparada legalmente pela Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça<sup>4</sup>, pela Lei nº 13.140/15 (Lei da Mediação)<sup>5</sup> e pelo Código de Processo Civil<sup>6</sup>. Ela consiste em uma prática, na qual um terceiro imparcial ao caso, o mediador, auxilia as partes na identificação do problema, buscando reestabelecer o diálogo e encontrar uma forma pacífica de gerenciar os conflitos.

Cabe ressaltar que desde meados de março de 2020, vive-se um período de pandemia em decorrência da Covid-19, que afetou a vida de todos, pois o risco de infecção em massa da população acaba forçando o isolamento social (IBIAS; SILVEIRA; RÜBENICH, 2020).

Tendo em vista esse cenário, o presente artigo tem o intuito de abordar a utilização da mediação no tratamento adequado de conflitos familiares advindos da alienação parental em

3 Doravante Lei da Alienação Parental.

4 Doravante Resolução 125.

5 Doravante Lei da Mediação.

6 Doravante CPC.

meio à pandemia da Covid-19, com embasamento jurídico na Lei de Mediação, no CPC e na Resolução 125, bem como na Lei da Alienação Parental.

Dessa forma, estrutura-se a pesquisa da seguinte forma: em um primeiro momento estuda-se o conceito de alienação parental e a forma como esta prática pode afetar a criança e/ou o adolescente envolvido no conflito familiar. Na sequência, busca-se compreender o conceito de mediação e a maneira como esta prática é utilizada no contexto jurídico brasileiro. Por fim, identifica-se como a mediação tem sido empregada para o tratamento dos conflitos advindos da alienação parental em meio ao contexto de pandemia provocado pela Covid-19.

Sendo assim, este artigo encontra relevância ao abordar a utilização da mediação na busca pela minimização dos conflitos familiares causados pela prática da alienação parental em meio à pandemia da Covid-19. Tais conteúdos são ressignificados em meio ao contexto pandêmico e de calamidade pública no Brasil (Lei nº 13.979/2020), sendo assim, percebe-se a urgência em abordar esses assuntos.

Perante o exposto, este artigo buscará responder o seguinte problema de pesquisa: por que e de que forma a mediação pode ser utilizada no tratamento de conflitos familiares decorrentes da prática de alienação parental no contexto de pandemia da Covid-19?

A metodologia utilizada nesta pesquisa é o método dedutivo, a partir de conceitos gerais, como o estudo acerca do conflito familiar e da alienação parental até a análise da forma como esse conflito pode ser gerenciado a partir da utilização da mediação.

Neste contexto, cabe ressaltar que o procedimento de pesquisa será o bibliográfico e documental, com consultas em artigos científicos, legislações, doutrinas, documentos e endereços virtuais essenciais para elaboração da pesquisa apresentada.

Portanto, diante dessas circunstâncias, passa-se à análise do tema proposto.

## 2. CONFLITOS FAMILIARES E A ALIENAÇÃO PARENTAL

É natural que as pessoas se unam aos seus semelhantes, estabelecendo relações sociais, que podem ser longas relações harmoniosas, pacíficas e que buscam o melhor entendimento entre os envolvidos. Entretanto, também em razão da natureza humana, podem surgir situações de animosidade, competição e afins, provocando diferentes tipos de sentimentos em cada indivíduo, favorecendo uma relação conflitiva (LUCHIARI, 2012).

Os conflitos podem abranger interesses individuais e coletivos, que se relacionam com a vontade de apenas um indivíduo ou compreender intenções que são coletivas, não sendo possível individualizá-los. O conflito é resultado da adversidade entre dois ou mais indivíduos quanto aos seus valores e métodos (CALMON, 2015).

Segundo Spengler (2016, p. 109): “O conflito trata de romper a resistência do outro, pois consiste no confronto de duas vontades quando uma busca dominar a outra com a expectativa de lhe impor a sua solução”.

Nesse sentido, Vasconcelos (2020) ressalta que é comum em relações conflituosas os indivíduos desenvolverem sentimentos de inimizades e se enxergarem como adversários,

buscando em seus argumentos a verdade absoluta, com o intuito de enfraquecer os argumentos da outra parte. Essa situação dificulta a compreensão e percepção no interesse comum.

É possível afirmar que o conflito integra a vida social. Especialmente no âmbito familiar e nas complexas relações de seus membros, em que existem interesses diversos, sentimentos partilhados e distintos e, dependendo do momento, afeições e discórdias (SALES, 2007).

Nesse contexto de conflitos familiares, Silveira e Ferraz afirmam:

Os conflitos familiares possuem peculiaridades importantes e que merecem destaque, pois a abordagem inadequada destes pode representar risco para as relações entre seus membros. Com efeito, os conflitos familiares não são simplesmente a discordância acerca de algum tema, ou ainda não são somente conflitos de direitos, mas são essencialmente afetivos, psicológicos, relacionais, antecedidos e precedidos por sofrimento. No que tange à condução das disputas familiares e a observação dos aspectos emocionais para sua resolução, tem-se a questão da manutenção/preservação dos vínculos. E o vínculo, que pode ser considerado uma união ou ligação entre pessoas. (SILVEIRA; FERRAZ, 2018, p. 199-200)

Na visão de Caruso (2019), um dos motivos para instauração do conflito na vida familiar é a crise dentro do matrimônio, especialmente quando os questionamentos se intensificam, alimentando insatisfações, muitas vezes demonstradas por meio de conflitos rotineiros e exaustivos, outras vezes caracterizados pelo afastamento afetivo. A concepção da separação surge em contraposição aos diversos argumentos que favorecem a conservação do vínculo matrimonial. O conflito está estabelecido.

No mesmo sentido, Madaleno, A. e Madaleno, R. (2019) ressaltam que os novos arranjos familiares, as novas interpretações ancoradas no afeto, palavra de ordem nas relações atuais, transformam o casamento em algo que deixa de ser necessário, ao invés disso, dá abertura para a busca e evolução da personalidade e da dignidade humana, transcendendo os valores unicamente matrimoniais.

As novas configurações familiares positivadas na afetividade comprovam, nas palavras de Diniz que:

o afeto é um valor contundente ao reconhecimento da família matrimonial e da entidade familiar, constituindo não só um direito fundamental (individual e social) da pessoa de afeiçoar-se a alguém, como também um direito à integridade da natureza humana, aliado ao dever de ser leal e solidário. (DINIZ, 2010, p. 19)

Evidencia-se, portanto, que enquanto a família regulamentada pelo Código Civil de 1916 era instituída através do casamento, com característica patriarcal e patrimonialista, a família moderna é consequência das transformações sociais, também refletida na legislação civil e constitucional. Fundamentam-se estas mudanças no amor e dignidade dos indivíduos, admitindo-se outros modelos que vão além da estrita concepção familiar a partir do matrimônio (RAMOS, 2016).

Nessa perspectiva, Lôbo (2019) enfatiza que a família moderna busca sua realização social não só na afetividade, amor e dignidade, mas também na solidariedade, sendo estas, funções básicas para constituição da família na atualidade. Dentro dessa ótica, afirma-se que

no Brasil, é inegável que há uma realidade sociojurídica que oferece espaço inventivo para as transformações que a família vem vivenciando nos últimos tempos (NORONHA, 1994).

Frente à nova realidade e as transformações vivenciadas no contexto familiar, inclusive no âmbito matrimonial, Pereira (2013, p. 27) afirma que “é esta evolução histórica, social e política que possibilitou e viabilizou a aprovação da Emenda Constitucional n. 66/2010<sup>7</sup>, facilitando e simplificando o divórcio entre os casais”.

A simplificação ocorre com a nova redação dada ao §6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suspendendo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

Com relação ao divórcio, Gagliano e Pamplona Filho entendem que:

Trata-se, no vigente ordenamento jurídico brasileiro, de forma voluntária de extinção da relação conjugal, sem causa específica, decorrente de simples manifestação de vontade de um ou de ambos os cônjuges, apta a permitir, conseqüentemente, a constituição de novos vínculos matrimoniais. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2018, p. 29)

Diante disso, Costa (2018) esclarece que as mudanças e a necessidade de grande parte dos indivíduos em reconstruir suas vidas foram atendidas e instrumentalizadas, por meio do divórcio, fazendo com que as novas relações sejam, após uma relação frustrada, construídas em outros formatos familiares, seja por meio de união estável, família monoparental ou mesmo após diversos casamentos, tudo o que for necessário para buscar a felicidade desejada. Nesse viés, cabe ressaltar que de acordo com os gráficos abaixo, a busca pela extinção do vínculo conjugal através do divórcio teve um aumento expressivo nos últimos anos.

**Gráfico 1-** Divórcios concedidos em 1ª instância a casais com filhos menores de idade



Fonte: <https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/registro-civil/quadros/brasil/divorcios>. Acesso em: 26 set. 2020

Para Sales (2007) quando a desunião se concretiza através do divórcio e se transforma em algo irreversível, certos indivíduos vivem momentos de depressão, buscando o isolamento. Nessa fase, alguns dispensam o contato com o ex-cônjuge e muitas vezes, a relação dos pais com os filhos é atingida por essa situação.

No mesmo sentido, Madaleno, R. e Madaleno, A. esclarecem:

[...] a dissolução, em sentido amplo, altera a organização familiar e seu funcionamento, acarretando nos filhos desde a sua desestruturação emocional momentânea até a interferência e sentimentos em sua vida diária, passando pelo fato de o Judiciário ser presença constante, a disponibilidade financeira ser minorada e, em algumas circunstâncias, a saúde física também emitir sinais de alerta. Esse quadro é agravado quando os pais, colocando seus ressentimentos, raiva de desejo de vingança, ignoram o melhor interesse dos rebentos. (MADALENO, R.; MADALENO, A., 2017, p. 25)

Ressalta-se que dentre os conflitos familiares de maior obscuridade, que surgem no dia-a-dia, estão os referentes à prática de alienação parental, entendido como um desamparo, principalmente afetivo, configurando-se em violência velada (BARBOSA, 2015).

Discorre Madaleno, R. e Madaleno, A. (2017), que a forma como os pais agem frente ao processo de dissolução do vínculo matrimonial interfere na maneira que os filhos irão conduzir suas relações no futuro. Se o processo se deu de forma tranquila e madura, os anseios dos filhos envolvidos tendem a se dissipar aos poucos. Já os pais que vivem o conflito e não superam a ruptura do matrimônio tendem a envolver a criança, estabelecendo rotinas ruins, ambiente instável e concepções distorcidas, dando início à característica alienação parental.

A teoria da síndrome da alienação parental foi criada na década de 80, pelo psiquiatra americano Richard Gardner. No Brasil, a alienação parental ganhou visibilidade após a publicação da Lei da Alienação Parental. Em seu conceito legal, o art. 2º, da Lei preceitua:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2020).

De acordo com Freitas (2015) o exercício da alienação parental, por diversas vezes é desenvolvido por ambos os pais, ou mesmo por outros indivíduos que exercem a guarda da criança. Sendo assim, os indivíduos praticam e enfrentam os efeitos da alienação em uma sequência infinita de ação e reação e realização de vingança recíproca, na qual se encontra a criança e/ou adolescente que deveria ser amparado e protegido.

Referente ao ato de alienar, Silva e Borba (2014, p. 83) asseveram que:

A prática reiterada de desqualificação do outro genitor frente à criança acaba por incutir nesta, senão crédito absoluto nas informações recebidas, ao menos uma indicação de que isso possa realmente ser a verdade dos fatos. Ademais, confunde o universo infantil, entre realidades que não consegue distinguir por completo. Se de um lado relembra memórias da atenção, amor e cuidado oferecidos por aquele genitor que hoje não mantém consigo a residência, de outro, acaba por acreditar nas versões transmitidas por aquele que hoje está mais próximo. (SILVA; BORBA, 2014, p. 83)

Dentro do contexto de alienação parental, pode ocorrer a implantação de falsas memórias produzidas pelo genitor alienador, fazendo com que a criança e/ou adolescente se convença que vivenciou situações fantasiosas ou até mesmo episódios de violência, com o intuito de prejudicar o relacionamento da criança e/ou adolescente com o outro genitor (SATO, 2020). Cumpre ressaltar, que se vive um período de ruptura e transformação de complexa comparação com outros já experimentados, em virtude da pandemia provocada pela Covid-19. Nesse sentido, as recentes decisões judiciais priorizam o afastamento temporário dos genitores, em especial no caso de visitas, com o intuito de minimizar os impactos da Covid-19, optando pelos meios de comunicação online. Entretanto, tal medida também pode contribuir para a prática da alienação parental.

Por outro lado, não se pode deixar de referir acerca da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 6273, que busca a declaração da inconstitucionalidade da Lei da Alienação Parental em razão do seu uso equivocado e da discriminação em relação as mulheres e violação de direitos das crianças. Ainda nessa linha, tramita a proposta legislativa Projeto de Lei do Senado nº 498, de 2018, que visa a alteração de dispositivos do texto da Lei de Alienação Parental, para evitar a deturpação do texto da norma.

Sobre a alienação parental no contexto pandêmico é a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>8</sup>:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INVERSÃO DE GUARDA. VISITAÇÃO. Considerando a impossibilidade momentânea de membro do Conselho Tutelar acompanhar as visitas, em face da pandemia de COVID-19, foi deferido o pedido da genitora, para que as visitas ocorram na presença da avó materna, dispensada a presença de membro do Conselho Tutelar. Contudo, o fato de membro do Conselho Tutelar não poder acompanhar as visitas assistidas não recomenda que estas sejam supervisionadas por familiar da genitora (sua mãe) a qual, certamente, não teria condições de avaliar e impedir eventual conduta caracterizadora de alienação parental que viesse a ser praticada pela própria filha, motivo que ensejou a determinação para que a visitação fosse supervisionada. Ademais, como forma de evitar a propagação do vírus, não é apropriada a exposição do infante a outros ambientes que não sejam sua residência, como recomendado pelas autoridades de saúde. Neste sentido, a recomendação do CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (CONANDA). Soma-se a isto a circunstância de que a avó materna do menor está inserida em grupo de risco para o COVID-19, pois é idosa, e as partes residem em região do Estado que possui número elevado de casos diagnosticados, não se mostrando conveniente, também por esta circunstância, o acompanhamento pela avó materna. Assim, até que seja superada a pandemia do COVID19, com a possibilidade de acompanhamento das visitas pelo Conselho Tutelar, estas ficam suspensas, garantindo-se o contato do filho com a mãe às segundas, quartas e sextas-feiras, por 30 minutos a cada dia, no horário das 20 às 20:30h, mediante o uso de aplicativo de comunicação com imagem (WhatsApp ou similar). DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento, Nº 70084150564, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 19-06-2020). (RIO GRANDE DO SUL, 2020)

8 Pesquisa jurisprudencial realizada através do site: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso: 26 set. de 2020. Palavras-chave: pandemia; alienação parental.

Além da alienação propriamente dita, a dissolução conjugal ou iminência dela desenvolve ansiedade, a ameaça da perda gera sofrimento. Porém, mesmo que esse tipo de situação de perigo se implante, se bem gerenciada, tendo como base o cuidado e proteção, é possível remodelar a ligação entre os ex-cônjuges, fortificando os vínculos com os filhos, ratificando que o fim do vínculo conjugal não é sinônimo de perda da mãe, do pai ou de qualquer pessoa que desempenhe esse papel na vida da criança e/ou adolescente (Cezar-Ferreira, 2011).

Desse modo, Sales (2007, p. 141) aduz que: “diante dessa realidade, marcada pela atual instabilidade familiar, constata-se a necessidade da utilização de mecanismos pacíficos de solução de conflitos, que primem pelo diálogo, tais como a mediação”.

Entende-se que é possível que as partes de modo voluntário busquem a mediação no tratamento dos conflitos, sendo esta uma ferramenta caracterizada pela oralidade, em que as partes possuem abertura para debater suas aflições, com o intuito de buscar soluções para os problemas vivenciados. O diálogo e o debate pacífico desenvolvido na mediação objetivam o tratamento das pendências e restauração dos laços das partes envolvidas (SPENGLER, 2016).

Nesse sentido, evidencia-se a importância do presente artigo, uma vez que a população está enfrentando uma fase conturbada em razão da pandemia provocada pela Covid-19. E em meio a este contexto pandêmico, a prática de alienação parental pode ser facilitada, tendo em vista o afastamento social, sendo assim, apresenta-se a mediação como uma opção viável para o resgate do convívio e diálogo no âmbito familiar, ainda que realizada de forma eletrônica.

### 3. A MEDIAÇÃO E O TRATAMENTO CONSENSUAL DOS CONFLITOS

Os conflitos tendem a se ampliar em decorrência da dinamicidade nas interações entre os indivíduos na sociedade atual. Desta forma, é essencial a utilização de uma ferramenta eficiente para lidar com as divergências que poderão surgir (TARTUCE, 2018).

Nesse sentido, destaca-se a mediação como um mecanismo consensual, em que um terceiro, denominado mediador, auxilia as partes envolvidas no litígio a chegarem a um acordo que seja benéfico para ambas. Por esta razão, torna-se necessário enaltecer a importância desse mecanismo em uma sociedade heterogênea que apresenta um crescimento significativo dos conflitos dentro das relações sociais (SPENGLER, 2016).

A mediação se instaurou no Brasil como uma ferramenta extrajudicial de solução de conflitos e as novas legislações - Lei da Mediação e CPC - admitem tanto a mediação extrajudicial, como a judicial (BACELLAR, 2016).

Nessa esteira, Silva assevera:

Com o advento da Lei Nacional da Mediação (Lei 13.140/2015), o Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015) e as alterações trazidas pela Emenda de nº 2 da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, é possível perceber uma nova visão na forma como lidar com os conflitos, bus-

cando-se o empoderamento dos conflitantes e culminando no tratamento adequado do conflito, com um olhar voltado não mais somente ao passado e presente, mas também ao futuro. (SILVA, 2019, p. 58)

Percebe-se que a mediação é uma ferramenta importante na concretização e reestabelecimento da paz dentro das relações sociais. Desta forma, a Resolução 125 também exerce uma importante função no Brasil, tendo em vista a instauração da política judiciária nacional de tratamento de conflitos, demonstrando a necessidade de métodos consensuais diante do ordenamento jurídico (TARTUCE, 2018).

Nesse sentido, a resolução supracitada estabeleceu a mediação como uma política pública no tratamento de conflitos e, traz consigo pontos como a responsabilidade social e eficácia operacional, bem como o acesso à justiça enquanto um direito fundamental. Ela visa mais do que apenas auxiliar o Estado no gerenciamento da contingência jurisdicional, busca-se, através da mediação e demais ferramentas utilizadas em prol da solução de conflitos, um tratamento qualitativo dos conflitos em âmbito judicial e extrajudicial (WRASSE, 2018).

Nessa linha, a legislação brasileira, no art. 24 da Lei da mediação e art. 165 do CPC, estabelece que os tribunais criem centros judiciários de solução de conflitos, onde serão realizadas sessões e audiências de conciliação e mediação.

Ainda, destaca-se o art. 1º da Lei da Mediação e seu parágrafo único que preceitua:

Art. 1º - Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (BRASIL, 2015)

Dessa forma, na visão de Marques (2016) a mediação como ferramenta na solução de conflitos é necessária no Direito brasileiro, tendo em vista a constante judicialização dos conflitos e das relações sociais, é conveniente ainda, por ser um procedimento que procura reestabelecer a comunicação e transformar relações, por meio do diálogo e o consenso entre as partes.

Em vista disso, percebe-se na mediação um mecanismo autocompositivo de tratamento de conflitos, no qual o mediador busca estimular às partes, por meio do diálogo, com o intuito de reestabelecer a comunicação dos envolvidos (WRASSE, 2018). Ou seja, os indivíduos que participam da mediação, movidos pela comunicação pacífica é que serão os responsáveis pelas alternativas e acordos que acharem satisfatórios. O mediador servirá apenas como um facilitador para composição desse acordo (SALES, 2007).

Ressalta-se que a utilização da mediação para lidar com o conflito pode ocorrer através de diversas técnicas que vão do planejamento até a terapia. Pode ser utilizada no meio judicial, extrajudicial, em âmbito familiar, entre outros. A mediação tem o intuito de reestruturar os laços rompidos, restabelecendo as relações para trabalhar o conflito que originou a ruptura (SPENGLER; ZASSO; SCHORR; 2015).

Em suma, a mediação é um processo único, no qual as partes envolvidas lidam com situações de ordem emocional, que demandam maior complexidade e, por esta razão, o processo de mediar deve ser desenvolvido com calma, planejamento e conhecimento (BACELLAR, 2016).

Portanto, de acordo com Vasconcelos (2018) as partes escolhem ou aceitam o terceiro com competência para mediar o processo e propiciar o diálogo entre os envolvidos, iniciando-se pelas apresentações e explicações. Sucedendo-se para narrativa dos mediados das vivências afetivas, bem como o motivo da instauração do conflito, buscando redirecionar os posicionamentos contrários para alternativas de interesse comum para que seja possível chegar a um consenso e, por consequência, concretizar o acordo.

Cumprido ressaltar que o mediador possui a missão de facilitar a comunicação dos envolvidos, sendo assim, o mediador não deve sugerir ou propor soluções, pois as estas devem ser desenvolvidas pelas partes envolvidas na disputa, que serão responsáveis pelas escolhas e possíveis acordos firmados ou não (SPENGLER, 2018).

Tartuce ainda complementa:

O mediador deve ser treinado para buscar propiciar o restabelecimento da comunicação entre as pessoas. Para tanto, deve ser paciente, sensível, desprovido de preconceitos e hábil para formular perguntas pertinentes aos envolvidos no conflito de modo a proporcionar espaço para reflexão sobre seus papéis e a responsabilização quanto à reorganização de condições (TARTUCE, 2018, p. 301)

O mediador deverá ser alguém que usufrua da confiança das partes, conforme preceitua art. 9º da Lei da Mediação. Ainda, segundo esta lei, o mediador extrajudicial não necessita de formação superior ou específica, devendo apenas ser de confiança das partes. Já nos casos de mediação judicial, o mediador, além de curso de capacitação, conforme dispõe art. 167 do CPC, deve ser graduado há pelo menos 2 (dois) anos em curso de ensino superior, evidenciando-se que o curso de capacitação de mediadores deve ser reconhecido pela Escola Nacional de Mediação ou pelo Conselho Nacional de Justiça (SCAVONE JUNIOR, 2020).

Outra modalidade disposta na Resolução 125 e na Lei da mediação é a mediação online, de acordo com Spengler e Pinho:

A mediação pela internet é aquela na qual todos os debates acontecem no espaço cibernético. Além de encurtar distâncias trazendo ganho de tempo e diminuindo gastos, ela facilita a administração dos conflitos diretamente pelas partes. Sem sombra de dúvidas, a mediação digital ou online é um avanço significativo na utilização de novas tecnologias para lidar com os conflitos. Oferece mais possibilidade de rapidez e eficácia na resposta, além da visível economia monetária. (SPENGLER; PINHO, 2018, p. 241-242)

Evidencia-se, portanto a utilização de plataformas digitais nas mediações feitas pelo Poder Judiciário, sendo estas incidentais (art. 334, CPC) ou mesmo pré-processuais, realizadas no CEJUSC (art. 8º, § 1º da Resolução 125), utilizadas mais intensamente principalmente no período de confinamento e redução de mobilidade em razão da pandemia de Covid-19 (PINHO, 2020).

Neste ínterim, a mediação é o ato de compartilhar os conflitos vivenciados no intuito de buscar soluções e tem a possibilidade de ser realizada de modo virtual, auxiliando no consenso comum e oportunizando uma nova percepção dos conflitos vivenciados (SPENGLER; PINHO, 2018).

De modo geral, a mediação, especialmente em âmbito familiar, por meio de técnicas e recursos de ordem psicológica, utilizadas pelo mediador, constata os interesses e necessida-

des em comum dos mediandos, com a finalidade de firmar possíveis acordos consensuais entre ambos (PINHO; HILL, 2019).

Em que pese a mediação ser um mecanismo autocompositivos de extrema relevância social, o contexto pandêmico desafia ainda mais o gerenciamento dos conflitos. Nos Estados Unidos, por exemplo, os métodos online de resolução de conflitos (ODR) são uma opção desde o início da década de 1990, eles representam inúmeras vantagens como poder dar continuidade aos procedimentos apesar da pandemia, permite a participação das pessoas independentemente de onde estiverem fisicamente localizadas, o que pode ser positivo em casos em que exista algum tipo de violência (física ou psicológica), além da economia de tempo e financeira (MCBRIDE, 2020).

Por outro lado, importante considerar as limitações impostas pela tecnologia, como o acesso e habilidade das partes para lidar com as ferramentas online, ademais, o fato de as partes não estarem presencialmente em um único local/ambiente e a qualidade (ou falta dela) pode dificultar a interpretação dos gestos e colocações do outro, pois pode ser que a imagem não esteja nítida ou dependendo do dispositivo (se computador ou celular) pode haver interferência ou “cortar” parcialmente a tela ou imagem da pessoa. Outro aspecto que resta prejudicado é a questão da privacidade, fundamental aos casos envolvendo famílias, muitas vezes a pessoa não tem um ambiente em que pode estar sozinha na sua residência, bem como, o aplicativo ou plataforma deve ser adequado para preservar a intimidade, privacidade e segurança, evitando interferência externa como de *hackers*, por exemplo (MCBRIDE, 2020).

Desta forma, evidencia-se a importância dos meios virtuais de tratamento dos conflitos, como a mediação, utilizada para minimizar os conflitos familiares advindos da prática da alienação parental, que pode se desenvolver em demasia frente ao isolamento social causado pelo atual contexto pandêmico vivenciado. Contudo, sabe-se que, apesar dos métodos autocompositivos online trazerem diversos benefícios, existem desafios a serem enfrentados<sup>9</sup>.

#### 4. A MEDIAÇÃO ENQUANTO TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS FAMILIARES ADVINDOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL EM MEIO À PANDEMIA DA COVID-19

O rompimento do vínculo familiar não é sinônimo de destruição da família, pelo contrário, a ruptura vivenciada pode se transformar em desafios ou mesmo contribuir para o crescimento pessoal e emocional dos envolvidos, entretanto, nem sempre é possível chegar nessa etapa sem auxílio de terceiros envolvidos no processo (CEZAR-FERREIRA, 2011).

Nesse sentido, Barbosa (2015) esclarece que todos os indivíduos que vivenciam conflitos familiares são aptos para a mediação, sendo necessária apenas a existência de alguma situação desconfortável que possa ser tratada por meio da comunicação entre os indivíduos.

<sup>9</sup> Nesse sentido, recomenda-se a leitura de: SOURDIN, Tania *et. al.* COVID-19, Technology and Family Dispute Resolution. *Australasian Dispute Resolution Journal*, aug. 2020. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3672995](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3672995). Acesso em: 12 jun. 2021.

Cachapuz, Eugenio e Garbelini entende que:

A mediação possibilita o resgate da comunicação fundada na intercompreensão, o que permite aos envolvidos encontrar a melhor, mais célere e duradoura solução para aquela situação, tendo por mera consequência a diminuição no volume de demandas judicializadas. (CACHAPUZ; EUGENIO; GARBELINI, 2020, p. 51)

Segundo Parkinson (2008) nos casos de ruptura do vínculo conjugal, os genitores são orientados a focar nos sentimentos das crianças e/ou adolescentes envolvidos. Nesse sentido, havendo acordo entre os pais, outros familiares poderão adentrar na mediação com o intuito de facilitar o processo de reconstrução das relações.

Portanto, evidencia-se que a mediação é um mecanismo cabível para tratamento de conflitos familiares, uma vez que possibilita o debate dos problemas e propicia a continuidade dos vínculos afetivos, por meio do diálogo (SALES, 2007). Nessa perspectiva, Parkinson (2008) reitera que a utilização da mediação familiar propicia um espaço destinado para debater sobre sentimentos, principalmente dos filhos, buscando soluções para as questões abordadas.

O mediador, responsável por conduzir a mediação, deve buscar juntamente com as partes a transformação dos conflitos, tendo como prioridade a preservação do melhor interesse da criança envolvida, pois estes devem ser tratados sempre como prioridade, em todas as questões nas quais são envolvidos (NUCCI, 2018).

Nesse sentido, o art. 227, caput da CRFB/88 assevera:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Nas palavras de Sales (2007) o melhor interesse da criança é possibilitar a convivência em um ambiente saudável, mesmo diante de um cenário de ruptura conjugal. A relação entre os envolvidos deve ser sadia, propiciando bem-estar emocional, psicológico e físico as crianças advindas da união. Ainda no contexto da mediação em conflitos familiares, como bem sustenta Spengler:

Especificamente no âmbito familista, a mediação é o processo que, através do uso de técnicas de facilitação aplicadas por um terceiro, estabelece o contexto do conflito existente e identifica necessidades e interesses, auxiliando na produção de decisões consensuais, posteriormente traduzidas em um acordo levado ou não à homologação. (SPENGLER, 2018, p. 66)

Dentro do ambiente familiar, a mediação busca resgatar a comunicação movida pela compreensão recíproca das partes, dando abertura para que os ex-cônjuges possam compreender que agem por si próprios e não em nome de seus filhos, compreendendo portanto, que o vínculo interrompido é em âmbito conjugal e não parental, este inclusive deve se fortalecer. Nesse sentido, evidencia-se que a mediação interdisciplinar ampara os filhos de possíveis problemas de ordem psicológica e física, presentes em grande escala em crianças que vivenciam o período pós-separação dos pais (BARBOSA, 2004).

Na visão de Madaleno, A. e Madaleno, R. (2019) os conflitos familiares podem ocorrer em decorrência da Alienação Parental, em que o genitor manipula a situação, agindo friamente, sem dar importância para as consequências legais dos seus atos. Dessa forma, é necessário buscar outros meios de tratamento desta prática, além do judicial, que pode até mesmo atenuar os problemas existentes, por isso ferramentas como a terapia e mediação são recomendadas<sup>10</sup>.

Para Cardin e Ruiz:

No caso específico da alienação parental, pelas suas próprias circunstâncias e características, como demonstrado acima, em que a conduta de um dos cônjuges objetiva afastar o filho do outro cônjuge com atitudes que não se recomenda, não poderia ser diferente. É, pois, a mediação altamente recomendada como forma de pacificação familiar e social. (CARDIN; RUIZ, 2017, p. 302)

Em casos de ruptura conjugal, cumpre esclarecer que não é toda atitude do genitor separado que dá indícios da alienação parental, ou seja, comentários negativos, em momentos de estresse, de um genitor para o outro, feitos ao filho do ex-casal nem sempre provoca abalo emocional e psicológico na criança e/ou adolescente. Evidencia-se que, para configuração da alienação parental, é necessário que as ações do genitor provoquem interferência psicológica e comprometa a convivência da criança e/ou adolescente com o outro genitor. Ressalta-se ainda, que a alienação parental nem sempre será exercida por um genitor, os avós ou qualquer outra figura que possua domínio sobre a criança e/ou adolescente poderá praticá-la com o intuito de prejudicar a imagem de um genitor em favor do outro, podendo alcançar toda família do genitor afetado (LÔBO, 2019).

De acordo com Barbosa (2015) o conflito existente por conta da alienação parental não surge entre pais e filhos, mas sim, entre os seus genitores, quando um dos pais utiliza a criança e/ou adolescente como arma para ferir e interferir na relação com o outro genitor. Dessa forma, a mediação familiar surge como uma opção, que utiliza o diálogo e é expressa por meio da linguagem, envolvendo os pais ou responsáveis em um espaço suscetível de conversa, retomando a relação familiar, deixando de lado as animosidades e possíveis traços de desqualificação de um genitor para com o outro. Ainda, busca o entendimento e também a manutenção da afeição que deu início à constituição da família, enxergando que o interesse e bem-estar da criança e/ou adolescente deve ser o ponto comum entre os guardiões.

Nesse sentido, Barbosa reforça:

O mediador não intervém, não sugere, não induz, pois visa promover a recuperação da responsabilidade dos mediandos por suas escolhas, sejam elas boas ou não, para que façam parte do passado, visto que a nova comunicação tem foco no futuro. A mediação exerce a sua magia no momento em que os mediandos conseguem deslocar o olhar no tempo – do passado para o futuro – permitindo-se sair da cegueira que aprisiona ao passado, para enxergar as múltiplas possibilidades oferecidas pelo futuro. Trata-se de um processo criativo, portanto é a arte de mediar que exige disponibilidade interna do partícipe. (BARBOSA, 2014, p. 12)

A partir dessa premissa e, frente ao atual cenário pandêmico, foi editada a Lei 13.994/20, que autoriza a utilização de plataformas digitais para execução de audiências de concilia-

10 Cumpre esclarecer que a terapia e a mediação são formas diferentes de lidar com os conflitos e não se confundem, todavia, ambas são recomendadas ao tratamento de conflitos familiares.

ção e realização de sessões online de mediação no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, enquanto perdurar o isolamento social e as dificuldades de locomoção experimentadas por conta da pandemia da Covid-19 (PINHO, 2020).

Pinho (2020) reitera que a lei especial e a utilização da mediação realizada pela internet ou outra forma de comunicação online cria oportunidades e eleva as possibilidades de consenso entre os envolvidos, desenvolvendo condições mais favoráveis até mesmo na via jurisdicional.

Cumprido esclarecer que a mediação online ou mediação digital, conforme alguns denominam já é autorizada pela Resolução 125 e também pela Lei de Mediação e configura uma evolução da tecnologia para lidar com o conflito, disponibilizando maior eficácia e possível economia financeira (SPENGLER; PINHO, 2018).

Assim, compreende-se que o sistema de mediação online objetiva a aproximação virtual das partes, utilizando-se de ferramentas positivas de diálogo e com isso, é possível alcançar participantes de inúmeros locais, conectados virtualmente, dispondo de uma forma mais rápida para resolução dos seus conflitos (SPENGLER; PINHO, 2018).

Nesse sentido, evidencia-se que a procura de métodos online de resolução de conflitos familiares no cenário pandêmico, como é o caso da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, que realizou em 20 de abril de 2020, em razão do isolamento social provocado pela pandemia da Covid-19, seu primeiro encontro de mediação familiar por videoconferência, concluído com êxito (RIO GRANDE DO SUL, 2020)<sup>11</sup>.

Trata-se de importante avanço, em especial ao se considerar o aspecto da crise sanitária que obrigou os diferentes sistemas jurídicos a se adaptarem, contudo, em um país de proporções continentais como o Brasil, com tamanha desigualdade social, os desafios atrelados à tecnologia não podem ser esquecidos. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o uso da internet aumentou nos últimos anos, contudo, isso não significa que as pessoas estejam educadas e empoderadas para a utilização dessas ferramentas. De 2018 para 2019, o percentual de domicílios em que a Internet era utilizada passou de 83,8% para 86,7%, em área urbana, e aumentou de 49,2% para 55,6%, em área rural.

Percebe-se que a mediação (tanto online, como presencial) promove o diálogo e, juntamente deste, provoca reflexões e amadurecimento das relações e vínculos familiares, oportunizando aos conflitantes a compreensão de que é necessário buscar o equilíbrio e o interesse comum. Desse modo, os canais de comunicação são reestabelecidos e o conflito é tratado adequadamente, destacando a importância da solidariedade e da cooperação para a reestruturação da família (SALES, 2007).

11 Pesquisa realizada através do site: <http://www.defensoria.rs.def.br/em-razao-do-isolamento-social-defensoria-publica-realiza-mediacao-familiar-por-videoconferencia>. Acesso em: 15 set. de 2020. Palavras-chave: mediação familiar; alienação isolamento social.

## 5. CONCLUSÃO

Diante dos aspectos observados, a partir da mediação em conflitos familiares advindos da alienação parental em meio à pandemia da Covid-19, são pertinentes algumas constatações.

Inicialmente, abordou-se acerca dos conflitos familiares e a alienação parental. O conflito é inerente ao ser humano e origina-se das complexas relações dos indivíduos, em que cada um faz valer sua verdade e deseja impor suas vontades sobre o outro. Nessa seara, também surgem os conflitos familiares, envolvendo diversas questões de ordem psicológica, emocional e social, que, dependendo da forma como são abordados, podem acarretar problemas nos relacionamentos entre os familiares.

O divórcio é uma das maneiras de romper os vínculos familiares, trata-se de uma opção frequentemente utilizada, em especial, após as alterações legislativas desburocratizarem a sua utilização, bem como, diante dos novos moldes e transformações da família brasileira. Ou seja, em tempos em que a dissolução conjugal torna-se cada vez mais frequente no cotidiano familiar, a alienação parental surge como consequência do mau relacionamento dos genitores e na forma como ambos envolvem os filhos nos conflitos existentes pela não aceitação do fim do matrimônio. É nesse ambiente de disputas, em muitos casos pela guarda, que a prática da alienação parental se intensifica, gerando uma série de dificuldades na convivência familiar, fragilizando principalmente a estrutura emocional da criança e/ou adolescente envolvido.

Nesse sentido, evidencia-se que a ruptura conjugal não deve ser um marco para o fim da harmonia no convívio familiar. É necessário agir com inteligência emocional e buscar amparo em meios de resolução de conflitos que encorajem o diálogo, como, por exemplo, a mediação. Com a intenção de preservar a saúde mental, física e emocional de todos os envolvidos, principalmente a criança e/ou adolescente advindo da união conjugal, a mediação se apresenta como uma opção adequada ao tratamento do conflito familiar.

Por essa razão, no segundo ponto da pesquisa buscou-se compreender a figura da mediação e a forma como esta é abordada no Direito Brasileiro. A mediação é utilizada como uma ferramenta consensual na resolução de conflitos, em que um terceiro imparcial, denominado mediador, serve como um facilitador e auxilia na construção do diálogo pacífico, tornando possível que as partes firmem um acordo que seja satisfatório para ambas. A mediação encontra respaldo jurídico na Lei da Mediação, no CPC e na Resolução 125 e poderá ser extrajudicial ou judicial.

Ainda, buscou-se identificar como a mediação pode ser empregada no tratamento de conflitos familiares, provocados pela prática da alienação parental em meio ao atual contexto pandêmico vivenciado em razão da Covid-19.

A mediação pode sim ser utilizada na busca pelo tratamento adequado de conflitos, inclusive naqueles familiares advindos da prática da alienação parental. A mediação é um processo voluntário, através do qual é possível que os conflitantes encontrem um espaço adequado para expor seus sentimentos, construindo um diálogo pacífico, com o auxílio do mediador, buscando reconstruir as relações familiares, pautadas no respeito e no melhor interesse da criança e/ou adolescente envolvido.

Entretanto, frente à necessidade de isolamento social, buscaram-se meios de dar continuidade ao processo de mediação, sendo assim, a mediação online tem sido utilizada para tratamento dos conflitos, que podem ser acentuados diante do esgotamento mental enfrentado pelos indivíduos no período de pandemia. Nesse sentido, constatou-se que em outros países como Estados Unidos e Austrália a mediação online acabou sendo amplamente utilizada em virtude da pandemia, contudo enfrentam-se desafios atrelados à tecnologia. No Brasil os desafios para o uso das ferramentas online e das tecnologias também é relevante e deve ser considerado para aprimoramento do tratamento de conflitos de forma online.

Em âmbito familiar, visando o bem-estar dos indivíduos, inclusive das crianças e/ou adolescentes em face da pandemia, emanaram decisões substituindo a visitação pessoal do genitor por aplicativos de comunicação, como por exemplo, a ferramenta do WhatsApp, conforme mencionada decisão do TJRS.

Por fim, é evidente que o cenário atual é complexo. De modo que, para o melhor enfrentamento da situação, principalmente na esfera familiar, em virtude da alienação parental, podendo esta ser acentuada durante a pandemia, em razão do isolamento social, pois o genitor alienador pode se valer do contexto pandêmico para incutir na criança e/ou adolescente falsas verdades a respeito da situação, é primordial buscar meios adequados de resolução/tratamento dos conflitos. Sendo assim, diversos atores colaboram ou podem vir a consolidar esse cenário, como os canais virtuais junto ao CNJ, Defensoria Pública<sup>12</sup>, Tribunais e Núcleos Jurídicos das Universidades.

Por essa razão, destaca-se a mediação no formato virtual, para auxiliar as partes no tratamento dos seus conflitos, com o intuito viabilizar um canal seguro e facilitar a conexão emocional entre os envolvidos, priorizando o bem-estar das crianças e a reconstrução e fortificação dos laços familiares frente ao contexto de pandemia da Covid-19.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ynderlle Marta de. A Alienação Parental no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *IBDFAM-Instituto Brasileiro de Direito de Família*, [S. l.], 22 mar. 2013. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/876/A+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental+no+Ordenamento+Jur%C3%ADico+Brasileiro>. Acesso em: 24 ago. 2020.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e Arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. (Coleção Saberes do Direito, 53). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547208554/>. Acesso em: 5 jun. 2020.

BARBOSA, Águida Arruda. Guarda compartilhada e mediação familiar - uma parceria necessária. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, [S. l.], n. 1, 2014. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Aguida-Arruda-Barbosa-Guarda-Compartilhada-e-media%C3%A7%C3%A3o-familiar-parceria.pdf>. Acesso em: 17 out. 2020.

BARBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar interdisciplinar*. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522499366/>. Acesso em: 5 jun. 2020.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação Familiar: uma cultura de paz. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, [S. l.], v. 10, 2004. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/395/262>. Acesso em: 14 out. 2020.

12 Sobre o tema, é a notícia: <http://www.defensoria.rs.def.br/camara-de-mediacao-familiar-da-defensoria-publica-amplia-atividades-virtuais-com-o-apoio-de-instituicoes-conveniadas>

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010*. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm). Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. *Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010*. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm). Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 5 jun. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.140, de 26 de agosto de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a auto composição 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. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm). Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. *Lei 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. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm). Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento, Nº 70084150564*, Oitava Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, 18 de junho de 2020. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa). Acesso: 26 set. 2020

CACHAPUZ, Rosane da Rosa; EUGENIO, Alexia Domene; GARBELINI, Heloisa Honesko Medeiros (org.). *Do acesso à justiça no direito das famílias e sucessões*. Paraná: Thoth, 2020.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; RUIZ, Ivan Aparecido. Da mediação na alienação parental: uma via aberta para a pacificação familiar, como forma de acesso à justiça à luz do código de processo civil e da lei de mediação. *Em Tempo - Revista da área de Direito do UNIVEM*, [S. l.], v. 16, 2017.

CARUSO, Mara Regina Fernandes. *Casamento e Separação: O Desenvolvimento Emocional Necessário*. São Paulo: Edições 70: Grupo Almedina, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788562938177/>. Acesso em: 13 out. 2020.

CEZAR-FERREIRA, Verônica A. da Motta. *Família, Separação e Mediação: uma visão psicojurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução 125*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2010.

COSTA, Ligia Bertaggia de Almeida. *40 anos da lei do divórcio: o atendimento ao princípio da liberdade e da autonomia da vontade*. São Paulo: Manole, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/>. Acesso em: 13 out. 2020.

DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Em razão do isolamento social, Defensoria Pública realiza mediação familiar por videoconferência*. 23 abr. 2020. Disponível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/em-razao-do-isolamento-social-defensoria-publica-realiza-mediacao-familiar-por-videoconferencia>. Acesso em: 15 set. 2020.

DEFENSORIA PÚBLICA ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Câmara de Mediação Familiar da Defensoria Pública amplia atividades virtuais com o apoio de instituições conveniadas*. 8 maio 2020. Disponível em: <http://www.defen->

soria.rs.def.br/camara-de-mediacao-familiar-da-defensoria-publica-amplia-atividades-virtuais-com-o-apoio-de-instituicoes-conveniadas. Acesso em: 1 mar. 2021.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 25. ed. [S. l.]: Saraiva, 2010. v. 5.

FREITAS, Douglas Phillips. *Alienação Parental: Comentários À Lei 12.318/2010*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6337-8/>. Acesso em: 5 jun. 2020.

IBGE. *Estatísticas do Registro Civil 2018*. 2018. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/registro-civil/quadros/brasil/divorcios>. Acesso em: 26 set. 2020.

IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua*. 2019. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794_informativo.pdf). Acesso em: 13 jun. 2021.

IBIAS, Delma Silveira; SILVEIRA, Diego Oliveira da; RÜBENICH, Aline. A alienação parental em tempos da pandemia do coronavírus. *IBDFAM-Instituto Brasileiro de Direito de Família*, [S. l.], 24 maio 2020. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1454/A+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental+em+tempos+da+pandemia+do+coronav%C3%ADrus>. Acesso em: 28 ago. 2020.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil - Famílias*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 5. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553607877/>. Acesso em: 10 out. 2020.

LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. *Mediação Judicial: Análise da realidade brasileira: origem e evolução até a Resolução n. 125, do Conselho Nacional de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4561-9/>. Acesso em: 17 out. 2020.

MADALENO, Rolf; MADALENO, Ana Carolina Carpes. *Síndrome da Alienação Parental: Importância da Detecção - Aspectos Legais e Processuais*. 5. ed. rev.atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/>. Acesso em: 10 out. 2020.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da Alienação Parental*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987541/>. Acesso em: 10 out. 2020

MARQUES, Alessandra Garcia. A solução de conflitos dentro e fora do processo por meio da mediação no ordenamento jurídico brasileiro: uma necessária contribuição do pensamento de Emmanuel Levinas sobre a justiça e a alteridade para a reflexão a respeito da mediação. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 15, n. 6, 2016.

MCBRIDE, Meredith. *ODR in the Era of COVID-19*. American BAR Association, oct. 2020. American Dispute Resolution. Disponível em: [https://www.americanbar.org/groups/family\\_law/committees/alternative-dispute-resolution/odr/](https://www.americanbar.org/groups/family_law/committees/alternative-dispute-resolution/odr/). Acesso em: 12 jun. 2021.

NORONHA, Carlos Silveira. Conceito e fundamentos de família e sua evolução na ordem jurídica. *Revista Faculdade de Direito UFRGS*, Porto Alegre, n. 10, 10 jul. 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do adolescente comentado*. 4 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530979959/>. Acesso em: 10 out. 2020

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *O divórcio na atualidade*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/>. Acesso em: 12 set. 2020.

PARKINSON, Liza. *Mediação Familiar*. Editora Agora Comunicação, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. De acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação online e as novas tendências em tempos de virtualização por força da pandemia de covid-19. *Portal do Conhecimento*, [S. l.], 2020. Disponível em: <http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7186707/AMEDIACCAOONLINEEASNOVASTENDENCIAEMTEMPOSDEVIRTUALIZACAOOPORFORCADAPANDEMIADCOVID19>. Acesso em: 16 out. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; HILL, Látia Pereira. *Diálogos sobre o Código de processo civil: críticas e perspectivas*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. *Poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502637306/>. Acesso em: 13 out. 2020.

SALES, Lilia Maia de Moraes. *Mediação de Conflitos: Família Escola e Comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SATO, Geisa Cavalcante Carbone. *A Síndrome de Alienação Parental nos casos de rompimento do vínculo matrimonial no Direito Civil brasileiro*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2020.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. *Arbitragem - Mediação, Conciliação e Negociação*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990152/>. Acesso em: 14 out. 2020.

SILVA, Alan Minas Ribeiro da; BORBA, Daniela Vitorino. *A morte inventada: alienação parental em ensaios e vozes*. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502616226/>. Acesso em: 14 out. 2020.

SILVA, Silvio Erasmo Souza da. *O Programa Educacional de Resistência às Drogas e à Violência (PROERD) como política pública de prevenção e resolução de conflitos escolares no município de Rio Pardo*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019.

SILVEIRA, Simone de Biazzi Ávila Batista da; FERRAZ, Deise Brião. A mediação de conflitos sob a perspectiva do desenvolvimento humano: as contribuições da psicologia positiva. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018.

SOURDIN, Tania *et al.* COVID-19, Technology and Family Dispute Resolution. *Australasian Dispute Resolution Journal*, aug. 2020. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3672995](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3672995). Acesso em: 12 jun. 2021.

SPENGLER, Fabiana Marion; ZASSO, Isabelle; SCHORR, Janaina Soares (org.) *A justiça brasileira em debate: desafios da mediação*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Da jurisdição à mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Unijuí, 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de conflitos da teoria à prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação no direito familista e sucessório*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion. *O terceiro e o triângulo conflitivo: o mediador, o conciliador, o juiz e o árbitro*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018.

SPENGLER, Fabiana Marion; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação digital de conflitos como política judiciária de acesso à justiça no Brasil. *Revista Faculdade Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 72, 2018.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983482/>. Acesso em: 2 out. 2020.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530981839/>. Acesso em: 13 out. 2020.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991463/>. Acesso em: 13 out. 2020.

WRASSE, Helena Pacheco. *Autocomposição entre administração pública e particulares: (im)possibilidades e desafios*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo,

**Dados do processo editorial**

- Recebido em: 16/05/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 17/05/2021
- Avaliação 1: 04/06/2021
- Avaliação 2: 08/06/2021
- Decisão editorial preliminar: 08/06/2021
- Retorno rodada de correções: 15/06/2021
- Decisão editorial/aprovado: 15/06/2021

**Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

# O PROJETO DE LEI N.º 1.179/2020 E A AUSÊNCIA DE ESTÍMULO ÀS FORMAS AUTOCOMPOSITIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DECORRENTES DA PANDEMIA DA COVID-19

THE DRAFT LAW N.º. 1.179 / 2020 AND THE  
ABSENCE OF STIMULATION TO THE SELF-  
COMPOUND WAYS TO RESOLVE CONFLICTS  
RESULTING FROM THE COVID-19 PANDEMID

CLARINDO EPAMINONDAS DE SÁ NETO<sup>1</sup>  
FELIPE RUDI PARIZE<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo científico possui como tema central os efeitos da pandemia da COVID-19 nas relações jurídicas de direito privado. Para tanto elegeram-se como problema de pesquisa o seguinte questionamento: No Projeto de Lei n.º 1.179/2020, apresentado com o objetivo de criar um Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado é possível constatar a ausência de estímulo às formas autocompositivas de resolução de conflitos? A hipótese que orienta este artigo é de que o RJET, embora seja uma importante fonte de estabilidade jurídica, pecou pela omissão em estimular as partes em utilizar de equivalentes jurisdicionais, bem como de exercer sua liberdade de contratantes norteadas pela boa-fé objetiva. No que toca à metodologia aplicada, optou-se pelo método dedutivo, enquanto método de abordagem; em relação ao método de procedimento optou-se pelo monográfico; a pesquisa bibliográfica, por sua vez, será utilizada enquanto técnica de pesquisa.

**Palavras-chave:** COVID-19; direito privado; força maior; RJET; resolução de conflitos.

1 Bacharel em Direito; Advogado; Mestre em Direito Internacional e Garantia de Direitos (UFRN) 2014; Doutor em Direito, Estado e Sociedade (UFSC) 2017. Professor efetivo em regime de dedicação exclusiva do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Na graduação atua no Escritório Modelo de Assistência Jurídica - EMAJ, com especial destaque para as áreas de Família, Cível, Consumidor, Penal e Trabalhista. Coordena o Grupo de Pesquisa e o Núcleo de Estudos em Direitos e Diversidades (projeto de extensão). Na Pós-graduação strictu sensu atua nas áreas de Direitos e Diversidades e Metodologia da Pesquisa Jurídica. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7687-6322>.

2 Aluno especial do Programa de pós-graduação em Direito da UFSC. Bacharel em Direito e Advogado. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5174-1381>.

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

SÁ NETO, Clarindo Epaminondas de; PARIZE, Felipe Rudi. O projeto de lei n.º 1.179/2020 e a ausência de estímulo às formas autocompositivas de resolução de conflitos decorrentes da pandemia da COVID-19. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 4, p. 114-133, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i4.7938>.

## ABSTRACT

*This scientific article has as its central theme the effects of the COVID-19 pandemic on legal relationships under private law. Therefore, the following question was chosen as a research problem: In draft law. N.º 1.179 / 2020, presented with the objective of creating an Emergency and Transitional Legal Regime for Legal Relations under Private Law, it is possible to verify the lack of encouragement to self-composed forms of conflict resolution? The hypothesis that guides this article is that the RJET, although an important source of legal stability, has failed to encourage the parties to use jurisdictional equivalents, as well as to exercise its freedom of contractors guided by objective good faith. With regard to the applied methodology, the deductive method was chosen as the approach method; in relation to the procedure method, the monograph was chosen; bibliographic research, in turn, will be used as a research technique.*

**Keywords:** COVID-19; private right; force majeure; RJET; conflict resolution.

## 1. INTRODUÇÃO

A pandemia da COVID-19, o novo coronavírus, causou forte impacto na forma de condução dos processos sociais e econômicos. A necessidade de isolamento e distanciamento social como a principal estratégia para desacelerar a velocidade de contaminação da doença impossibilitou a continuidade do exercício de atividades empresariais consideradas como não essenciais.

Nesta ordem de ideias, tal evento trouxe desdobramentos nas relações jurídicas de direito privado, operando sobre estas com efeito de uma hipótese de força maior. Assim, tornou-se possível a alegação da ausência de responsabilidade pelo descumprimento de obrigações contratualmente previstas em razão da pandemia, bem como para suscitar a necessidade de reequilíbrio do que foi ajustado na avença, a fim de evitar onerosidade excessiva.

Almejando diminuir incertezas e cenário instabilidade jurídica, por meio de união de esforços dos Poderes Legislativo e Judiciário, foi apresentado junto ao Senado Federal o Projeto de Lei n.º 1.179/2020, com objetivo de criação do Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado – RJET. Tal normativa pretende tutelar os efeitos de pandemia de COVID-19 às relações de direito privado, orientar os contratantes sobre como agir e também de evitar um maciço descumprimento contratual motivador de futuras demandas judiciais.

Ao analisar o texto do RJET, não se verifica nenhuma menção aos primados contratuais que deveriam orientar os contratantes neste momento, tal qual da boa-fé objetiva e autonomia da vontade das partes, tampouco menção sobre a possibilidade de utilização de equivalentes jurisdicionais para resolução de conflitos, o que poderia ser feito com atenção a tais princípios, que incidem sobre as relações de direito privado.

Com este horizonte, pretende o artigo analisar se o RJET deveria ter reforçado a importância de vias autocompositivas para soluções de conflitos decorrentes da pandemia da COVID-19, com atenção aos princípios regentes das relações privadas.

A hipótese que orienta este artigo é de que o RJET, embora seja uma importante fonte de estabilidade jurídica, pecou pela omissão em estimular as partes em utilizar de equivalentes jurisdicionais, bem como de exercer sua liberdade de contratantes norteada pela boa-fé obje-

tiva, para ajustar contratos atípicos e valer-se de formas autocompositivas para resolução de conflitos decorrentes da pandemia da COVID-19.

Para tanto, elegeram-se: a) contextualizar a situação da COVID-19 e os impactos nas relações de direito privado; b) explanar sobre as implicações de hipótese de força maior; c) explicar sobre o RJET, fazendo uma rápida revisão sobre suas principais proposições, bem como sobre a relevância desta normativa neste momento; d) abordar sobre quais são as formas de resolução de conflitos, bem com elucidar sobre os princípios contratuais da função social do contrato, boa-fé objetiva e da autonomia dos contraentes; e) destacar a ausência de previsão no RJET sobre a opção das partes em utilizar soluções autocompositivas para resolver litígios decorrentes da pandemia da COVID-19.

No que toca à metodologia aplicada, optou-se pelo método dedutivo, enquanto método de abordagem; em relação ao método de procedimento optou-se pelo monográfico; a pesquisa bibliográfica, por sua vez, será utilizada enquanto técnica de pesquisa.

## 2. A PANDEMIA DA COVID-19 E SEUS REFLEXOS NAS RELAÇÕES DE NATUREZA PRIVADA

A humanidade foi tomada de surpresa em 2020 por um fenômeno de proporções mundiais: a pandemia da COVID-19, que causou profundo impacto na condução dos fluxos sociais, econômicos e jurídicos até então existentes.

Segundo Nogueira (2020), a COVID-19 é uma doença recém descoberta, causada pelo vírus SARS-CoV2<sup>3</sup>. Esta tem os principais sintomas muito semelhantes aos de uma doença respiratória leve, disseminação rápida com altos padrões de infecciosidade e transmissibilidade em indivíduos e índice alto de letalidade naqueles pertencentes ao grupo de risco<sup>4</sup>, embora os não integrantes desta parcela apresentem boas taxas de recuperação. Por tratar-se de uma patologia até então desconhecida, inexistente medicação comprovadamente eficaz ao seu tratamento. Contudo, intervenções não farmacológicas como: a) o monitoramento do número de casos para assegurar a cobertura de atendimento pelo sistema de saúde aos pacientes com quadro clínico grave e b) o isolamento e distanciamento social; são as principais estratégias para sua contenção.

É importante reforçar que as medidas de isolamento e distanciamento social são a principal recomendação da Organização Mundial da Saúde – OMS e a Organização Pan-Americana da Saúde – OPAS (OPAS, 2020), inclusive do Ministério da Saúde do Brasil (BRASIL, 2020), conforme consta em seu endereço eletrônico: “Evite circulação desnecessária nas ruas, estádios, teatros, shoppings, shows, cinemas e igrejas. Se puder, fique em casa.”.

3 Ao todo, sete coronavírus humanos (HCoVs) já foram identificados: HCoV-229E, HCoV-OC43, HCoV-NL63, HCoV-HKU1, SARS-COV (que causa síndrome respiratória aguda grave), MERS-COV (que causa síndrome respiratória do Oriente Médio) e o, mais recente, novo coronavírus (que no início foi temporariamente nomeado 2019-nCoV e, em 11 de fevereiro de 2020, recebeu o nome de SARS-CoV-2). Esse novo coronavírus é responsável por causar a doença COVID-19. (OPAS, 2020).

4 Idosos, obesos, e portadores de diabetes, doenças cardiovasculares, doenças respiratórias crônicas, câncer, dentre outras (NOGUEIRA, 2020).

A necessidade de isolamento como uma das medidas fundamentais para frear a contaminação obrigou a desaceleração de atividades industriais e comerciais. Em âmbito nacional, houve a edição da Medida Provisória n.º 926/20<sup>5</sup>, que alterou a Lei n.º 13.979/2020, determinando a suspensão de atividades consideradas não essenciais, tal qual o comércio em geral. Esta providência foi seguida por vários estados, a exemplo de Santa Catarina, que editou o Decreto Estadual n.º 515/2020<sup>6</sup> e recentemente o Maranhão, que determinou *lockdown*, por meio do Decreto Estadual n.º 35.748/2020<sup>7</sup>.

Tal horizonte de incertezas, mormente porque não há exata noção de quanto tempo perdurará a necessidade de isolamento social, culmina em impacto direto à indústria, comércio e também para os prestadores de serviço não entendidos como essenciais. Sem exercer suas atividades, não receberão a contraprestação decorrente, obstando a circulação de riquezas e dificultando o cumprimento de seus deveres.

Sobressai que a pandemia da COVID-19 representa um fator externo aos vínculos contratuais privados causador de desequilíbrio destes, impossibilitando as partes de cumprir integralmente suas obrigações e no prazo ajustado, deixando-as passíveis de incorrer em eventuais penalizações decorrentes de inadimplência ou até mesmo calhando na resolução de tais pactos.

Dadas as suas características e repercussões jurídicas, entende-se que a pandemia da COVID-19 como um fenômeno jurídico de *força maior*, ao qual a legislação de regência tem previsão específica, trazendo determinados desdobramentos e interpretações que podem ser adotadas pelas partes envolvidas na relação, as quais passa-se a explicar.

## 2.1 A HIPÓTESE DE FORÇA MAIOR E SUAS IMPLICAÇÕES NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS PRIVADAS

De acordo com nosso ordenamento jurídico, a pandemia da COVID-19 enquadra-se como uma hipótese de força maior por ser um evento externo, decorrente de um fato gerador da natureza (cuja gênese não advém de ato humano) e os efeitos são inevitáveis.

Com efeito, a doutrina civilista não encontra consenso sobre a definição de força maior, considerando sua similaridade às hipóteses de caso fortuito. Segundo define Tartuce (2014, p. 737-739) a força maior constitui um acontecimento natural e o caso fortuito um ato de outrem, rumando para o norte de que seria preferível manter um critério distintivo abstrato,

5 Art. 3º. Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:

I - isolamento;

II - quarentena [...] (BRASIL, 2020a).

6 Art. 2º. Para enfrentamento da emergência de saúde pública declarada no art. 1º deste Decreto, ficam suspensas, em todo o território estadual, sob regime de quarentena, nos termos do inciso II do art. 2º da Lei federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, pelo período de 7 (sete) dias:

I - a circulação de veículos de transporte coletivo urbano municipal, intermunicipal e interestadual de passageiros;

II - as atividades e os serviços privados não essenciais, a exemplo de academias, shopping centers, restaurantes e comércio em geral;

III - as atividades e os serviços públicos não essenciais, no âmbito municipal, estadual e federal, que não puderem ser realizados por meio digital ou mediante trabalho remoto; e

IV - a entrada de novos hóspedes no setor hoteleiro. (SANTA CATARINA, 2020).

7 Art. 3º. [...] I - é vedada qualquer aglomeração de pessoas em local público ou privado, em face da realização de eventos como shows, congressos, plenárias, torneios, jogos, apresentações teatrais, sessões de cinema, festas em casas noturnas e similares. (MARANHÃO, 2020).

mas que na realidade ambos correspondem a um mesmo conceito para impedir a imputabilidade de culpa daquele que se encontra em mora. Porém, entende que a *imprevisibilidade do evento* deveria ser empregada como elemento a justificar um fato como extraordinário, determinando sua *inevitabilidade* como requisito de prevalência.

Contudo, o presente trabalho partilha do entendimento que o caso fortuito compreende os eventos que têm intrínseca uma nota de imprevisibilidade, tomando por base parâmetros do homem médio; ao passo que a força maior aponta como sua principal característica, a inevitabilidade, independentemente de sua causa ser conhecida. Nesta linha, encontra-se esteio na obra de Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 475).

Não se pode olvidar que para configuração tanto de força maior, quanto de caso fortuito, não pode haver qualquer contribuição dolosa ou culposa dos contratantes. A lição de Trabucchi (1967 apud GONÇALVES, 2014, p. 623) reúne como elementos fundamentais para caracterização de um inadimplemento fortuito: “[...] a) que se trate de uma efetiva impossibilidade objetiva; b) que tal impossibilidade seja superveniente; e c) que a circunstância que a provoque seja inevitável e não derive da culpa do devedor ou surja durante a mora deste”.

Para esta hipótese, o caput do art. 393 do Código Civil - CC (BRASIL, 2002) prevê: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.”. Em regra, nestes casos, os contratantes poderão avocar a exoneração de suas responsabilidades; de prestação e contraprestação das obrigações contratualmente previstas. Apesar disso, se o contrato tiver previsão que uma das partes suportará os prejuízos decorrentes de força maior, não poderá ser avocada a exclusão de responsabilidade daquela que assumiu tal ônus.

É o que reforçam Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 475), ressaltando que “[...] Essa assunção do risco, no entanto, para ser reputada eficaz, deverá constar de cláusula expressa do contrato.”.

Logo, num primeiro momento, deverão ser avaliadas as disposições do contrato para verificar o que este dispõe sobre os prejuízos decorrentes de força maior. Havendo cláusula específica, esta deverá ser respeitada ou, na sua ausência, aplica-se a regra geral prevista em Lei.

Como corolário de tal diretriz, há outras previsões importantes do CC no tocante à superveniência de hipótese de força maior, que também merecem atenção. Encontra-se os arts. 478 a 480<sup>8</sup> de tal legislação, os quais dispõe sobre a onerosidade excessiva nos contratos causada por eventos imprevisíveis e extraordinários. Nestas ocasiões, poderá a parte prejudicada requerer a resolução dos pactos, a menos que o outro integrante da relação jurídica aceite alterar de forma equitativa as condições da avença.

Tal previsão consagra a *teoria da imprevisão*, a qual merece algumas ressalvas. Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2014a, p. 481) pela dicção da lei, presume-se sua aplicabilidade apenas quando houver enriquecimento de uma das partes e empobrecimento de outra; o que

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

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva. (BRASIL, 2002).

não pode ser considerado como um pré-requisito à sua incidência, eis que “[...]”o fato posterior poderá onerar a ambas, caso em que, ainda assim, a teoria não poderia deixar de ser aplicada.”.

Seguem os autores asseverando que uma decisão judicial, sem tencionar a substituição da vontade das partes, sobretudo daquela que faz a concessão para evitar a resolução, poderá rearranjar as bases do contrato, a fim de evitar seu desfazimento, até mesmo porque “[...] podendo-se o mais (a resolução), pode-se o menos (a revisão), por inegável razão de justiça.”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014a, p. 481).

Neste ponto, destaca-se ainda a previsão do art. 317<sup>9</sup> do CC, que parece servir de esteio à argumentação feita anteriormente. Este artigo, aplicando a teoria da imprevisão, assegura que na ocorrência de evento inesperado motivador de desproporção manifesta do pagamento devido em razão de relação obrigacional assumida preteritamente no instrumento, poderá a parte prejudicada requerer a readequação deste montante ao valor real da prestação.

Com atenção às leis de regência, às peculiaridades da pandemia da COVID-19, à forma como esta afeta relações jurídicas de modo geral, prejudicando ambos os contratantes, que poderiam avocar tais previsões a seu favor para requerer a resolução do contrato e/ou para suscitar que tal evento causou desequilíbrio contratual; surgiram dúvidas de direito intertemporal e de interpretação das previsões legais acima citadas aos casos envolvendo a hipótese de força maior decorrente de COVID-19.

Outrossim, também se tornou fundamental estabelecer determinadas balizas para evitar a invocação da teoria da imprevisão e força maior de forma indiscriminada, evitando que tal fundamento fosse utilizado de forma desproporcional e indevida em contendas envolvendo as relações de direito privado.

Neste contexto foi apresentado o projeto de Lei n.º 1.179/2020, cujas disposições serão explicadas de forma particularizada na sequência.

### **3. O PROJETO DE LEI N.º 1.179/2020: INSTITUIÇÃO DO REGIME JURÍDICO EMERGENCIAL E TRANSITÓRIO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO – RJET**

No dia 3 de abril do corrente ano, o Senado Federal aprovou o Projeto de Lei n.º 1.179/2020, cujo objeto é estabelecer o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado – RJET, em razão da pandemia da Covid-19. O projeto passou por deliberação junto a Câmara dos Deputados, pendendo agora de sanção presidencial.

Tal proposta legislativa, de autoria do Senador Antonio Anastasia (PSD/MG) e relatoria da Senadora Simone Tebet (MDB/MS), veio no intuito de dar segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade às regras de Direito Privado, sem alterar o texto das leis já existentes, de forma

<sup>9</sup> 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. (BRASIL, 2002).

transitória no curso desta fase excepcional de nossa história; bem como de proteger as partes vulneráveis inseridas neste campo do direito.

Na justificção deste, apontaram-se como as bases do projeto legislativo as seguintes:

[...](1) manter a separação entre relações paritéticas (de Direito Civil e de Direito Comercial) e relações assimétricas (de Direito do Consumidor e das Locações Prediais Urbanas); (2) não alterar as leis vigentes, dado o caráter emergencial da crise gerada pela pandemia, mas apenas criar regras transitórias que, em alguns casos, suspendam temporariamente a aplicação de dispositivos dos códigos e leis extravagantes; (3) limitar-se a matérias preponderantemente privadas, deixando questões tributárias e administrativas para outros projetos; (4) as matérias de natureza falimentar e recuperacional foram deixadas no âmbito de projetos já em tramitação no Congresso Nacional. (BRASIL, 2020b).

Ainda, importante verificar que tal iniciativa legislativa foi fruto de atuação de seletor grupo de juristas<sup>10</sup>, bem como de atuação do Presidente do Supremo Tribunal Federal – STF, Ministro Dias Toffoli; o Ministro do Superior Tribunal de Justiça – STJ, Antonio Carlos Ferreira e o Conselheiro Nacional do Ministério Público Otavio Luiz Rodrigues Junior. Ou seja, tratou-se de união de esforços do Legislativo e Judiciário para conter e regular os efeitos da COVID-19, inclusive para fins de política judiciária.

Em artigo assinado pelo Ministro Dias Toffoli e pelos Senadores Anastasia e Tebet (CONJUR, 2020), estes comentaram que RJET foi concebido no intuito de:

[...] controlar a onda avassaladora de descumprimento de contratos. A perturbação das relações econômicas gera um efeito cascata: a inadimplência em um contrato provoca uma reação em cadeia em vários outros negócios. Nesse aspecto, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário assumem um papel de preponderância na busca por soluções que evitem uma judicialização maciça do ambiente econômico.

O texto inicial sofreu alterações em sua votação junto ao Senado Federal. O substitutivo aprovado nesta casa legislativa trouxe as seguintes disposições (BRASIL, 2020b):

a) *Disposições gerais:*

Fixou-se o dia 20 de março de 2020, quando houve a publicação do Decreto Legislativo n.º 6, como marco inicial para os eventos decorrentes da Covid-19. Houve ressalva específica de que as normas mencionadas durante o texto da lei não sofrerão revogação ou alteração.

b) *Prescrição e decadência:*

Os prazos prescricionais e decadenciais estarão suspensos ou impedidos, conforme a hipótese, desde a data de vigência da lei até o dia 30 de outubro de 2020; ressalvando que caso já haja suspensão, impedimento ou interrupção em razão da incidência de algumas das circunstâncias específicas previstas em lei, não se aplicará a regra ora criada.

10 Este projeto de lei contou com o auxílio de ilustres professores de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Processual, e juristas como Fernando Campos Scaff, Paula Forgioni, Marcelo von Adamek e Francisco Satyro, da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da Universidade de São Paulo; José Manoel de Arruda Alvim Netto, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Rodrigo Xavier Leonardo, da Universidade Federal do Paraná, e Rafael Peteffi da Silva, da Universidade Federal de Santa Catarina, além dos advogados Roberta Rangel e Gabriel Nogueira Dias. (BRASIL, 2020b).

c) *Pessoas jurídicas de direito privado:*

Associações, sociedades e as fundações deverão suspender a realização de reuniões e assembleias presenciais até o dia 30 de outubro de 2020, observando as determinações de autoridades sanitárias locais.

Até esse dia, permitiu-se a realização de assembleia geral por meio eletrônico independentemente de previsão da hipótese em atos constitutivos e a manifestação dos participantes por qualquer meio eletrônico, conforme assinalado pelo administrador; desde que possível a identificação do participante e a garantia da segurança do voto, tendo efeitos de assinatura presencial.

d) *Resilição, resolução e revisão dos contratos:*

No tocante à execução dos contratos vigentes, a lei vedou efeitos retroativos da questão da pandemia da COVID-19, inclusive para argumentação de força maior; pontuando que não considerar-se-ão como imprevisíveis o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou substituição do padrão monetário para os seguintes fins específicos:

- i. Readequação do valor de prestações que supostamente tornaram-se onerosamente excessivas no momento do seu pagamento;
- ii. Resolução por onerosidade excessiva dos contratos de prestação diferida ou continuada e a possibilidade de evitá-la com modificações equitativas;
- iii. Possibilidade de alteração ou redução da prestação, naqueles contratos em que há obrigação para apenas uma das partes.

A lei deixou claro que seu teor não se aplica às relações contratuais reguladas pela Lei de Locações e pelo Código de Defesa do Consumidor. Ademais, que as normas de proteção consumeristas não incluem os negócios jurídicos subordinados ao CC, nos quais se inserem aqueles mantidos exclusivamente entre empresas ou empresários.

e) *Relações de consumo:*

Ficou vedado ao consumidor o exercício do direito de arrependimento no prazo de 7 dias após o recebimento quando tratar-se de entrega de produtos perecíveis ou de consumo imediato e medicamentos; isto até o dia 30 de outubro de 2020.

f) *Locações de imóveis urbanos:*

Nas ações de despejo propostas a partir do dia 20 de março de 2020, não serão concedidas liminares para desocupação do imóvel, isto até o dia 30 de outubro de 2020; caso a ação esteja fundada em:

- i. Descumprimento do mútuo acordo, celebrado por escrito e assinado pelas partes e por duas testemunhas, no qual tenha sido ajustado o prazo mínimo de seis meses para desocupação, contado da assinatura do instrumento;
- ii. Extinção do contrato de trabalho, se a ocupação do imóvel pelo locatário era relacionada com o seu emprego;
- iii. Permanência do sublocatário no imóvel, extinta a locação, celebrada com o locatário;
- iv. Término do prazo noticiatório previsto para apresentar nova garantia locatícia sem apresentação desta;

- v. Término do prazo da locação não residencial;
- vi. Falta de pagamento de aluguel e acessórios da locação no vencimento, nos contratos sem garantia locatícia, independentemente de motivo.

g) *Usucapiões:*

Ficam suspensos todos os prazos de prescrição aquisitiva de usucapião, tanto imobiliárias quanto as mobiliárias, desde o momento em que passar a vigor a lei até o dia 30 de outubro de 2020.

h) *Condomínios edifícios:*

Até o dia 30 de outubro de 2020, aos síndicos são conferidos os seguintes poderes:

- i. Restrição da utilização de áreas comuns condominiais, assegurando o acesso à propriedade exclusiva de cada condômino;
- ii. Restrição ou proibição de eventos coletivos (festas, reuniões, etc.); bem como a utilização de garagem por terceiros que não residem no condomínio, ainda na hipótese de que este utilize a propriedade exclusiva do condômino.

As limitações estabelecidas pela lei não se aplicam, contudo, no caso de atendimento médico, de obras de natureza estrutural ou de benfeitorias necessárias.

Ficaram permitidas a assembleia geral condominial e respectivas votações por meio virtual, nas quais as manifestações de vontade realizadas pelos condôminos terão efeitos iguais a de uma assinatura presencial. Caso a realização do ato não seja possível na forma proposta, os mandados de síndico vencidos a partir de 20 de março de 2020 ficam prorrogados até 30 de outubro de 2020.

A obrigação de prestar contas do síndico permanece obrigatória, inclusive sob pena de destituição quando não cumprida.

i) *Regime societário:*

Foram prorrogados até 30 de outubro de 2020, os prazos para pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividade empresarial a realização de assembleias, reuniões e o arquivamento junto aos órgãos competentes de demonstrações contábeis; cabendo à Comissão de Valores Mobiliários, dentro da sua competência, regulamentar os demais prazos aplicáveis às companhias abertas.

Ficou igualmente permitida a realização das reuniões e assembleias de forma remota, com votação por meio virtual.

No caso de ser permitido pelas autoridades sanitárias locais, o ato poderá ser realizado em local diverso daquele previstos pela legislação em vigor, desde que tal fato seja previamente comunicado aos participantes e que este ocorra dentro da jurisdição do município da sede social da pessoa jurídica.

Caberá à Comissão de Valores Mobiliários, no caso das companhias abertas, e ao Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração, para as demais sociedades, empresárias ou não, regulamentar a realização de assembleias e reuniões remotas.

O disposto neste tocante será observado, naquilo que for compatível, pelas demais pessoas jurídicas de direito privado.

Por fim, ficou estabelecido que os dividendos e outros proventos, ainda que sobre o lucro constante de balanço levantado ao final de exercícios encerrados, mas ainda não aprovados pelos sócios ou acionistas das sociedades, conforme o caso, poderão ser declarados durante o exercício social de 2020 pelo Conselho de Administração independentemente de previsão estatutária ou contratual. Nos casos de inexistência de tal órgão, a Diretoria da sociedade assumirá a competência prevista no caput deste artigo.

j) *Regime concorrencial:*

Ficará suspensa para os contratos iniciados entre os dias 20 de março de 2020 até 30 de outubro de 2020, ou enquanto durar a declaração do estado de calamidade conforme publicação contida no Decreto Legislativo n.º 6:

1. Caracterização de infração da ordem econômica, conforme a Lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: i) vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; ii) cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;
2. As demais infrações da ordem econômica deverão considerar deverão considerar as circunstâncias extraordinárias decorrentes da pandemia da Covid-19;
3. Não se considerará ato de concentração quando duas ou mais empresas celebrarem contrato associativo, consórcio ou *joint venture*. Contudo, tal suspensão não afasta a possibilidade de análise posterior do ato de concentração ou de apuração de infração à ordem econômica dos acordos que não forem necessários ao combate ou à mitigação das consequências decorrentes da pandemia da Covid-19;
4. A interpretação dos atos conforme as regras estabelecidas nesta Lei cessam imediatamente em 30 de outubro de 2020.

k) *Direito de família e sucessões:*

A prisão civil decorrente do não pagamento de pensão alimentícia deverá ser cumprida exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações.

Os prazos relativos aos processos de inventário terão as seguintes implicações:

- i. De dois meses para instauração, nas sucessões abertas a partir de 1º de fevereiro de 2020, terá seu termo inicial dilatado para 30 de outubro de 2020;
- ii. De doze meses, para que seja ultimado o processo de inventário e de partilha, caso iniciado antes de 1º de fevereiro de 2020, ficará suspenso a partir da vigência desta Lei até 30 de outubro de 2020.

l) *Disposições finais:*

O Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN ficou responsável por editar normas que prevejam medidas excepcionais de flexibilização do trânsito de veículos pelas vias terrestres para não caracterizar penalidade de excesso de peso/carga. Deverá prevalecer a necessidade de aumentar a eficiência na logística de transporte de bens e insumos e da prestação de serviços relacionados ao combate dos efeitos decorrentes da pandemia.

Esta norma que será editada pela CONTRAN terá sua vigência limitada ao período de calamidade pública previsto no Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

Houve alteração na data de vigência da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, para:

- i. 1º de agosto de 2021, relativo à aplicação das sanções administrativas às infrações das disposições da LGPD praticadas pelos agentes de tratamento de dados;
- ii. 1º de janeiro de 2021, quanto aos demais artigos da LGPD.

A vigência da lei que instituirá o RJET ficou prevista para a data de sua aplicação.

### 3.1 AS IMPRESSÕES SOBRE O RJET

Denota-se, portanto, que a lei tem como norte a estabilidade das relações comerciais, criando alternativas para cumprimento de obrigações e formas de abrandar os impactos da pandemia da COVID-19. Ademais, buscou proteger partes que naturalmente são vulneráveis em relações contratuais (tais quais consumidores e locatários) neste momento turbulento. É provável que os precedentes de nossas Cortes de Justiça também tragam outros elementos neste espectro.

É perceptível que a normativa propõe flexibilizar as regras de direito privado, inclusive algumas de natureza processual, para que as finalidades já estabelecidas em lei sejam atingidas, atentando à natureza singular deste momento histórico e das medidas extraordinárias que foram autorizadas.

Contudo, não se verifica no teor do RJET nenhuma previsão específica ressaltando primados basilares das relações contratuais, sobretudo no atinente à prevalência da autonomia da vontade das partes e da boa-fé objetiva; bem como de opções alternativas para resolução de conflitos, presumido que as partes recorrerão obrigatoriamente ao judiciário para resolver eventuais contendas.

Aqui chega-se ao ponto principal do presente artigo, pois entende-se que a ausência de previsão de um dispositivo específico sobre estas questões acaba por omitir e desestimular outras formas mais céleres e adequadas aos interesses das partes envolvidas em conflitos de relações privadas, aquelas tuteladas pelo RJET.

## 4. O RJTE E A AUSÊNCIA DE ESTÍMULO ÀS FORMAS AUTOCOMPOSITIVAS PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS RELAÇÕES PRIVADAS DECORRENTES DA PANDEMIA DA COVID-19

Registre-se, por oportuno, que a iniciativa do RJET merece congratulações. Diante do grande impacto causado pela pandemia da COVID-19, fundamental a elaboração de uma nor-

mativa que sirva de elemento norteador para contendas e dúvidas de interpretação relativas à extensão e desdobramentos das disposições legais atinentes à força maior.

Tal projeto de lei tem uma função fundamental neste momento, sobretudo quando o Executivo Federal não apresenta políticas públicas e iniciativas concretas para contenção dos impactos decorrentes deste episódio histórico. Contudo, o intento do presente artigo é demonstrar que tal legislativa poderia ter estimulado resoluções consensuais entre as partes envolvidas no litígio, até mesmo como forma de obstar a judicialização maciça destas lides.

Para chegar-se a este ponto, importante entender sobre o princípio contratual da autonomia da vontade das partes e da boa-fé objetiva e também quais são as formas de solução de conflitos.

#### 4.1 AS FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Conforme verificado acima, o RJET veio no intuito de servir como norteador dos efeitos da pandemia da COVID-19 nas relações de direito privado, bem como para prevenir eventual judicialização em massa de ações com fundamento em descumprimento ou desequilíbrio contratual.

Diante deste cenário no qual se projetam grande número de conflitos, válido compreender quais são as possíveis formas de resolução de conflitos.

A primeira delas seria *autodefesa*, a qual Alvim (2015, p. 55-56) aponta esta como uma das formas mais primitivas de resolver algum conflito, remetendo à época em que ainda não existia uma autoridade legitimada a impor uma decisão ao impasse existente. Assim, a própria parte prejudicada protege, com os meios disponíveis, os seus bens e direitos. Nos Estados Modernos, ainda remanescem algumas hipóteses, conforme menciona o autor: “[...] a legítima defesa, no âmbito penal; o desforço *incontinenti* (imediate), no âmbito civil; o direito de greve, no âmbito trabalhista.”

Na medida em que a civilização compreendeu que o uso da força impunha muitos riscos, sobrevivendo a limitação do exercício de direitos e a tutela legal de determinados bens, passou-se ao exercício da *autocomposição* como forma de resolução de embates, a qual “equivale a solução, resolução ou decisão do litígio por obra dos próprios litigantes.” (ALVIM, 2015, p. 58). Segue o autor discorrendo que esta opção é fruto de ajuste de vontades dos envolvidos, de forma espontânea e pode ser expressada de três maneiras: pela renúncia ou desistência, submissão ou reconhecimento e a transação.

As duas primeiras vias de resolução são fruto de desforços dos/entre os envolvidos. Porém, quando chega-se ao ponto em que as partes não podem recorrer a nenhuma das formas permitidas de autodefesa e tampouco chegam à convergência para solução da pretensão resistida, há necessidade de invocar o terceiro elemento, legitimado a tal mister, para que se decida qual das versões deverá prevalecer.

Aqui tem-se a *jurisdição*, a qual Alvim (2015, p. 213), define-a como função do Estado na composição de conflito de interesses, que deverá sempre ser provocada pela parte interessada, “[...] com o fim de resguardar a paz social e o império do direito.”. O autor lembra que não são mais admitidas que instituições não estatais (tal qual a igreja) constituam-se como juí-

zes. Somente podem exercer tal poder/dever<sup>11</sup>, além do Estado-Juiz, instituições devidamente autorizadas pela Lei (tal qual os árbitros e câmaras arbitrais, consoante Lei n.º 9.307/96).

Assim, para além da jurisdição exercida pelo Estado-Juiz para por fim às lides, existem outras vias entendidas como *equivalentes jurisdicionais* que também podem ser utilizadas pelas partes quando nascida uma pretensão resistida entre estas. Constituem-se como “[...] meios pelos quais se pode atingir a composição da lide por obra dos próprios litigantes, como a transação e a mediação, ou de um particular desprovido de poder jurisdicional, como a mediação”. (ALVIM, 2015, p. 53). São estas vias alternativas às quais o presente artigo refere-se como *formas autocompositivas* de resolução de conflitos.

A primeira destas pode ser definida como a *negociação*. Aqui, ficamos diante de uma situação na qual as partes envolvidas têm completo controle e condução sobre a maneira pela qual o impasse na qual estão envolvidas será superado. Simão (2016) menciona sobre a relevância desta opção, que “[...] Por ter natureza personalíssima [...] preserva a autoria e a autenticidade dos negociadores na solução de seus próprios conflitos, não existindo nada mais adequado e duradouro do que uma solução auto negociada [...]”.

Outra alternativa é a *mediação*, que funciona como uma negociação intermediada por um terceiro, ou por um grupo de pessoas, neutro ao conflito, que auxilia as partes a compreender melhor suas pretensões para, derradeiramente, dirimir a contenda. Porém, este não propõe ou sugere quanto ao mérito do conflito. Conforme Sales e Chaves (2014) explicam, o papel do mediador (ou mediadores) é de conduzir os litigantes a compreender a raiz do conflito, “[...] possibilitando o diálogo participativo, efetivo e pacífico, permitindo-se a construção de uma solução satisfatória pelas próprias partes.”.

A mediação é fortemente estimulada em nosso sistema jurídico. Verificamos a preocupação com esta questão já na edição da Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que dispunha sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, a qual foi reforçada com a edição do Código de Processo Civil – CPC em seus arts. 165 a 175, culminando na sua regulamentação pela Lei n.º 13.140/2015.

A *conciliação* é bastante similar à mediação, pois também contará com a participação de terceiro (ou terceiros) neutro ao conflito, mas que orienta as tratativas entre os envolvidos “[...] a partir do apresentado e passa, se for o caso, a sugerir soluções compatíveis com o interesse das partes ou, uma vez apresentada a solução pelas próprias pessoas, a conduzir essa solução para que ela realmente reflita o interesse das partes em conflito.” (SALES; CHAVES, 2014). Importante consignar que esta forma de resolução de conflitos também é consagrada e estimulada em nosso ordenamento, sobretudo no CPC, inclusive com destaque nos mesmos dispositivos atinentes à mediação.

Por fim, ainda convém abordar sobre a *arbitragem*. Esta resulta basicamente da conjugação da vontade de partes envolvidas em um conflito a submeter sua resolução a um terceiro ou terceiros, também escolhido ou escolhidos por estas, que de acordo com os requisitos que estabelecerem, resolverá a pendência. Nas palavras de Rocha (2008, p. 27), tem-se que “[...] a distinção entre a arbitragem e a outra forma heterônoma de solução de conflitos, a

11 O autor pondera a existência de grande divergência na doutrina sobre a jurisdição como um poder, um dever ou as duas coisas ao mesmo tempo. (ALVIM, 2015, p. 213).

judicial, reside na qualidade do terceiro a quem compete o poder de decisão: na arbitragem é do árbitro, sujeito privado escolhido pelas partes; na forma judicial, é do juiz, agente estatal imposto às partes.”. Tal instituto está regulamentado por legislação especial, sendo esta a Lei n.º 9.307/96, conhecida como Lei da Arbitragem.

Assim, quando estamos diante da discussão atinente às formas de resolução de conflitos, é fundamental ter em mente a existência dos equivalentes jurisdicionais e a relevância destes, como forma de atuação suplementar da jurisdição.

## 4.2 OS PRIMADOS CONTRATUAIS: AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES, FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS E A BOA-FÉ OBJETIVA

Quando a discussão envolve matéria atinente às relações privadas e contratuais, sobretudo diante da existência de conflito entre os contratantes, é importante entender os princípios basilares regentes das relações privadas.

É impossível abordar contratos sem considerar que as relações privadas são frutos de união da vontade das partes. Malgrado a primordial relevância da função social, não se pode olvidar, conforme mencionam Gagliano e Pamplona Filho (2014a, p.105) que “[...] o contrato é um fenômeno eminentemente voluntarista, fruto da autonomia privada e da livre-iniciativa” a qual se expressa na liberdade de contratar em três âmbitos: a liberdade de firmar contratos; com quem firmá-los e o conteúdo sobre o qual versará a avença.

Tartuce (2014, p. 142) complementa o alegado com um importante recorte à discussão empreendida neste trabalho. Ele recorda que “[...] o principal campo de atuação do princípio da autonomia privada é o patrimonial, onde se situam os contratos como ponto central do Direito Privado.”. Porém, pouco adiante adverte que esta será exercida sempre com limitação da função social do contrato, que servirá como atenuante ao seu alcance.

A função social dos contratos, considerada como o vetor principal das relações contratuais, exerce importante cláusula de barreira à eventuais excessos à autonomia das partes contratantes. Até porque o art. 421, em seu caput, do CC (BRASIL, 2002) dispõe expressamente sobre esta questão: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.”.

A tarefa de definir o termo função social do contrato e suas implicações nas relações jurídicas poderia ser objeto de trabalho particularizado, mas para a finalidade deste artigo, vale interpretá-la conforme propõem Gagliano e Pamplona Filho (2014a, p. 119), no “[...] tratamento idôneo das partes, na consideração, inclusive, de sua desigualdade real de poderes contratuais”, com repercussão ética na forma de tratamento entre os contratantes, situação esta consubstanciada na cláusula de boa-fé objetiva. Isto é: os contratos não se prestam apenas a regular negociações e permitir à circulação de riquezas.

Acrescente-se que Tartuce (2014) registra que o princípio da função social do contrato importa em analisar a avença de acordo com contexto social no qual ela foi firmada, reforçando que no seu entender, quando estamos avaliando tal questão, a não se pode esquecer o previsto no parágrafo único do art. 2.035 do CC<sup>12</sup>, o qual a eleva ao preceito de ordem pública.

12 Art. 2.035. [...] Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos. (BRASIL, 2002).

Chegamos ao ponto em a boa-fé objetiva ganha relevância na formação e execução dos contratos e até mesmo no momento pós-contratual. Sua previsão legislativa é o art. 422 do CC (BRASIL, 2002), que assim dispõe: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Ele atua como uma cláusula geral dos contratos, impondo às partes contratantes um arquétipo de contunda proba, leal e honesta em um padrão de homem comum, sendo aos magistrados sempre recomendável presumir que as partes assim o fizeram. É o que aponta Gonçalves (2014a, p. 87-89), ressaltando a divisão da boa-fé em objetiva e subjetiva:

- a. A boa-fé subjetiva, também entendida como psicológica, prevalecia no Código Civil de 1916, referindo sobre o agir da parte contratante, o comportamento ciente ou ignorante de certos vícios que interfiram na relação jurídica em questão;
- b. A boa-fé objetiva, prevista no art. 422 do CC, funciona como regra de conduta, fundada na “[...] honestidade, “[...] a retidão, na lealdade e na consideração para com os interesses do outro contraente [...]”, inclusive no tocante à veracidade das informações que são trocadas.

Portanto, a boa-fé objetiva tem importantes funções em âmbito dos contratos que regulam as relações privadas, as quais podem ser ilustradas como, nas palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2014a, p. 153): “a) função de interpretativa e de colmatação; e b) função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção.”

A primeira destina-se a assegurar que o contrato atenda aos fins sociais aos quais ele se destina, bem como a atender as exigências para assegurar o bem comum e também para que diante de eventuais lacunas do sistema jurídico, sirva de orientação do magistrado para interpretar as avenças e aplicar a lei, quando necessário à resolução de determinado conflito. É essencial à finalidade do art. 113<sup>13</sup> do CC.

A segunda delas atua na criação de deveres invisíveis às partes, embora fundamentais para a existência e validade das obrigações reguladas mediante contratos. Não existe um rol exaustivo destas, porém os autores citam a título exemplificativo: “a) lealdade e confiança recíprocas; b) assistência; c) informação; d) sigilo ou confidencialidade” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014a, p. 157).

Tais deveres, também definidos como anexos, laterais ou secundários, quando infringidos, importam em uma violação positiva do contrato, conforme aduz Tartuce (2014, p. 220-221) “[...] com aplicação a todas as fases contratuais, vem sendo reconhecida pela doutrina contemporânea, como nova modalidade de inadimplemento obrigacional. ”.

Com esta ordem de ideias, os contratos são desenvolvidos como expressão da autonomia da vontade das partes, mormente nas relações que envolvem direito privado, impondo-lhes agir

13 Este artigo sofreu recente alteração pela Lei n.º 13.874/2020, passando a ter o seguinte teor:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;

III - corresponder à boa-fé;

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

de forma honesta e proba durante toda as fases do contrato, desde antes da sua formação até depois de sua conclusão; sopesando ainda o contexto social nos quais estes foram firmados. Por isso, os contratantes devem agir com boa-fé, respeitando os deveres anexos decorrentes desta, ao passo que a violação destes importa em violação positiva do contrato.

Estes elementos demonstram que o RJTE, por tutelar as relações jurídicas privadas diante do advento da pandemia da COVID-19, deveria ter estimulado as soluções autocompositivas de conflitos contratuais.

### 4.3 A CARÊNCIA DO RJTE EM ESTIMULAR FORMAS AUTOCOMPOSITIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE RELAÇÕES PRIVADOS EM RAZÃO DA PANDEMIA DE COVID-19

A partir do que foi apresentado anteriormente é possível verificar-se que mesmo havendo princípios fundamentais previstos em lei, que deveriam ter sido considerados no momento da redação do RJTE, tal legislação não trouxe nenhuma previsão específica sobre a possibilidade de as partes chegarem a uma solução conjunta atentando-se aos princípios da boa-fé objetiva e da autonomia de suas vontades.

Ao que tudo indica, embora tenha sido concebida com o propósito de orientar as partes de contratos privados sobre como interpretar os efeitos decorrentes da hipótese de força maior representada pela COVID-19, pecou exatamente por deixar de lembrar às partes que os contratos existem com uma função social e ainda que, conforme ressalva Gonçalves (2014a, p. 86) “A regra da boa-fé [...] é uma cláusula geral para a aplicação do direito obrigacional, que permite a solução do caso levando em consideração fatores metajurídicos e princípios jurídicos gerais [...]”, incidindo sobre todos os contratos e cria deveres secundários aos contratantes, dentre os quais o de lealdade e da confiança recíproca, a qual Gagliano e Pamplona Filho (2014a, p. 158) afirmam ser algo “[...] que não se outorga por decreto, mas, sim, que se conquista justamente pela prática de uma conduta leal ou se pressupõe em uma sociedade que se pretende reconhecer como civilizada.”.

Não se pode esquecer também que o princípio da boa-fé objetiva deve “[...] incidir mesmo antes e após a execução do contrato, isto é, nas fases pré e pós-contratual.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014a, p. 165), bem como que este outorga aos contratantes o dever secundário de assistência, pelo que cabe a estes “[...] colaborar para o correto adimplemento da sua prestação principal, em toda a sua extensão.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014a, p. 159).

Nesse mesmo sentido, os contratos privados são expressão da liberdade das partes. Sem *animus* das partes em contratar, os pactos são inexistentes. Se existe a liberalidade contratual, com quem contratar e sobre qual matéria versará o ajuste, também poderiam exercer tal prerrogativa com objetivo de chegar a soluções pelas quais seja possível reequilibrar as obrigações referentes à avença, cujo desequilíbrio foi causado exatamente pela pandemia da COVID-19. Neste plano, Gonçalves (2014a, p. 66) assegura que “O princípio da autonomia da vontade serve de fundamento para a celebração dos contratos atípicos. [...]”, os quais poderiam ser firmados neste momento para impedir resoluções e rescisões em massa.

Mas nessa hipótese é preciso sempre lembrar que “[...] que a autonomia da vontade e o consensualismo permanecem como base da noção de contrato, embora limitados e con-

dicionados por normas de ordem pública em benefício do bem-estar comum”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014a, p. 104).

Não se olvida sobre a existência de previsão referente às hipóteses de força maior (vide arts. 371, 478, 479 e 480 do CC) e estas poderiam ter sido pensadas também sobre a perspectiva de as partes utilizarem de métodos autocompositivos para resolução dos conflitos.

Não houve sequer menção à possibilidade e utilização de arbitragem nestas hipóteses. Esta tem intrínseca a si uma evidente vertente liberalista, própria às relações privadas, porquanto decorre da vontade das partes, dispondo de sua autonomia de contratar em: a) ajustar um pacto definindo que esta será a via de resolução do conflito; b) quem será o arbitro; e c) firmar um segundo instrumento firmado com tal sujeito, estabelecendo as regras que deverão ser observadas para resolver a questão. (ROCHA, 2008, p. 05).

O argumento ora apresentado também parece encontrar esteio nas edições ao CC trazidas pela Lei n.º 13.874, de 2019, conhecida como a Declaração da Liberdade Econômica, a qual introduziu novo teor ao art. 421, que passou a ter um parágrafo único e positivou o art. 421-A<sup>14</sup>. Tais dispositivos deixam claro que nos contratos privados, sobretudo aqueles firmados entre empresas, deve haver intervenção mínima e que as partes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução.

Há ressonância também ao CPC com relação ao argumento ora apresentado, pois este prevê expressamente que no parágrafo terceiro do art. 3º de tal diploma legal: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”. (BRASIL, 2015).

Aqui, vale mencionar o que Theodoro Júnior (2015, p. 206) aduz sobre a importância de estímulo às vias alternativas e autocompositivas de resolução:

Ao mesmo tempo em que o legislador assegura o acesso irrestrito à justiça, preconiza também as virtudes da solução consensual dos conflitos, atribuindo ao Estado o encargo de promover essa prática pacificadora, sempre que possível (NCPC, art. 3º, § 2º). [...].

Não se trata de desacreditar a Justiça estatal, mas de combater o excesso de litigiosidade que domina a sociedade contemporânea, que crê na jurisdição como a única via pacificadora de conflitos, elevando a um número tão gigantesco de processos aforados, que supera a capacidade de vazão dos órgãos e estruturas do serviço judiciário disponível.

Tem-se ainda que a liberdade das partes sempre será limitada à função social do contrato. Deste modo, os métodos autocompositivos propostos pelo RJET deveriam considerar a existência de partes contratuais vulneráveis, tais quais os consumidores os locatários,

14 Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada;

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada. (BRASIL, 2002).

estabelecendo restrições específicas a estas a fim de fossem respeitadas as peculiaridades destas relações e a desproporção de forças entre os contratantes.

Sugere-se como um possível texto ao RJET, conforme as ponderações deste artigo: as partes contratantes, amparadas pelos princípios da boa-fé objetiva e deveres secundários de lealdade, assistência e norteadas pela função social do contrato, poderão utilizar de equivalentes jurisdicionais e meios autocompositivos para firmar contratos atípicos objetivando reequilibrar as obrigações decorrentes da relação afetadas pela pandemia da COVID-19, ressaltados aos locatários e consumidores, que deverão ter assistência de advogado, em razão de sua vulnerabilidade.

Ao que se percebe, tal normativa presta-se mais à orientação das Cortes Pátrias sobre como aplicar as disposições legais de força maior para os conflitos em relações privadas decorrentes da pandemia da COVID-19, o que presta relevante papel social neste momento, sobretudo para evitar decisões com entendimentos conflitantes mesmo tratando-se de hipótese de crise de direito material semelhante. Aqui merece congratulações a iniciativa legislativa, pois almeja preservar a segurança jurídica neste momento de tamanha instabilidade.

Todavia, entendemos que o estímulo à utilização de equivalentes jurisdicionais e meios autocompositivos para resolução de conflitos prestar-se-ia a atenuar o número de demandas aforadas em razão da pandemia de COVID-19, atuando como verdadeira forma de política judiciária, bem como sendo a opção mais adequada com atenção às leis e principais incidentes sobre as relações contratuais.

## 5. CONCLUSÃO

Por meio do presente artigo, verificou-se como a pandemia da COVID-19 causou grande impacto nas relações privadas, eis que a necessidade de isolamento e distanciamento social como a forma mais efetiva de combater o contágio trouxe forte desaceleração da atividade econômica.

Explicou-se que o tal fenômeno, dada sua inevitabilidade, tem característica de força maior, a qual tem previsões específicas junto ao CC. Contudo, que as interpretações de tais disposições poderiam causar dúvida as partes envolvidas no contrato, causando risco de uma onde de descumprimento contratual maciço e conseqüentemente um aumento expressivo de demandas judiciais. Viu-se, entretanto, que não existe apenas a jurisdição como via de resolução de conflitos, mas também os equivalentes jurisdicionais, por opções autocompositivas e decorrente da vontade das partes.

Apontou-se que neste contexto, em decorrência de um esforço conjunto dos Poderes Legislativo e Judiciário, foi apresentado o Projeto de Lei n.º 1.179/2020, cujo objeto é estabelecer o RJET como alternativa à contenção deste cenário de grande instabilidade jurídica.

Constatou-se que embora louvável a iniciativa, inclusive por ter atentado à proteção de partes vulneráveis em determinadas relações contratuais privadas, pecou por não ter trazido previsão de estímulo às partes a chegarem a soluções conjuntas para eventuais impasses neste âmbito. Tal alternativa resulta como o fruto da conjunção dos princípios que regulam

os contratos: a função social, a autonomia da vontade das partes e da boa-fé objetiva e seus deveres secundários, como de lealdade e assistência, os quais também recomendam a proteção dos contratantes hipossuficientes.

É certo que a conciliação, a mediação e a arbitragem, por exemplo, são vias importantes para resolução de conflitos. Esta última tem toda sua construção baseada na formação de contratos e sequer foi mencionada pelo RJET. Se tal normativa tem como uma de suas funções a orientação das partes, poderia tê-lo feito para lembrar que não é apenas por meio de uma decisão judicial que se concretizam direitos, mas também mediante concessões mútuas das partes envolvidas em uma crise de direito material.

Não se pode falar de contrato sem falar em vontade, *animus* das partes em firmar avenças. Portanto, estas podem empregar sua autonomia em contratar, com o horizonte da boa-fé objetiva, também para chegar a um ponto de consenso afim de que ambos, consigam superar este momento turbulento de nossa história.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira Alvim. *Teoria geral do processo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 5 maio 2020.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 14 maio 2015.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Sobre a doença*. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#como-se-protger>. Acesso em: 5 maio 2020.
- 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. 2020a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm). Acesso em: 5 maio 2020.
- BRASIL. Projeto de Lei nº 1179, de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19). *Diário Oficial da União*, Senado Federal, Brasília, DF, 9 abr. 2020b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141306>. Acesso em: 5 maio 2018.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014a. v. 3.
- MARANHÃO. Decreto nº 35.714, de 3 de abril de 2020. Prorroga, até 12 de abril de 2020, as medidas que especifica destinadas à prevenção do contágio e ao combate à propagação da transmissão da COVID-19, infecção humana causada pelo Coronavírus (SARS-CoV-2), altera o Decreto nº 35.677, de 21 de março de 2020, altera o Decreto nº 35.679, de 23 de março de 2020, e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado do Maranhão*, São Luis, MA, 3 abr. 2020. Disponível em: <https://www.ma.gov.br/agenciadenoticias/wp-content/uploads/2020/04/DECRETO-35.714-DE-03-DE-ABRIL-DE-2020.pdf>. Acesso em: 5 maio 2020.
- NOGUEIRA, Andre L. *Estimativa da subnotificação de casos da covid-19 no estado de santa catarina*. Florianópolis: UFSC, 2020. Disponível em: <https://noticias.paginas.ufsc.br/files/2020/05/aqui.pdf>. Acesso em: 5 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). *Folha informativa – COVID-19: (doença causada pelo novo coronavírus)*. Brasília, DF, 2020. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875). Acesso em: 5 maio 2020.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: obrigações*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: contratos*, tomo I. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4.

ROCHA, José Albuquerque. *Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica*. São Paulo: Atlas, 2008.

SALES, Lília Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. Mediação e conciliação judicial - a importância da capacitação e de seus desafios. *Sequência (Florianópolis)*, Florianópolis, n. 69, p. 255-279, dez. 2014. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2177-70552014000200011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552014000200011&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 15 jul. 2020.

SANTA CATARINA. Decreto nº 515, de 17 de março de 2020. Declara situação de emergência em todo o território catarinense, nos termos do COBRADE nº 1.5.1.1.0 - doenças infecciosas virais, para fins de prevenção e enfrentamento à COVID-19, e estabelece outras providências. *Diário Oficial do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, SC, 17 mar. 2020. Disponível em: <http://www.doe.sea.sc.gov.br/Portal/VisualizarArquivoJornal.aspx?cd=2351>. Acesso em: 5 maio 2020.

SIMÃO, Lucas Pinto. Os meios alternativos de resolução de conflitos e o dever/poder de o juiz incentivar a conciliação e a mediação. *PUC – SP*, São Paulo, 2016. Disponível em:

<http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/meios-alternativos.pdf>. Acesso em 15 jul. 2020.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

TOFFOLI, Antônio Dias; TEBET, Simone; ANASTASIA, Antônio. Uma lei emergencial para o direito privado. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 3 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-03/toffoli-anastasia-tebet-lei-emergencial-direito-privado>. Acesso em: 12 maio 2020.

#### **Dados do processo editorial**

- Recebido em: 27/05/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 27/05/2020
- Avaliação 1: 24/06/2020
- Avaliação 2: 06/07/2020
- Decisão editorial preliminar: 06/07/2020
- Retorno rodada de correções: 17/07/2020
- Decisão editorial/aprovado: 26/07/2021

#### **Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

# CASAS, RUAS E CORONAVÍRUS: O DIREITO DO TRABALHO DEPOIS DA PANDEMIA

HOME, STREETS AND CORONAVIRUS:  
A POST-PANDEMIC LOOK AT LABOUR LAW

MARCIO TULIO VIANA<sup>1</sup>

## RESUMO

Até algumas décadas atrás, tanto o sindicato quanto o Direito do Trabalho poderiam ser representados, metaforicamente, por uma casa – com os seus atributos de solidez, permanência, segurança, previsibilidade. Hoje, ambos parecem caminhar para o modelo rua – com as suas marcas de insegurança, surpresa, instabilidade. Este pequeno artigo tenta mostrar algumas das razões dessa mudança e o que o futuro possivelmente nos reserva – especialmente depois da pandemia que hoje nos aflige. .

**Palavras-chave:** direito do trabalho; sindicato; precarização; flexibilização; pandemia.

## ABSTRACT

*Up until recently, both the figures of the Union and of Labour Law could have been represented by a house - a home - with its core values of sturdiness, permanence, security and predictability. In the past few decades, both have undergone a shift and are now more closely represented by the figure of the street, with its core characteristics of insecurity, surprise and a lack of stability. This brief article aims to bring some of the key reasons for the shift to light, as well as highlighting possibilities for a post-pandemic future.*

**Keywords:** labour law; union; precariousness; destabilization; pandemic.

## 1. INTRODUÇÃO

Como não é segredo para ninguém, tudo na vida se interage. Em Roma, nas tempestades de verão, os ventos podem trazer areias do Saara; com o aquecimento global, é possível que se libertem novos e perigosos vírus, até hoje adormecidos sob as camadas de gelo (CLAVÉRIE, apud FOX-SKELLY, 2017).

Na Amazônia, as chuvas quase diárias não se originam apenas da evaporação dos rios; as árvores transpiram compostos orgânicos, que aglutinam as moléculas de água, e esses compostos – que exalam leves perfumes – fortalecem o sistema imunológico de quem está numa floresta (VIANA, 2019).

1 Professor no programa de pós-graduação em direito da PUC Minas. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5134-2014>.

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

VIANA, Marcio Túlio. Casas, Ruas e Coronavírus: o direito do trabalho depois da pandemia. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 4, p. 134-144, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i4.7925>.

No campo das relações sociais, as interações também se multiplicam. Uma pequena mudança num artigo de lei pode afetar a interpretação de outras tantas normas; conforme o caso, pode até mesmo despertar no juiz reações que também pareciam adormecidas, como se ao seu redor derretesse uma camada de gelo.

Com mais razão, se grande parte da sociedade passa a viver emoções diferentes, e a atribuir novos sentidos para o mundo, a vida do Direito se transforma – ainda que as estruturas, aqui ou ali, conservem a mesma aparência.

O que este pequeno texto propõe é exatamente mostrar as tendências que hoje presidem essas interações. São ideias simples, sujeitas a crítica, mesmo porque, como também sabemos, infinitas variáveis transitam pelas nossas vidas; o acaso é um elemento presente não apenas no reino da Biologia (MONOD, 1976, p. 137) quanto em nosso cotidiano.

## 2. O PANORAMA DE ONTEM

A palavra “lar” é tão curta quanto rica. Ela nos remete, por exemplo, ao lugar onde vivemos, junto às pessoas que nos são mais próximas e queridas; ao deus que os antigos cultuavam, e que protegia a família, na forma de um fogo; à ideia de um recanto nosso, e de mais ninguém, e onde os estranhos só entram se autorizados por nós.

Durante milhares de anos nos habituamos a ver o lar – em sua expressão material – na forma de uma construção de tijolos, com as suas paredes, o seu teto e o seu chão, assim como as suas portas e janelas. Sob os aspectos real e metafórico, esta construção - a casa – transmitia a ideia não só de solidez e permanência, mas de defesa e proteção.

Com a modernidade, especialmente, o lar (ou a casa) passou também a simbolizar, em certo sentido, a nossa relação com o espaço e o tempo, um e outro bem separados, bem definidos - à semelhança de seus quartos, salas e banheiros - e por sua vez definindo os nossos próprios passos ao longo dos dias e da vida.

Apenas as portas – e, em menor medida, as janelas - mantinham certa ambiguidade, pois tanto podiam nos abrigar e conter, quando fechadas, como nos soltar para o mundo, quando as abríamos para a rua.

Da mesma forma que o lar, a fábrica continha elementos de abrigo e de permanência. E era também um lugar que dava ao trabalhador a sensação de que ele era um cidadão, um sujeito de direitos, ainda que nem sempre, na prática, fosse bem assim.

Na verdade, os próprios direitos – como o salário base, as horas extras, as indenizações - pareciam estar ali, contidos naquelas quatro paredes. Afinal, eles legitimavam e também limitavam a opressão do dia a dia; e a pessoa que os devia pagar, de certo modo, morava ali.

Naquela espécie de casa, pode-se dizer até que o trabalhador reencontrava, em seu inconsciente, as figuras da mãe ou do pai, tanto em forma de proteção quanto de disciplina, como nos mostram algumas pesquisas (LIMA, 1996). Proteção, quando a fábrica o ajustava à moral social, que lhe exigia trabalho, e deste modo o salvava das garras da polícia; disciplina,

ao ajustá-lo à linha de montagem, girando manivelas ou apertando parafusos, em troca de um salário que lhe permitia, às vezes, até se esquecer do que fazia<sup>2</sup>.

Também naquela espécie de casa, entre um parafuso e outro, o trabalhador podia ir arquitetando os seus pequenos planos, como a pescaria do fim de semana ou – com um pouco de sorte - as férias com a família, talvez à beira do mar. Na hora do almoço, podia também contar anedotas, mexer com os amigos, trocar confidências ou falar de futebol, vivendo então os seus minutos de gente.

Às vezes, podia até inventar certas manhas para facilitar o trabalho, pois nem mesmo o modelo taylorista de produção tinha sido capaz de eliminar completamente os seus saberes tácitos<sup>3</sup>. Nos momentos de mais rebeldia, podia também praticar outras formas de resistência, rabiscando o banheiro contra o patrão, fazendo corpo mole quando a ocasião permitia ou cochichando notícias sobre a próxima greve.

Por seu turno, e à semelhança do lar e da fábrica, o sindicato se erguia sobre alicerces duros, de bom concreto, e também continha, moldava e protegia o operário entre as suas quatro paredes. E se o lar tinha o seu deus, nas pessoas dos mortos, e a fábrica também o tinha, na figura de seu fundador, no sindicato este deus era o grande líder, capaz de dizer as coisas que todos queriam ouvir, e de propor as palavras de ordem, as táticas da greve, os termos da negociação.

O próprio Direito do Trabalho, de certo modo, foi erguido como a fábrica, o lar e o sindicato, apresentando as mesmas virtudes de certeza, proteção, controle e durabilidade. Os seus princípios eram as suas paredes. E se as portas e janelas permitiam, às vezes, a entrada de algum elemento estranho, era preciso que ele antes batesse à porta, pedindo licença, e se mostrasse *compatível* com o interior da casa - como dispunha, *expressamente*, o art. 8º da CLT.

Também como a fábrica, o lar e o sindicato, as normas de proteção fortaleciam ainda mais os laços entre os operários, não só porque eram, com frequência, a prova viva de suas lutas, como também porque lhes prometiam um destino comum.

Além disso, se o Direito do Trabalho dividia, parcelava, por outro lado também recompunha, mimetizando nesses dois movimentos a linha de montagem e as hierarquias sindicais. O seu padrão era o contrato sem prazo, quase sempre duradouro, previsível, sem surpresas legislativas no caminho – exceto as que o fortaleciam e ampliavam.

Sempre como a fábrica e o sindicato, o Direito perseguia uma linha reta, coerente. E os seus princípios - assim como os alicerces de uma casa - também serviam para isso. Mesmo a sua vocação de avançar sem cessar, redistribuindo parte das riquezas - também crescentes - do capital tinha um componente de estabilidade, já que os avanços se davam, naturalmente, sempre na mesma direção (LA CUEVA, 1956).

Na verdade, o próprio mundo era assim, bem mais simples, planejado e seguro, e, por isso, ainda otimista e confiante – apesar de suas profundas desigualdades, de seus desastres ecológicos e de duas guerras mundiais. Daí os grandes sonhos e projetos, e, também por esta

2 Veja-se, sobre este último aspecto, o testemunho de WEIL, Simone. *A condição operária e outros estudos sobre a opressão*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

3 A propósito, consulte-se, por exemplo, SANTOS, Geraldo Alves dos. *A pedagogia da ferramenta: estratégias de produção e formalização de saberes tácitos criados pelos ferramenteiros de uma indústria metalúrgica* (dissertação de mestrado). Belo Horizonte: UFMG, 2004.

razão, uma maior tolerância e respeito em relação às regras, disciplinas e hierarquias, teoricamente destinadas a realiza-los.

Num mundo como esse, a memória coletiva conservava importância. No interior do sindicato, assim como no lar ou na empresa, podiam-se encontrar mais facilmente recordações antigas - como falas, fotos, escritos ou algum outro objeto - que as pessoas ainda reverenciavam. Afinal, para realizar o futuro, era preciso valorizar o passado, reconstruído sob o olhar do presente.

Por tudo isso - e não obstante os desejos de autonomia, tão caros à modernidade - a liberdade convivia de forma menos conflitiva com o seu contrário, exceto, basicamente, entre os jovens e algumas outras minorias. Aliás, até na utopia revolucionária seriam exatamente os trabalhadores subordinados que fariam a revolução... Não à toa, os sindicatos ignoravam os autônomos, mesmo quando pobres e sofridos.

E hoje?

### 3. O PANORAMA DE HOJE E AS POSSIBILIDADES DO AMANHÃ

Hoje, tanto o nosso lar, como a fábrica e o sindicato parecem deslizar sobre os seus pés. Os alicerces ganham rodas; as portas e as janelas, arrombadas, deixam entrar e sair os mais diferentes personagens; e a supressão *literal* do requisito da compatibilidade, na nova redação do art. 8º da CLT, é apenas a tradução, no campo do Direito, dessa nova tendência, que também o atinge.<sup>4</sup>

Ao invés do uniforme, do previsível, do seguro, do estável, do contido e do regulado, vivemos *tempos líquidos*, como ensina Bauman (2014), ou a *emersão do múltiplo*, como completa Vázquez (2011). Tudo é fluido e variado - inclusive as verdades. Não à toa, em 2018, “pós verdade” foi eleita a “palavra do ano” pelos professores de Cambridge.

Nesse contexto, as próprias regras de proteção parecem desprotegidas; e nem mesmo os princípios lhes servem de anteparo, já que eles próprios passam a ser lidos ao contrário. Com menos sonhos, projetos e utopias; e resistentes - também por isso - a tudo o que é organização, disciplina e hierarquia, os trabalhadores já não encontram no sindicato uma forma de se realizar como gente e como grupo, ou mesmo de suprir suas carências - até afetivas -, compensando as dores do trabalho.

Naturalmente, há muitos outros fatores que conspiram contra a união coletiva. Apenas como exemplos, podemos citar o enfraquecimento do Estado, o fortalecimento correspondente das grandes corporações, a ideologia, as terceirizações, o modelo de fábrica em rede, o *uberismo*, os contratos curtos, diferenciados e fragmentados, e, em geral, tudo o que com-

4 A redação anterior dizia do parágrafo único do art. 8º dizia: “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”. A nova redação do parágrafo 1º do mesmo artigo diz: “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho”. Mas isso não significa, necessariamente, que devemos interpreta-lo como quis o legislador - já que sempre se pode entender que lei apenas suprimiu uma redundância e, de todo modo, a aplicação de um direito *incompatível* violaria os princípios do Direito do Trabalho.

põe a chamada “reestruturação produtiva”. Até a arquitetura tradicional do sindicato parece desafiar a mobilidade (muito maior) dos produtos, das ideias, das emoções e dos próprios projetos pessoais.

Para muitos trabalhadores, a CLT já não parece símbolo de sua resistência, enquanto classe, mas – ao contrário – uma ameaça ao seu emprego. Mesmo quando não é assim, as novas regras - menos coerentes, mais heterogêneas e fragmentárias - já não os enredam como antes, servindo, às vezes, até para dividi-los – como, por exemplo, ao fomentar a prática de prêmios.

Como se não bastasse, a perda crescente da memória coletiva dificulta ainda mais a utilização do passado para a construção do futuro. E os novos modos de produzir potencializam, cada vez mais, esse processo, jogando com a tendência de autoafirmação do sujeito para transformá-lo numa espécie de clone do patrão<sup>5</sup>, sempre em busca de *performances* e em regime de competição.

Acima, falamos de casas com rodas. Na verdade, porém, talvez não seja esta a melhor imagem para descrever os novos mundos do trabalho e do Direito. A realidade parece mais drástica. Se tudo entra e tudo sai, e se tudo se transforma muito mais, e em velocidade tão surpreendente, é porque o próprio modelo arquitetônico da casa está sendo engolido pelo seu oposto.

Das construções perenes e tranquilas – como eram o nosso lar, as sedes das empresas, os prédios dos sindicatos e a nossa CLT - passamos a priorizar o modelo da rua, com as suas esquinas, os seus cortes, as suas surpresas, as suas *não razões*, a sua inconstância, o seu movimento convulsivo e quase caótico.

Ora, se é assim - ou, pelo menos, se é esta a tendência - temos basicamente três opções à nossa frente, em relação ao Direito do Trabalho.

A primeira é simplesmente a de resistir, tentando reforçar os alicerces das construções antigas, com os métodos antigos – como se fosse possível convencer o trabalhador a aderir ao velho sindicato, revivendo razões e emoções, ou mostrar ao legislador os seus equívocos, como se as suas ações recentes fossem, realmente, simples equívocos.

A segunda é a de aderir à onda, seja sob o argumento simplista de que o mundo mudou, seja por desalento, seja porque na vida tudo pode acontecer e o ruim – quem sabe? - talvez não se revele tão ruim quanto parece. Nesse caso, jogaríamos com a fé, tentando reviver – fantasiosamente - o otimismo dos chamados “anos gloriosos”<sup>6</sup> do capitalismo.

Mas a melhor solução nos parece a terceira – que envolve uma espécie de mistura, sem que essa mistura signifique propriamente um meio termo. A propósito, aliás, não custa notar que também elas, as misturas, são um elemento presente na pós-modernidade, como se vê, por exemplo, nas escolas – com a celebração do estudo multidisciplinar – ou nas artes em geral – que nos oferecem a pintura com foto, o samba com *rock*, a salsa com *funk* ou mesmo a *baratinha* dos anos 50 ou 60 equipada com motor *turbinado*.

5 TEODORO, Maria Cecília Máximo. A síndrome de patrão. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/258217/a-sindrome-de-patrao>. Acesso em 13/05/20.

6 Para usar a expressão de HOBBSAWM, Eric. Era dos extremos. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

Trocando em miúdos, essa terceira solução implicaria, em síntese, aproveitar os elementos *positivos* dos novos tempos, já que eles também existem, e não são poucos; e tentar banhá-los com a essência que o passado nos legou.

Essa essência é a proteção aos oprimidos pelo sistema. Apesar de todas as transformações, e mesmo em tempos de liquidez ou de “pós verdade”, ela não pode jamais se perder, pois expressa a nossa própria humanidade. Negá-la seria o mesmo que afirmar o desejo de nos tornarmos lobos na planície, ou talvez numa “Terra plana”<sup>7</sup>.

Veja-se que até os novos movimentos sociais – ou muitos deles – têm procurado essa espécie de *terceira via*, compondo-se com os novos tempos, ou mais exatamente com os elementos interessantes que eles nos trazem. O melhor exemplo são as ocupações. Ao invés de sonhar primeiro para fazer depois, os novos militantes, ou *ocupantes*, deixam-se afetar pelo presente, com todas as suas inconstâncias, e a partir daí vão realizando as suas práticas.

É como se, na falta de um grande futuro confiável, tentassem antecipá-lo - em dose menor, e de forma casuística - para o presente. E sempre aprendendo com a prática, no dia a dia, recriando táticas e estratégias, embora sem perder aquela essência.

Outros exemplos são a democracia direta, a busca de relações igualitárias, a participação em inúmeros níveis – dos programas de TV ao orçamento participativo. Em todas essas dimensões, os movimentos sociais se nutrem de elementos pós modernos; e tentam resgatar, em suas práticas, a etimologia da palavra “companheiro” – do Latim *cum panis*, que expressava o costume de “repartir o pão” (BRANDY, 1986, p. 36).

Mas é preciso pensar um pouco sobre as relações entre a rua e a epidemia. Ou mais propriamente entre a rua e *as epidemias*, além de outros possíveis cataclismos que poderão nos atingir em futuro próximo<sup>8</sup>.

### 3.1 O NOVO PERSONAGEM DAS RUAS

Como qualquer outro personagem das ruas, o coronavírus chega sem aviso; é também invisível, imprevisível e - se não nos protegemos bem – pode nos ser fatal.

Ele atinge especialmente os que estão nas ruas – seja porque precisam lutar dia após dia pela sobrevivência, sem qualquer fundo de reserva, seja porque a sua casa, ou o seu casebre, não é tão diferente da rua, ou seja, enfim, porque é ali mesmo que ele dorme, sob as marquises das lojas ou debaixo dos viadutos.

Embora, em si mesmo, não apresente traços positivos, é possível imaginar que vá produzir – ou já esteja produzindo – efeitos interessantes.

Segundo algumas leituras, por exemplo, ele seria capaz de pôr em crise o modelo neoliberal (HAN, 2020), reforçar o Estado Nação (IGNATIEFF, 2020), induzir novas políticas públicas (IGNATIEFF, 2020) ou criar novas perspectivas para o urbanismo (SENNET, 2020). No campo subjetivo, já estaria nos ensinando a sermos mais solidários, a consumir de forma mais responsável (CAPARRÓS, 2020), a mudar para melhor a nossa relação com a Natureza, a poten-

7 Teoria esposada por muitos apoiadores da atual direita radical brasileira.

8 MORENO, Jose Maria M. Habrá más epidemias y serán más peligrosas. *El País*- El futuro después del coronavirus. Disponível em: <https://elpais.com/especiales/2020/coronavirus-covid-19/previsiones>. Acesso em: 12/05/20

cializar o nosso espírito criativo, com formas de protesto inovadoras (DELLA PORTA, 2020), e até a nos vestirmos de forma mais simples e confortável (VALERIE, 2020).

Em sentido inverso, no entanto, há os apostam que a ameaça de novas pandemias irá permitir que o Estado Nação, seguindo o modelo chinês, produza mais vigilância sobre a cidade, as ruas e as pessoas, exacerbando o seu *biopoder* (FOUCAULT, 2002); e, no campo do Direito do Trabalho, sirva de justificativa para que se intensifique o processo de destruição que há várias décadas o golpeia.

Tentando reunir algumas peças desse jogo de xadrez, é possível que a nova crise que se sucederá a este vírus realmente sirva de pretexto para que a relação de forças entre capital e trabalho se desequilibre ainda mais. Aliás, com a perspectiva de um futuro ameaçador, a crise pode começar a ser vista como perene (SANTOS, 2010, p. 45); e nesse caso servirá de forma ainda melhor para acentuar as diferenças entre as classes sociais.

É possível, também, que o controle aumente não só em termos sanitários, mas em forma de higienização social. Estará então aberta a caça aos imigrantes<sup>9</sup>, aos sindicatos mais agressivos e aos militantes de esquerda em geral – riscos ainda maiores em governos como o nosso, marcados pela censura, pelo autoritarismo, pela discriminação e pela apologia da violência.

Ainda assim, é também possível que – a médio ou longo prazo – o sistema aprofunde as suas contradições, em razão da mesma plasticidade (LATOURET, 2020) que tem permitido a sua sobrevivência, e que lhe é inerente. Na verdade, as próprias epidemias e tragédias climáticas poderão torná-lo inviável e forçar a sua superação.

Talvez os movimentos sociais consigam recuperar suas forças, e possa acontecer o que Ricardo Antunes chama de “nova rebelião social” - repetindo as que aconteceram em 2012/2013, em várias partes do mundo (ANTUNES, 2010, p. 181). Nesse sentido, não custa notar, também, que um grande contingente de trabalhadores simples, subvalorizados, e que se viam quase à margem do respeito social ganharam algum destaque e reconhecimento. É o caso dos entregadores de encomendas, dos lixeiros, das “diaristas” de casa de família e de um vasto contingente de pequenos autônomos.<sup>10</sup> (ANTUNES, 2010, p. 181).

## 4. CONCLUSÕES

Com a exaustão do *modelo casa* – e a provável chegada de novas calamidades – as desigualdades sociais podem aumentar. E se há alguma esperança para o Direito do Trabalho, no futuro, é provável que ela esteja nas ruas. Será preciso que ele brote dos mais variados segmentos, e sempre de forma fluida, imprevisível, criativa, pragmática, embora sem perder de vista a sua teleologia.

9 A propósito, cf. NAIM, Moisés. Conflictos por las migraciones; BENHABIB, Seyla. El control será más estricto. In: El País. El futuro después del coronavirus. Disponível em: <https://elpais.com/especiales/2020/coronavirus-covid-19/predicciones>. Acesso em 12/05/20.

10 A propósito, cf. Hacia una política del bien común. SANDEL, Michael. El País. El futuro después del coronavirus. Disponível em: <https://elpais.com/especiales/2020/coronavirus-covid-19/predicciones>. Acesso em 12/05/20.

Isso significa, também, que o Direito do Trabalho não será construído apenas - ou tanto - por segmentos de pessoas homogêneas, ligadas por condições semelhantes de trabalho, mas por pessoas dos mais diferentes aspectos, profissões, culturas. Será então a reunião desses fragmentos, mais do que a soma de vozes iguais - como acontece nas greves - a principal força que irá exigir melhores condições de vida e dignidade.

Dito de outro modo, a construção que se espera para o Direito do Trabalho não será semelhante à que lhe deu origem - ou à que está presente em nossos projetos de casa. Será feita a cada dia, sem pausa, sem fôlego, e também sem desalento. E provavelmente, assim como acontece com as pessoas da rua, poderá encontrar, em cada esquina, tanto uma surpresa feliz quanto uma terrível ameaça; e o seu trajeto será de idas e vindas, suas regras serão mais casuísticas do que perenes, e ele só se sustentará se conseguir gritar escandalosamente as suas vontades e verdades, como também, tantas vezes, acontece nas ruas.

Assim, o seu símbolo, ou a sua *metáfora humana*, já não será tanto o operário de fábrica, nem o empregado de escritório, que contam com alguma garantia, mesmo pequena, de que no fim do mês poderão pagar as suas contas; será antes o ambulante, o malabarista, o *comedor de fogo*, o vendedor de droga, o pequeno contrabandista, o *homem placa*<sup>11</sup>, o *gritador*,<sup>12</sup> a mulher que vende doces ou o menino que nos oferece cigarros. Pois eles realmente lutam, a cada dia, ou a cada hora, para comer no dia ou na hora seguinte.

Construído como esses sujeitos, o Direito terá de ser também assim, ou pelo menos em grande parte assim. Um Direito flexível - no sentido de cambiante - mas mantendo o mesmo rigor em sua luta histórica. Um Direito que seja capaz de abranger não apenas trabalhadores subordinados, como hoje acontece, mas todos os que - vivendo do trabalho - são explorados pelo sistema econômico em que vivemos, ainda que de forma menos direta e visível.

Para o sindicato, isso significa, talvez - dentre tantas outras medidas - ver-se mais como coalizão do que como organização sólida; cobrar menos compromissos e aceitar mais adesões efêmeras; e reconstruir suas práticas em termos *líquidos e múltiplos*, inclusive no sentido de se abrir para fora de si mesmo.

Seria também útil, para ele, receber lições daqueles novos movimentos sociais e dos chamados *coletivos*, que, como dizíamos, vêm trocando o vertical pelo horizontal, construindo suas metas a partir das próprias práticas e deste modo inserindo - de forma quase oposta à dos velhos tempos - pequenas mas profundas contradições no sistema. Mas o ideal seria também juntar-se a eles, numa luta comum, mesmo porque suas razões e objetivos, em última análise, são também comuns. Naturalmente, uma participação mais intensa dos próprios trabalhadores na construção do Direito significará um Direito mais comprometido com a justiça social.

E seria útil, ainda, utilizar de forma mais eficaz as redes sociais e outros elementos da tecnologia; tentar reconstruir, em outras bases, algo das solidariedades perdidas, talvez mesclando o interesse coletivo com o individual; e se habituar, humildemente, a um exercício constante de autocrítica, para mudar sempre, na mesma velocidade com que mudam os produtos, as ideias e as práticas do nosso tempo.

11 É o título que com frequência se dá, em algumas capitais, aos que oferecem aos transeuntes a possibilidade de vender suas peças de ouro.

12 É o nome que se costuma dar aos que vendem celulares nas ruas de cidades como Belo Horizonte.

Para todos nós, militantes do Direito, resta a tarefa de tentar também *ocupa-lo*, com interpretações sensíveis, inteligentes e criativas, mas sempre voltadas para a proteção dos oprimidos – e sem recuar nas conquistas históricas. Mas até para isso - e enquanto o sindicato não se reinventa - seria preciso também ir às ruas, em sentido simbólico ou mesmo real, para tocar de algum modo os sentimentos das pessoas, aproveitando o fato de que vivemos, também, *tempos emocionais*. E para fazer despertar esses sentimentos teremos também de exercer esforços eficientes de educação, esclarecimento e contrapropaganda, o mais possível distantes do nosso *juridiquês*.

A propósito, é importante notar que – para além das ocupações - o indivíduo do nosso tempo vem encontrando ou inventando nas próprias ruas elementos de resistência, como acontece ainda uma vez no campo das artes, com os grafites, as pichações, as práticas de *flashmob*, as danças no metrô, os teatros nas praças, as poesias do *slam*, os concertos nos parques, os malabaristas de esquina ou as *instalações* que param, às vezes, o próprio trânsito, para anunciar novas verdades, mesmo fluidas.

Pergunta-nos um professor e magistrado<sup>13</sup>, com inteligência, se essa remessa do homem para a rua não representaria um reencontro com a sociedade; um reconhecimento da identidade comum. Nessa hipótese, o *sujeito rua* seria alguém que se reconhece no outro, também *sujeito rua*; e mesmo fora da dimensão do trabalho um e outro se sentiriam unidos.

Na verdade, é o próprio sujeito que parece estar se reinventando, e não necessariamente de forma pior que no passado. Como *sujeito rua*, talvez esteja mais vulnerável, oscilante, correndo mais riscos; e tem gerado reações opostas, algumas violentas, como a dos *sujeitos arma*<sup>14</sup>; mas o importante é que diante dele será cada vez mais difícil discriminar, assediar ou ignorar impunemente as distorções de nossa sociedade ou do próprio legislador<sup>15</sup>.

Até o trabalhador dos novos tempos, que tem sido às vezes descrito como mais passivo – vítima de uma “captura de subjetividade”<sup><?></sup> - pode estar sendo inoculado também com um elemento ativo, que hoje serve ao sistema mas amanhã talvez o dessirva. Afinal, se o capital tenta fazer com que ele reaja como capitalista – performático, obcecado com a concorrência, disposto a tudo para vencer – até que ponto conseguirá controla-lo no futuro, se ele voltar a se perceber trabalhador?

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *Por um direito do trabalho de segunda geração: trabalhador integral e direito do trabalho integral*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região. Belo Horizonte, v. 60, n. 91, p. 235-256, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/27282/Por%20um%20Direito%20do%20Trabalho%20-%20cleber.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 maio 2020.

13 Carlos Augusto Junqueira Henrique, do TRT da 3ª Região e professor da Faculdade de Direito Milton Campos, em Belo Horizonte.

14 Embora em contexto um tanto diferente, a palavra é usada por MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p.29.

15 Sobre o jogo sujo que deu origem à recente reforma trabalhista no Brasil veja-se: MAIOR, Jorge Luiz Souto. *A quem interessa esta reforma trabalhista?* Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/a-quem-interessa-essa-reforma-trabalhista> Acesso em 12/05/18

- ALVES, Giovanni. *Trabalho e subjetividade: o espírito do toyotismo na era do capitalismo manipulatório*. São Paulo: Boitempo, 2011.
- ANTUNES, Ricardo. O vilipêndio do coronavírus e o imperativo de reinventar. In: TOSTES, Anjuli; MELO FILHO, Hugo. *Quarentena*. Marília: Projeto Editorial Praxis, 2010, p. 181-188.
- BAUMAN, Zigmundt. *A modernidade líquida*. São Paulo: Zahar, 2014.
- BRANDY, Daniel. *Motamorphoses*. Paris: Casterman, 1986.
- CAPARRÓS, Martín. O coronavírus de hoje e o mundo de amanhã. *El País*, Madrid, 20 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.html>. Acesso em: 12 maio 2020.
- DELLA PORTA, Donatella. Protestas inovadoras. *El País - El futuro después del coronavirus*. Disponível em: <https://elpais.com/especiales/2020/coronavirus-covid-19/predicciones>. Acesso em: 12 maio 2020.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 2002
- FOX-SKELLY, Jasmin. There are diseases hidden in ice, and they are waking up. BBC, 04 may 2017. Disponível em: <http://www.bbc.com/earth/story/20170504-there-are-diseases-hidden-in-ice-and-they-are-waking-up>. Acesso em: 12 maio 2020.
- HAN, Byung-Chul. O coronavírus de hoje e o mundo de amanhã. *El País*, Madrid, 20 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.html>. Acesso em: 12 maio 2020
- HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- IGNATIEFF, Michael. La seguridad del Estado frente a una menaza global. *El País - El futuro después del coronavirus*, 04 maio 2020. Disponível em: <https://elpais.com/especiales/2020/coronavirus-covid-19/predicciones>. Acesso em: 12 maio 2020.
- LA CUEVA, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*: tomo I. México: Porrúa, 1956.
- LATOUR, Bruno. La plasticidad del orden mundial. *El País - El futuro después del coronavirus*, 04 maio 2020. Disponível em: <https://elpais.com/especiales/2020/coronavirus-covid-19/predicciones>. Acesso em: 12 maio 2020.
- LIMA, Maria Elizabeth Antunes. *Os equívocos da excelência*. Petrópolis: Vozes, 1996
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. A quem interessa esta reforma trabalhista? *BLOG Jorge Luiz Souto Maior*, São Paulo, 01 maio 2017. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/a-quem-interessa-essa-reforma-trabalhista>, Acesso em: 12 maio 2018
- MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- MONOD, Jacques. *O acaso e a necessidade*. Petrópolis: Vozes, 1976.
- MORENO, Jose Maria M. Habrá más epidemias y serán más peligrosas. *El País - El futuro después del coronavirus*. Disponível em: <https://elpais.com/especiales/2020/coronavirus-covid-19/predicciones>. Acesso em: 12 maio 2020.
- NAIM, Moisés. Conflictos por las migraciones; BENHABIB, Seyla. El control será más estricto. *El País*. El futuro después del coronavirus, 04 maio 2020. Disponível em: <https://elpais.com/especiales/2020/coronavirus-covid-19/predicciones>. Acesso em: 12 maio 2020.
- SANDEL, Michael. Hacia una politica del bien común. *El País - El futuro después del coronavirus*, 04 maio 2020. Disponível em: <https://elpais.com/especiales/2020/coronavirus-covid-19/predicciones>. Acesso em: 12 maio 2020.
- SANTOS, Boaventura Sousa. Virus: tudo o que é sólido desmancha no ar. In: TOSTES, Anjuli; MELO FILHO, Hugo. *Quarentena*. Marília: Projeto Editorial Praxis, 2010, p. 45-49.
- SANTOS, Geraldo Alves dos. *A pedagogia da ferramenta: estratégias de produção e formalização de saberes tácitos criados pelos ferramenteiros de uma indústria metalúrgica*. 2004. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

SENNET, Richard. Hacia ciudades de 15 minutos. *El País* - El futuro después del coronavirus, 04 maio 2020. Disponível em: <https://elpais.com/especiales/2020/coronavirus-covid-19/predicciones>. Acesso em: 12 maio 2020.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. A síndrome de patrão. *Migalhas*, 4 maio 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/258217/a-sindrome-de-patrao>. Acesso em: 13 maio 2020.

VALERIE, Steele. La victoria de la ropa informal. *El País* - El futuro después del coronavirus, 04 maio 2020. Disponível em: <https://elpais.com/especiales/2020/coronavirus-covid-19/predicciones>. Acesso em: 12 maio 2020.

VAZQUEZ, Adolfo Sánchez. *As ideias estéticas de Marx*. São Paulo: Expressão Popular, 2011.

VIANA, Virgílio Mauricio. *Palestra*. Palestra no Programa de Pós-graduação em Direito na PUC-Minas. Belo Horizonte, PUC-Minas, 18 mar. 2019.

WEIL, Simone. *A condição operária e outros estudos sobre a opressão*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

#### **Dados do processo editorial**

- Recebido em: 22/05/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 22/05/2020
- Avaliação 1: 18/06/2020
- Avaliação 2: 23/06/2020
- Decisão editorial preliminar: 24/06/2020
- Retorno rodada de correções: 09/05/2021
- Decisão editorial/aprovado: 09/05/2021

#### **Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

# A SOBREPOSIÇÃO DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO: EFEITOS DA REFORMA TRABALHISTA EM TEMPOS DE COVID-19

THE PREVALENCE OF THE NEGOTIATED OVER THE LEGISLATED WITH THE ADVENT OF THE TRALHISTA REFORM AND IN COVID-19 TIMES

LÍLIAN APARECIDA DE MACÊDO PARREIRAS<sup>1</sup>  
MARCELO BARROSO DE LIMA BRITO DE CAMPOS<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem por finalidade analisar a constitucionalidade da inovação trazida pela reforma trabalhista, no que diz respeito à sobreposição das negociações coletivas à legislação trabalhista, nas hipóteses previstas pela Lei n. 13467/2017. O estudo mostrou a evolução do Direito do Trabalho no Brasil, ilustrando as garantias conquistadas pelos trabalhadores ao longo da história e analisando o risco da ampliação das hipó-

- 1 Mestre em Educação Física (área de concentração: Treinamento Esportivo e linha de pesquisa: Psicologia do Esporte) pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (2008). Mestre em Novas Tecnologias da Informação e da Comunicação pela Universidad Nacional de Educación a Distancia - UNED (2003). Possui Especialização em Psicopedagogia pelo Centro de Estudos e Pesquisas de Minas Gerais-CEPEMG (1995) e graduada em Psicologia pela Fundação de Educação e Cultura de Minas Gerais - FUMEC (1993). Graduada em Direito pela Universidade FUMEC. Membro do Laboratório de Psicologia do Esporte do Centro de Excelência Esportiva - CENESP da UFMG. Coordenadora do curso de Pós-graduação Lato Sensu em Psicopedagogia e Interdisciplinaridade da Universidade de Itaúna - UIT. Professora da Universidade de Itaúna - UIT, lecionando atualmente as disciplinas: Psicologia da Educação, Psicologia do Esporte, Metodologia da Educação Física e avaliação escolar. Tem experiência na área de Educação, Psicologia, Psicologia do Esporte, Esporte adaptado e Qualidade de Vida. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/6143170806453167>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1164-8238>. E-mail: [liparreiras@gmail.com](mailto:liparreiras@gmail.com).
- 2 Pós-doutorando em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (desde 2020). Doutor em Direito Público pela PUCMINAS (2011). Mestre em Administração Pública pela Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro - MG (2002). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (1995). Professor de Direito Previdenciário, Direito Constitucional e Direito Tributário da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde (FCH) da Universidade FUMEC, aonde é docente permanente da Graduação (desde 2018) e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD), desde 2020.. Professor de Direito Tributário, Direito Constitucional e Direito da Seguridade Social do Centro Universitário de Belo Horizonte - UNI-BH (desde 2002 em licença). Coordenador e professor do Curso de Pós-graduação lato sensu em Previdência do Servidor Público da Faculdade Arnaldo-IEPREV (2016/2020). Membro da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social - ABDSS. Procurador-Chefe da Procuradoria de Tributos e Assuntos Fiscais - PTF, da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais (2015/2018). Procurador do Estado de Minas Gerais (desde 1998). Procurador-Chefe do Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - IPSEMG (2003). Advogado (desde 1996). Diretor do Departamento de Direito Previdenciário do Instituto dos Advogados de Minas Gerais - IAMG (2007/2018). Associado Benemérito e Conselheiro do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário - IBDP (desde 2006). Coordenador de Direito e Processo Previdenciário da Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Minas Gerais - ESA-OAB/MG (desde 2010). Membro da Comissão de Direito Previdenciário da OAB/MG (desde 2015). Membro titular do Conselho Fiscal da OABPrev-MG (desde 2015). Presidente do Conselho Deliberativo da PREVCOM-MG (desde 20148). Membro do corpo editorial da Revista Brasileira de Direito Previdenciário (desde 2011). Autor de livros com destaque para "Regime próprio de previdência social dos servidores públicos", Editora Juruá, 2017, 8ª edição, "Manual dos Servidores Públicos: Administrativo e Previdenciário", Editora Lujur, 2020 e diversos artigos científicos. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/1359289078163682>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2050-6653>. E-mail: [marcelo.brito@fumec.br](mailto:marcelo.brito@fumec.br).

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

PARREIRAS, Lílian Aparecida de Macêdo; CAMPOS, Marcelo Barroso de Lima Brito de. A sobreposição do negociado sobre o legislado: efeitos da reforma trabalhista em tempos de COVID-19. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 4, p. 145-170, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i4.8311>.

teses de flexibilização. A ideia de que se prevaleça o negociado sob o legislado pode parecer uma solução para o mercado de trabalho, mas traz consigo certas limitações que precisam ser analisadas à luz do projeto constitucional. Verificar se as novas mudanças são constitucionais e se realmente ampliam o espectro trabalhista, gerando a criação de mais empregos e garantindo a estabilidade do trabalhador, é um problema a ser analisado em face do princípio da vedação ao retrocesso social. Buscou-se também verificar o novo cenário instituído pelas Medidas Provisórias adotadas como instrumentos de enfrentamento à pandemia no país no que concerne às negociações possibilitadas em tempos de COVID 19, bem como apurar até que ponto essas negociações são benéficas ou não ao trabalhador. A partir de método de pesquisa dedutivo, com técnica exploratória, bibliográfica e qualitativa foi desenvolvida uma pesquisa bibliográfica, cujo objetivo central se configura na análise das alterações legislativas que possibilitam a sobreposição do negociado sobre o legislado, verificando-se se tais modificações violam direitos constitucionais já adquiridos.

**Palavras-chave:** flexibilização; direitos constitucionais; Coronavírus; negociação coletiva; reforma trabalhista.

## ABSTRACT

*This article aims to analyze the constitutionality of the innovation brought by the labor reform, with regard to the overlapping of collective negotiations with labor legislation, in the hypotheses provided by Law n. 13467/2017. The study showed the evolution of Labor Law in Brazil, illustrating the guarantees achieved by workers throughout history and analyzing the risk of the expansion of flexibilization hypotheses. The idea that the negotiated under the legislation should prevail may seem like a solution for the labour market, but it brings with it certain limitations that need to be analyzed in the light of the constitutional project. Verifying whether the new changes are constitutional and whether they really broaden the labour spectrum, generating the creation of more jobs and ensuring worker stability, is a problem to be analyzed in the face of the principle of sealing the social setback. It also sought to verify the new scenario established by the Provisional Measures adopted as instruments to combat the pandemic in the country regarding the negotiations made possible in times of COVID 19, as well as ascertain to what extent these negotiations are beneficial or not to the worker. Based on deductive research method, with exploratory, bibliographic and qualitative technique, a bibliographic research was developed, whose central objective is the analysis of legislative changes that allow the overlapping of the negotiated on the legislated, whether such changes violate existing constitutional rights.*

**Keywords:** flexibilization; constitutional rights; Coronavirus; collective negotiation; labor reform.

## 1. INTRODUÇÃO

Decerto, as relações trabalhistas não só norteiam as relações sociais, mas são inerentes à sobrevivência humana e ao próprio desenvolvimento da sociedade. Nessa perspectiva, não se olvida que ao longo dos séculos, o vínculo entre o trabalhador e o beneficiário do trabalho vem passando por importantes e constantes transformações.

O caminho até os dias atuais foi árduo. Foram décadas até que a sociedade começasse a compreender que as relações trabalhistas precisavam ser regulamentadas.

Após muito esforço e com o advento da Constituição da República de 1988, o trabalhador teve uma série de direitos erigidos em nível constitucional. Uma importante vitória. A citada Constituição trouxe avanços significativos nesse âmbito, uma vez que garantias já existentes receberam *status* constitucional e alguns direitos foram ampliados, tais como a jornada de 8 horas diárias e 44 semanais, o aviso prévio proporcional, a licença paternidade, bem como o direito de greve.

Todavia, o que se constata na atualidade são movimentos em direção contrária. Várias modificações na seara trabalhista vêm se consolidando e, sob o argumento de se gerar mais empregos e garantir os postos de trabalho já existentes, acabam por flexibilizar a legislação posta e, por conseguinte, diminuir o rol de direitos anteriormente consagrados.

Partindo-se desse contexto, em que a flexibilização foi largamente possibilitada via negociação coletiva, tem-se como hipótese verificar de que modo a prevalência do negociado sobre o legislado afeta direitos constitucionais já adquiridos.

A flexibilização de direitos trabalhistas é uma questão delicada e que merece uma atenção especial. A par disso, no novo contexto mundial, em que o planeta sofre as consequências da pandemia ocasionada pelo coronavírus, muito se tem discutido acerca de se dar ao trabalhador a possibilidade de negociar diretamente com seu empregador, situações que, teoricamente, podem lhe assegurar o emprego.

Defende-se que a flexibilização é o instrumento mediante o qual seria possível a geração de empregos e a diminuição dos custos de produção em benefício das empresas que enfrentam dificuldades financeiras, e, na conjuntura atual, manter postos de trabalho e empresas vivas.

É fato que em meio às crises econômicas e à possibilidade do desemprego em massa, tal possibilidade precisa ser trazida à baila. No entanto, faz-se necessária uma análise minuciosa acerca desse tipo de solução, para que não haja violação a direitos conquistados nem afronta ao princípio da vedação ao retrocesso.

Logo, é de suma relevância o estudo do tema, uma vez que se está diante da real possibilidade de mitigação de direitos arduamente conquistados pelos trabalhadores. Nesta senda, é preciso analisar a aplicação de tal instituto para que não se dê espaço para retrocesso e precarização das normas laborais.

Para tanto, o presente trabalho tem por objetivo principal analisar se as alterações legislativas, que possibilitam a sobreposição do negociado sobre o legislado, violam direitos constitucionais já conquistados.

Nesse sentido, optou-se por fazer uma pesquisa bibliográfica constituída principalmente de livros, artigos científicos e jurisprudência, bem como relatórios de pesquisa, documentos oficiais, dentre outros.

Inicialmente será abordada a evolução do Direito do Trabalho no Brasil, buscando fazer uma descrição sobre a organização sindical, desde a sua formação até seu funcionamento atual no país, uma vez que a flexibilização tratada se dá por meio das negociações coletivas. Posteriormente, será tratado o instituto da flexibilização, procurando obter um panorama desde sua origem até o momento presente. Serão abordados também o tema da reforma trabalhista e o processo de flexibilização instituído pela Lei n. 13.467/2017, com foco no negociado sobre o legislado. Tendo em vista as circunstâncias atuais, também será abordada a flexibilização como medida de enfrentamento da crise em tempos de coronavírus.

## 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Não por acaso a palavra trabalho tem, etimologicamente, o sentido de castigo. A caminhada desse direito até ser constitucionalizado, foi árdua e tortuosa. Sua origem no latim vem do vocábulo *tripalium*, espécie de instrumento de tortura que pesava sobre os animais (CASSAR, 2015, p. 50).

O Direito do Trabalho começa a ter seus contornos traçados em tempos remotos, nos quais prevalecia a lei da escravidão. Na Antiguidade, a força de trabalho já era utilizada, contudo sem que os trabalhadores possuíssem direitos ou fossem contemplados com a respectiva remuneração. Em um primeiro momento, tribos digladiavam por poder e domínio de terras, de forma que aquela que fosse derrotada era escravizada pela vitoriosa, a fim de lhe prestar serviços forçados. O escravo não era considerado sujeito de direitos, pois era propriedade de seu senhor. Neste sentido, elucida Jorge Neto e Cavalcante:

A escravidão, como um sistema social, apresenta os seres humanos divididos em duas classes: senhores e escravos. Para os escravos, não se concede o reconhecimento da personalidade jurídica; equiparam-se às coisas, sendo objeto de uma relação jurídica (alienados como qualquer outro bem jurídico), não tendo direitos ou liberdades; são obrigados a trabalhar sem qualquer tipo de garantia, não percebendo nenhum salário (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2017, p. 1).

Do relato histórico acima, pode-se inferir que a força de trabalho humana já era utilizada desde a escravidão sem que os trabalhadores tivessem quaisquer direitos reconhecidos ou recebessem alguma retribuição. Eles eram tratados como objeto, não havendo sequer indícios de organização do trabalho. Havia uma nítida divisão de classes, configurada pela estratificação da sociedade com base no poder. De um lado, os senhores; do outro, os escravos, que simplesmente trabalhavam e obedeciam. Vê-se, por conseguinte, que o trabalho era subordinado, mas repisa-se, não se vislumbra a existência de contraprestação a qualquer título.

O Direito do Trabalho começou a ser desenhado no cenário Brasileiro em 1824 com a Constituição do Império, que extinguiu as corporações de ofício, bem como assegurou ampla liberdade para o trabalho. Ela foi inspirada nos princípios exaltados durante a Revolução Francesa (CASSAR, 2015, p. 61).

A partir daí, tiveram lugar diversas manifestações que contribuíram para o surgimento e consolidação do Direito do Trabalho no país, cumprindo destacar as mais relevantes.

Em 1850, foi criado o Código Comercial, primeira compilação nacional, por meio da qual se estabeleceram regras relativas ao Processo, ao Direito Civil e ao Direito do Trabalho. O referido código acabou por se tornar referência e inspiração para a elaboração de estatutos posteriores. Segundo Cassar (2015, p. 61), “tratava também da possibilidade do aviso prévio, da indenização pela rescisão injusta do contrato a termo, da justa causa, da garantia de salário em caso de acidente de trabalho”.

Em 1871, os nascidos do ventre de escravas já não eram escravos. Foram libertados pela Lei do Ventre Livre. Nesse mesmo sentido, veio a Lei Saraiva Cotegipe que deu a liberdade aos escravos sexagenários que tivessem cumprido mais de três anos de trabalho espontâneo (CASSAR, 2015, p. 61).

Entretanto, o marco do surgimento do Direito do Trabalho no Brasil se deu com a publicação da Lei Áurea em 1888, conforme entendimento de Delgado:

[...] ela pode ser tomada como marco inicial da referência da história do Direito do Trabalho brasileiro. É que ela cumpriu papel relevante na reunião dos pressupostos à configuração desse novo ramo jurídico especializado. De fato, constituiu diploma que tanto eliminou da ordem ociojurídica a relação de produção incompatível com o ramo justralhista (escravidão) como em consequência estimulou a incorporação pela prática social da fórmula, então revolucionária, de utilização da força de trabalho: a relação de emprego (DELGADO, 2018, p. 124-125).

A referida hipótese encontra fundamento em Cassar, quando afirma que a Lei Áurea teve um papel determinante na história do Direito do Trabalho no país: “Este fato trouxe para o Brasil uma nova realidade, porque houve aumento da demanda no mercado e não havia trabalho para todos. A mão de obra era desqualificada e numerosa” (CASSAR, 2015, p. 16-17).

A partir daí a regulamentação trabalhista mostrou-se inexorável. Foi aos poucos conquistando seu espaço, por meio de manifestações insipientes ou esparsas. E nessa toada, em 1890, mediante um aviso do Ministro da Agricultura, foi determinada a concessão de férias anuais remuneradas de 15 dias para os ferroviários da Estrada de Ferro Central do Brasil (CASSAR, 2015, p. 61).

Apesar da garantia se aplicar a apenas uma categoria específica, não se olvida que a instituição desse direito representou um olhar concreto para os direitos relacionados à saúde e à segurança do trabalhador.

Nesse processo, em 1919, surgiu a legislação acidentária do trabalho, acolhendo, com algumas limitações, o princípio do risco profissional. Posteriormente, em 1923, foi publicada outra lei de extrema relevância para o Direito Trabalhista, a Lei Eloy Chaves (Lei nº 4.682/23), que criou a estabilidade decenal apenas para os ferroviários, bem como instituiu o Conselho Nacional do Trabalho – OIT, no âmbito do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio (CASSAR, 2015, p. 61).

Posteriormente, em 1927, por meio do Decreto 17.934-A, conhecido como Código de Menores, foi estabelecida a idade mínima de 12 anos para o trabalho, bem como vedado o trabalho noturno e em minas de subsolo.

Essa fase tem seu marco inicial em 1930, firmando a estrutura jurídica e institucional de um novo modelo trabalhista até o final da ditadura getulista (1945). Terá, porém, o condão de manter seus plenos efeitos ainda sobre quase seis décadas seguintes, até pelo menos a Carta Constitucional de 1988 (DELGADO, 2018, p. 128).

Com a eleição de Getúlio Vargas, surge um período de grandes inovações legislativas. Em 1930, após ser eleito presidente, Getúlio Vargas cria o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, através do Decreto n. 19.443 de 26/11/1930. No ano seguinte, foi instituído o Departamento Nacional do Trabalho, por via do Decreto n. 19.671-A de 04/02/1931. O Ministério recém-criado tinha a função de elaborar, aplicar e fiscalizar a aplicação da legislação do trabalho (DELGADO, 2018, p. 129).

O Direito do Trabalho segue ganhando força e aproximadamente um mês depois da criação do supracitado Departamento, no dia 19/03/1931, outra decisão importante foi tomada. Por meio do Decreto n. 19.770, regulamentou-se a organização sindical, criando-se uma estrutura sindical oficial baseada no sindicato único e, embora a unicidade sindical ainda não fosse obrigatória, a criação de sindicatos tinha que ser submetida à aprovação do Estado (CASSAR, 2015).

Corroborando com o posicionamento de Cassar, a narrativa de Misalidis, quando afirma que:

Com o decreto n. 19.770, as associações profissionais passavam a ser instituições atreladas ao Estado. A exposição de motivos que acompanhava o citado decreto manifestava claramente os objetivos da Revolução de 1930: incorporar o sindicalismo no Estado e nas leis da República (MISALIDIS, 2001, p. 52).

Pelo exposto acima, pode-se dizer que durante esse período histórico, os direitos trabalhistas foram essencialmente conquistados via decretos e leis, observando-se também, nesse período, a preponderância do legislado sobre o negociado. Embora o presente estudo tenha se proposto a descrever, ainda que de forma breve, apenas a evolução do Direito do Trabalho no Brasil, importante ressaltar dois eventos internacionais que também inspiraram a luta do trabalhador brasileiro. O término da 1ª guerra mundial, bem como o modo de produção socialista, deu origem, a dois diplomas Constitucionais importantes, de conteúdo eminentemente social, que se tornaram marcos do Constitucionalismo social e inspiraram os trabalhadores do mundo inteiro, são eles a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 (DELGADO, 2018).

Dando continuidade a história do Direito do Trabalho no Brasil, a submissão da criação dos sindicatos à aprovação pelo Estado, reforça a ideia de Estado interventor, denotando que o Governo estava atento a todas as ações realizadas na esfera trabalhista, intervindo massivamente nesse espectro da sociedade.

Não restam dúvidas de que a era Vargas teve uma forte influência no Direito do Trabalho. Muitas ações importantes foram realizadas e houve farta produção legislativa, possibilitando o surgimento e a consequente consolidação do referido instituto.

Lado outro, percebe-se uma intervenção cada vez maior do estado nas questões trabalhistas e sociais. Tal afirmativa é corroborada por Maurício Godinho Delgado, quando afirma que o Estado coloca em prática uma série de ações, com o intuito, tanto de reprimir manifestações operárias, quanto de instaurar novo modelo de organização do sistema justralhista, agora, totalmente controlado pelo Estado (DELGADO, 2018).

Embora a Justiça do Trabalho tenha sido constituída formalmente só no ano de 1939, foi em 1932 que surgiram dois decretos importantíssimos que corroboraram de forma significativa para que, mais tarde, a instituição fosse criada. O Decreto Legislativo nº 21.396/1932 que criou a Comissão Mista e Permanente de Conciliação e o Decreto Legislativo nº 22.132/1932 que deu origem às juntas de conciliação e julgamento (CASSAR, 2015).

Nessa toada, o Direito do Trabalho foi se desenvolvendo e tomando forma. Novas leis e decretos foram criados com o propósito de regulamentar as relações trabalhistas, de forma que o Direito do Trabalho foi se tornando um instituto cada vez mais sólido e forte. Nesse diapasão, foram expedidos decretos que regulamentavam o trabalho da mulher e, pela primeira vez na história, falou-se em convenção coletiva. Tal afirmativa encontra aporte na narrativa de Vólia Bomfim, quando afirma que:

O Decreto Legislativo nº 21.690/1932 foi o primeiro a falar da Convenção Coletiva do Trabalho. O Decreto nº 21.417-A regulamentou o trabalho da mulher e o Decreto nº 21.186 fixou jornada de oito horas para trabalho no comércio, mais tarde também estendida aos industriários (CASSAR, 2015, p. 62).

Em consonância com a evolução da legislação trabalhista, foi promulgada a Constituição de 1934. Essa foi a primeira a abarcar o Direito do Trabalho, trazendo em seu bojo, diversas regulamentações e garantias benéficas ao trabalhador, tais como salário mínimo, jornada de trabalho de 8 horas diárias, férias anuais remuneradas e repouso semanal. A Carta Magna previu a criação da Justiça do Trabalho, que além de aplicar as leis trabalhistas, foi incumbida de interpretá-las, vindo a nutrir um arcabouço jurisprudencial que visava a proteção do trabalhador.

Pode-se dizer que a promulgação da Constituição de 1934 representou, portanto, grande vitória na seara trabalhista naquele momento. Tal afirmativa encontra alicerce nas palavras de Vólia Bomfim, quando relata o surgimento da referida constituição:

1934 – Foi a primeira Constituição (Constituição da República) que elevou os direitos trabalhistas ao *status* constitucional disposto nos arts. 120 e 121, tais como salário mínimo, jornada de oito horas, férias, repouso semanal (não era remunerado), pluralidade sindical, indenização por despedida imotivada, criação da Justiça do Trabalho, ainda não integrante do Poder Judiciário. A Carta de 1934 foi elaborada sob forte influência da Constituição de Weimar (social-democrata) e da Constituição americana (liberal-individualista) (CASSAR, 2015, p. 62).

Entretanto, essa fase de inovações não perdurou por muito tempo, pois, com o golpe militar levado a efeito por Getúlio Vargas, o Congresso foi fechado e a competência normativa foi atribuída aos tribunais trabalhistas. A Constituição de 1937 foi outorgada por Getúlio Vargas e em seu cerne manteve os direitos individuais elencados na Constituição anterior, bem como garantiu uma série de direitos coletivos, tais como: reconhecimento dos sindicatos, a imposição da contribuição sindical, a unicidade sindical e a previsão para o contrato coletivo de trabalho. Vale ressaltar que a greve e o lockout foram considerados recursos antissociais (CASSAR, 2015).

Contudo, outras legislações importantes que impulsionaram a regulamentação dos direitos trabalhistas continuaram surgindo. Dentre elas, destacam-se: “1939 – Organização da Justiça do Trabalho através do Decreto-Lei nº 1.237/39. O Decreto-Lei nº 1.346/39 reorganiza o Conselho Nacional do Trabalho. 1940 – Regulamento do Conselho Nacional do Trabalho pelo Decreto nº 6.597/40” (CASSAR, 2015, p.62).

Nesse sentido, a fase de Institucionalização do Direito do Trabalho tem seu ápice em 1943, com a Consolidação das Leis Trabalhistas. A CLT é compilada por meio do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, reunindo as normas já existentes aplicáveis às relações de trabalho.

Após a deposição de Vargas em 1945, é promulgada uma nova Constituição. A Carta Magna de 1946 foi considerada mais democrática e trouxe consigo diversas garantias para os trabalhadores, bem como dispôs sobre a participação dos empregados nos lucros da empresa. Tratou também de reconhecer o direito de greve e incluiu a Justiça do Trabalho no Poder Judiciário, retirando este órgão da esfera do Executivo (CASSAR, 2015).

Posteriormente, em 1967, surge uma nova Constituição de cunho autoritário, mas que manteve os direitos já existentes. É importante ressaltar, que a referida Constituição recebeu a Emenda Constitucional nº 1, em 1969, que dispôs acerca do imposto sindical e proibiu o direito de greve para o Serviço Público e atividades essenciais (DELGADO, 2018).

Ainda, com o decurso do tempo, surgiram leis esparsas importantes, tais como a Lei 5.107/1966 (FGTS), Lei 5.859/1972 (domésticos), Lei 5.889/1973 (trabalhador rural), Lei 6.019/1974 (trabalhador temporário) e a Lei 7.102/1983 (vigilantes).

Entretanto, foi com o advento da Constituição de 1988 que a legislação trabalhista se solidificou, buscando garantir os direitos coletivos e sociais em face do conceito individualista e respaldando a dignidade da pessoa humana.

Evidencia-se que até aqui vigorava uma legislação protetiva, consolidada através de instrumentos normativos e sob uma ótica que visava proteger o trabalhador hipossuficiente.

A Constituição de 1988, muito embora tenha consolidado em seu texto inúmeros direitos trabalhistas e sociais, elevando ainda as normas coletivas a um status constitucional, também abriu espaço para um caminho de flexibilização das normas trabalhistas.

O instituto da flexibilização surge com a justificativa de se preservar empregos, criar novos postos de trabalho e manter o curso das empresas que, em situações mais precárias, não teriam como manter seus funcionários. Observa-se, porém, que a flexibilização, embora com o intuito nobre de proteção uma vez que tem como finalidade assegurar empregos, descaracteriza toda uma história de lutas e conquistas, podendo levar a termo um processo complexo trilhado ao longo da história. Isso porque, ao se permitir a flexibilização, abre-se o precedente para que direitos conquistados, sejam colocados de lado, na tentativa de assegurar que o empregado mantenha seus cargos em momentos de crise, como o que o mundo se encontra atualmente.

Nesse sentido, faz-se necessário conhecer um pouco mais sobre as organizações sindicais no Brasil, bem como entender o que vem a ser o instituto da flexibilização e conhecer suas consequências.

### 3. ORGANIZAÇÃO SINDICAL NO BRASIL

A partir do exposto no capítulo anterior, pode-se dizer que, com a evolução das relações trabalhistas e incremento do Direito do Trabalho, aumenta a necessidade de uma organização mais pormenorizada que será reconhecida quando da Constituição de 1988.

A Carta Magna de 1988 atribui especial valor aos acordos e convenções coletivas, erigindo a status constitucional as normas coletivamente negociadas, passando a permitir a flexibilização de determinados direitos legalmente estabelecidos via instrumento coletivo.

Nesse sentido, passa-se ao estudo das organizações sindicais, instituições responsáveis por contribuir de forma consistente para o fomento do rol de direitos trabalhistas, bem como para o fortalecimento das categorias profissionais. Para tanto, far-se-á uma explanação mais

detalhada do que vem a ser o referido instituto e como se deu o seu surgimento e consagração no Brasil.

Os sindicatos podem ser entendidos como instituições que visam defender os interesses de suas respectivas categorias – empregados ou empregadores – por meio de uma relação dialética entre os dois sujeitos da relação de trabalho.

Para Alice Monteiro de Barros o “sindicato é como uma associação profissional devidamente reconhecida pelo Estado como representante legal da categoria” (BARROS, 2009, p. 1237).

É importante ressaltar, destarte, que a constituição e manutenção de sindicatos não é uma prerrogativa apenas da classe trabalhadora, podendo ser os mesmos constituídos e organizados também para defender os direitos e amparar os interesses dos empregadores.

Dessa forma, apresenta-se aqui o conceito estabelecido por Delgado (2018, p. 1606), que elucida que sindicato é “uma associação coletiva, de natureza privada, voltada à defesa e incremento de interesses, coletivos profissionais e materiais de trabalhadores, sejam subordinados ou autônomos e de empregadores”.

Nesta senda, pode-se dizer que sindicato é a instituição privada que tem por escopo a defesa dos interesses coletivos de uma determinada categoria, seja ela profissional ou empresarial. Sua importância pode ser constatada pelo seu status constitucional a teor do art. 8º da Constituição da República de 1988.

### 3.1 CONVENÇÃO COLETIVA E ACORDO COLETIVO

Para a conceituação desses dois institutos, adotar-se-á o disposto na Consolidação das Leis de Trabalho – CLT:

**Art. 611** – Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

**§ 1º** É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

**§ 2º** As Federações e, na falta desta, as Confederações representativas de categorias econômicas ou profissionais poderão celebrar convenções coletivas de trabalho para reger as relações das categorias a elas vinculadas, inorganizadas em Sindicatos, no âmbito de suas representações (COSTA FILHO *et al.*, 2019, p. 160).

À luz do artigo 611 da CLT, a convenção coletiva de trabalho configura-se em um acordo de cunho normativo, estabelecido entre os sindicatos que representam as categorias de empregados e de empregadores e que tem por objetivo determinar as condições de trabalho para um determinado setor produtivo.

No que concerne ao acordo coletivo de trabalho, pode-se dizer que possui as mesmas características no que tange à formalidade e ao conteúdo da convenção coletiva. O que difere um instituto do outro é o sujeito legitimado. No acordo coletivo, não há interferência do sindicato da categoria patronal, o acordo é firmado diretamente com o empregador, conforme disposto no art. 611 da CLT:

§ 1º É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967) (COSTA FILHO, *et al.*, 2019, p. 160).

Com fulcro no artigo supramencionado, o acordo coletivo pode ser entendido como sendo um ajuste firmado entre o sindicato dos trabalhadores e uma ou mais empresas. As normas autonomamente criadas alcançarão apenas os empregados das empresas envolvidas, não sendo, portanto, extensivo a toda a categoria.

## 4. DA FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS

O termo “flexibilização” ou “flexibilidade” surgiu em 1973 na Europa como uma teoria que tinha por propósito solucionar os impasses econômicos causados à época pela crise no mercado petrolífero. Nesse contexto, também o Brasil, em decorrência dessa crise, precisou rever algumas leis trabalhistas, o que teve por consequência a diminuição no rigor de algumas delas.

Para Martins (1997), flexibilização pode ser entendida como sendo um conjunto de regras que tem o intuito de instituir mecanismos tendentes a compatibilizar mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social, existentes na relação entre o capital e o trabalho.

Nesse sentido, entende-se que o mais adequado seria falar em flexibilização das condições de trabalho, uma vez que essas são o verdadeiro objeto da flexibilização e não o Direito do Trabalho em si.

Entretanto, o conceito de flexibilização não é simples e apresenta importantes controvérsias e certa indeterminação. Para Nassar, a palavra flexibilização é polissêmica, o que equivale a dizer que lhe podem ser atribuídos diversos significados e, portanto, segundo a autora, “não é univocamente definida” (NASSAR, 1991, p. 17).

Nascimento (2003, p. 67) define flexibilização como “o afastamento da rigidez de algumas leis para permitir, diante de situações que o exijam, maior dispositividade das partes para alterar ou reduzir os seus comandos”.

Delgado corrobora com tal afirmativa ao lecionar que:

a flexibilização pode ser entendida como uma possibilidade jurídica, estipulada por norma estatal ou por norma coletiva negociada, de atenuação da força imperativa das normas componentes do Direito do Trabalho, de modo a mitigar a amplitude de seus comandos e/ou os parâmetros próprios para a sua incidência (DELGADO, 2018, p. 71).

Ainda buscando definir o tema flexibilização dentro do contexto laboral, Correia (2015, p. 48), adota o termo flexibilizar como sendo “uma forma de diminuir a rigidez das leis trabalhistas pela negociação coletiva, ou seja, é dar ênfase no negociado em detrimento do legislado”, sendo esse o conceito adotado na redação desse trabalho, sem prejuízo dos demais.

#### 4.1 A FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS NO BRASIL.

Com a inexorável expansão do fenômeno da globalização, as questões referentes a trabalho e emprego emergem no cenário mundial imbuídas de insegurança. Embora esse processo de interação mundial traga seus benefícios no que tange a avanços tecnológicos, em outra seara, traz consigo receio e incertezas, haja vista o encerramento massivo de postos de trabalho.

É inegável que o Direito do Trabalho não é ciência estanque e está diretamente ligado às instabilidades políticas e, por consequência, precisa se adequar a fim de se amoldar e garantir uma melhor solução para os problemas relacionados ao embate capital – trabalho. Nessa senda, com o intuito de adequar o Direito do Trabalho à realidade social do país, surgiu a intitulada teoria da flexibilização do Direito do Trabalho ou flexibilização dos Direitos Trabalhistas.

Sendo assim, como já mencionado anteriormente, a Constituição de 1988, embora inovadora em termos de direitos trabalhistas, diante desse novo contexto mundial, trouxe em seu artigo 7º hipóteses, nas quais direitos e garantias poderiam ser ampliados ou restringidos pela autonomia privada ou coletiva.

Conforme dispõe o artigo 7º, incisos VI, XIII e XIV da Constituição da República, a saber:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva (BRASIL, 1988).

Dessa maneira, estabeleceu a Constituição da República de 1988 que podem ser objeto de negociação coletiva a redução de salários, a compensação de horários e a redução da jornada, assim como o limite de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento.

#### 4.2 MECANISMOS CONSTITUCIONAIS DE FLEXIBILIZAÇÃO

A chamada Constituição Cidadã, como já relatado, erigiu a *status* constitucional os instrumentos coletivos, evidenciando em seu art. 8º, inciso VI, a obrigatoriedade dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho e, bem assim, em seu art. 7º, trazendo hipóteses de flexibilização de normas trabalhistas.

Nessa esteira de raciocínio, por meio da adaptação de suas cláusulas, o texto constitucional busca acolher às exigências tecnológicas, econômicas, sociais e comerciais modernas, tentando oferecer ao trabalhador segurança jurídica quanto à flexibilização das normas trabalhistas e assim cumprir com o objetivo maior de conservar e zelar pela dignidade da pessoa humana, principal fundamento do Estado Democrático de Direito (SOARES; MASSINE, 2010).

#### 4.2.1 REDUÇÃO DE SALÁRIOS

O princípio da irredutibilidade salarial tem previsão no art. 7º, VI da Constituição da República de 1988. Não obstante, o mesmo artigo abre a possibilidade de flexibilização quando faz ressalva para a redução de salários mediante negociação coletiva.

Importante ressaltar que a redução salarial se limita exclusivamente à noção do valor nominal do salário obreiro (DELGADO, 2018). Isso posto, entende-se que a despeito da inflação gerar impacto no salário, o empregado não pode ter o valor acordado na época de sua contratação reduzido, em decorrência desse fato. Portanto, a exceção à garantia da irredutibilidade salarial só poderá ser efetuada mediante convenção ou acordo coletivo.

O artigo 7º, IV da referida Constituição, abrange ainda outro empecilho à redução do salário, quando garante o salário mínimo aos trabalhadores:

**Art. 7º** São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

**IV** – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim (BRASIL, 1988).

Destarte, pode se inferir do que foi exposto que a redução salarial não pode ser feita de forma aleatória e sem critérios, sendo condicionada à pactuação coletiva pelas partes envolvidas.

Ainda que a redução salarial só possa ser levada a efeito mediante negociação coletiva, é inegável que a CR/88 abriu um importante precedente.

#### 4.2.2 COMPENSAÇÃO DE HORÁRIOS E REDUÇÃO DE JORNADAS

Outra possibilidade de flexibilização trazida no bojo do texto constitucional se perfaz na compensação de horários e redução de jornadas, conforme previsão contida no artigo 7º, XIII da Constituição de 1988. A flexibilização em apreço pode ser realizada através do denominado banco de horas, sistema de compensação anual de trabalho.

O supramencionado banco de horas tem previsão tanto no inciso XIII, do artigo 7º da CR/88, quanto no § 2º, do artigo 59 da CLT, a saber:

**Art. 59.** A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou contrato coletivo, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda o horário normal da semana nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias (COSTA FILHO *et al.*, 2019, p. 101).

Não se olvida que essa forma de flexibilização é interessante para as empresas, uma vez que elide o direito do empregado à percepção de horas extras, convertendo o labor extraordinário em folgas a serem gozadas no período de um ano.

Lado outro, não se pode assegurar que tal modalidade de compensação não acarrete consequências negativas ao trabalhador, como cansaço e sobrecarga na saúde física e mental, colocando em risco a saúde e a segurança do empregado. Portanto, é difícil avaliar em que medida tal pactuação irá satisfazer as duas partes envolvidas, em igual proporção.

Paira ainda uma discussão entre os doutrinadores acerca de qual acordo seria o mais adequado para assegurar a compensação de jornada na modalidade banco de horas, se o individual ou o coletivo. A controvérsia existente é que alguns autores acreditam que o banco de horas beneficia mais ao empregador do que ao empregado. Esse é o posicionamento de Cassar (2017). Segundo a autora, o banco de horas é espécie de compensação de jornada aleatória, sem critérios fixos. O entendimento da jurisprudência era no sentido de só autorizar esse tipo de compensação por norma coletiva (SÚMULA 85, V, do TST) (BRASIL, 2016). Lado outro, Delgado (2018) defende a legitimidade deste instituto, uma vez que ele pode assegurar a manutenção de empregos. Todavia, alguns autores, dentre eles, Delgado, defendem que esse acordo só pode ser realizado na esfera coletiva: “a flexibilização trabalhista pode ser heterônoma (oriunda de permissivo constitucional ou legal) ou autônoma, oriunda de permissivo de CCT ou ACT” (DELGADO, 2018, p. 71).

Não se olvida que possibilitar compensação de jornadas por extenso lapso temporal – modalidade banco de horas – via acordo individual geraria riscos inestimáveis, tendo em vista a posição de hipossuficiência do empregado, que poderia ser intimidado a ceder frente ao empregador. Sem embargo, durante algum tempo pairaram arrefecidas discussões quanto ao aspecto, tendo em vista a redação do enunciado da súmula 85 do TST: “A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva.” (ex-Súmula nº 85 – primeira parte – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003) (BRASIL, 2003).

Contudo, em maio de 2011, a referida súmula teve o inciso V acrescentado em seu bojo, elucidando que as deliberações compreendidas na súmula 85 não se aplicam à compensação através do banco de horas.

Acrescenta-se a isso, o fato de que o próprio artigo 7º, em seu inciso XIII, da CR/88, que instituiu o banco de horas, permite a redução de jornada, desde que acompanhada da equivalente redução salarial por meio de negociação coletiva.

#### 4.2.3 MAJORAÇÃO DA JORNADA EM TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO

A majoração da jornada constitui o terceiro e último instrumento de flexibilização previsto na Constituição de 1988. O disposto no artigo 7º, XIV, prevê a majoração de seis para

oito horas a jornada de trabalho cumprida em sistema de turnos ininterruptos de revezamento, mediante negociação coletiva.

A modalidade de labor em turnos ininterruptos de revezamento consiste na execução da atividade laborativa de forma alternada, realizada nos períodos diurno e noturno, com frequência diária, semanal, quinzenal ou mensal (DELGADO, 2018). Nessa hipótese, o empregado se ativa no trabalho em uma semana na parte da manhã, na seguinte à tarde, na outra à noite, e assim sucessivamente.

Conforme mencionado anteriormente, o art. 7, XIII limita a jornada praticada em turnos ininterruptos de trabalho a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais.

### 4.3 MECANISMOS INFRACONSTITUCIONAIS DE FLEXIBILIZAÇÃO

O processo de flexibilização infraconstitucional das normas trabalhistas tem seu início na década de sessenta, quando da criação da Lei 5.107/1966 que acabou com a garantia decenal do empregado, prevista no artigo 492 da CLT: “Art. 492 – O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas” (BRASIL, 1943).

Ao completar 10 anos de serviços prestados na mesma empresa, o empregado não poderia ser dispensado, salvo hipótese de justa causa ou de força maior, devidamente comprovadas, o que denota, decerto, importante conquista para o trabalhador.

Entretanto, tal estabilidade incomodava os empresários e empregadores que viam nela um empecilho ao investimento e ao desenvolvimento do negócio. Assim, deu-se início a movimentações e negociações políticas, com o intuito de acabar com a estabilidade do trabalhador.

Dessa sorte, o fundo de garantia por tempo de Serviço foi criado com a edição da Lei 5.107/1966. No momento de sua criação, a referida Lei, denominada Lei do FGTS, teve como justificativa as conveniências da política econômica, bem como a necessidade de atração, para o território brasileiro, de capitais privados estrangeiros (DELGADO, 2018). A mencionada Lei trazia a oportunidade para os empregados de optarem pelo FGTS, em detrimento da estabilidade decenal.

Por fim, com a promulgação da CR/1988, o FGTS passou a se configurar em regime único, sendo definitivamente extinta a estabilidade decenal.

A partir da flexibilização da estabilidade decenal, surgiram várias outras normas ao longo dos anos, com o objetivo de flexibilizar direitos trabalhistas. Dentre tais mecanismos, encontram-se o trabalho por tempo determinado, a terceirização via trabalho temporário, a fragmentação do período de férias, bem como o teletrabalho.

Faz-se necessário destacar que até a denominada Reforma Trabalhista, levada a efeito pela Lei 13.467/2017, o entendimento predominante era no sentido de que só eram possíveis flexibilizações calcadas na CR/88. Não se admitia redução de direitos legalmente previstos através de acordo ou convenção coletiva.

Todavia, com a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, o cenário mudou por completo. A referida lei alterou a CLT para permitir, de forma expressa, que os direitos trabalhistas fossem

objeto de negociação coletiva, ainda que não naquelas hipóteses previstas na Constituição da República.

Dessa forma, por ser um tema fundamental para o estudo em questão, a Reforma Trabalhista será tratada a seguir, em capítulo à parte.

## 5. REFORMA TRABALHISTA

Na esteira das normas que já vinham flexibilizando direitos trabalhistas e fixando entendimentos há muito defendidos pela classe empresária, como por exemplo a Lei 13.429/2017, promulgou-se a Lei 13.467/2017, também denominada de Reforma Trabalhista.

Sob as vestes de resposta às alterações na realidade social e com o pretexto de propiciar ambiente favorável à geração de empregos, a referida reforma alterou vários pontos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-lei 5.452/1943, trouxe modificações tanto nos direitos individuais, quanto nos coletivos, bem como inovou alguns pontos relativos ao processo do trabalho, assim, a Reforma Trabalhista trouxe mudanças substanciais no cenário brasileiro, no que diz respeito aos direitos trabalhistas.

Em vigor desde 2017, a Reforma Trabalhista surgiu com o intuito de modernizar as regras laborais, adequando a legislação às novas relações de trabalho. Um novo panorama estava surgindo e não se pode negar que certas adequações se faziam necessárias, como o aumento do limite da jornada semanal do trabalho parcial, de 25 para 30 horas, a compensação de jornada na semana subsequente, bem como a como a venda de 1/3 de férias. Contudo, para além de inovações, a referida reforma trouxe também a possibilidade de flexibilização ou extinção de alguns direitos conquistados o que caracteriza uma afronta direta ao princípio da vedação ao retrocesso social.

A Lei 13.467/2017 alterou a CLT em diversas hipóteses de duvidosa constitucionalidade, a exemplo da tarifação da indenização pelo dano moral sofrido pelo empregado. Mas não foi só. Sob a falsa aparência de conceder maior liberdade contratual entre iguais, a sobreposição do acordado sobre a lei pode escudar o desrespeito a princípios constitucionais norteadores dos Direitos Sociais e do Direito do Trabalho.

É notório que até o advento da Reforma Trabalhista, as negociações realizadas entre empregador e empregado só eram permitidas com a participação efetiva dos respectivos sindicatos e sob a ótica de contrapartida. Havia uma ideia clara de que as negociações deveriam observar direitos adquiridos e somente poderiam suprimir garantias, mediante equivalente compensação. Temas como jornada, remuneração e auxílios só poderiam ser objeto de alteração para assegurarem ao trabalhador uma situação melhor do que a prevista na lei.

Com as alterações promovidas pela Reforma, direitos e garantias que não podiam ser objeto de negociação entram no rol de matérias afetas à negociação coletiva, em inegável desrespeito ao que foi disposto pela Constituição da República de 1988. A Lei em questão ainda modificou a legislação trabalhista e colocou em xeque a jurisprudência consolidada, ao abrir a possibilidade de negociações feitas diretamente entre empregados e patrões, sem a mediação do sindicato, ao arremisso do disposto nos arts. 9º, 444 e 448 da CLT/1943, que pre-

veem a nulidade de todo e qualquer ato praticado com o intuito de fraudar ou burlar direitos trabalhistas, conforme redação abaixo:

art. 9º da CLT reputa como nulo todo ato que vise desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos direitos trabalhistas previstos na lei.

Por outro lado, o art. 468 da CLT considera nula toda alteração contratual, inclusive a bilateral, que cause prejuízo ao trabalhador, impedindo que vantagens, mesmo as de características privadas, criadas pelas partes, sejam suprimidas ou alteradas em prejuízo do trabalhador. Reforçando o entendimento, o art. 444 da CLT autoriza a criação de outros direitos pela vontade das partes, desde que não contrariem aqueles previstos na lei e nas normas coletivas. Portanto, é possível concluir que não apenas os direitos previstos em lei são irrenunciáveis e intransacionáveis, mas também aqueles de característica privada que importem em alteração prejudicial ao empregado (COSTA FILHO *et al.*, 2019, p. 96).

Isso posto, resta claro que a interpretação das inovações legislativas sob análise deve ser realizada sob o prisma dos princípios constitucionais, e, desse modo, qualquer menção a negociações com o intuito de extinguir direitos duramente conquistados pelos trabalhadores, pode ser considerada inconstitucional por se tratar de cláusula abolutiva de direitos fundamentais, vedada pelo art. 60, §4º, IV, da Constituição de 1988.

Conforme já analisado em momento anterior, a possibilidade do negociado prevalecer sobre o legislado não foi uma novidade trazida ao ordenamento jurídico brasileiro pela Reforma, haja vista que a Constituição da República de 1988 já abria certa possibilidade a esse tipo de prática. Todavia, a mesma Constituição estipulou limites para tais negociações, exigindo a observância do disposto no caput do art. 7º de seu texto, o qual preconiza que os acordos ou convenções coletivas devem trazer melhoria à condição social dos obreiros.

No que se evidencia com o Pacto de San José da Costa Rica, o Brasil se tornou signatário da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (1969), e a preocupação com a preservação dos direitos do trabalhador foi ratificada em seu art. 26, evidenciando o comprometimento dos Estados pactuados em adotar providências, por vias legislativas ou por outros meios, de consolidar o progresso social, conforme se denota:

Artigo 26 – Desenvolvimento progressivo Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Faz-se imperativo destacar que a doutrina segmenta os direitos trabalhistas entre aqueles que podem ser negociados em prol de uma condição mais benéfica ao trabalhador; os chamados direitos relativamente indisponíveis. Em outra seara, encontram-se os direitos considerados absolutamente indisponíveis, os quais não podem, em hipótese alguma, ser objeto de negociação. Busca-se assim, garantir um patamar mínimo civilizatório. Segundo Delgado, o referido patamar seria composto:

por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: as normas constitucionais em geral (respeitadas, é claro, as ressalvas parciais expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); as normas de tratados e convenções internacionais vigentes no plano interno brasileiro (referidas pelo art. 5º, § 2º, CF/88, já expressando um patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios etc) (DELGADO, 2018, p. 1669).

Destarte, é de se concluir que somente direitos relativamente indisponíveis podem ser relativizados, e, ainda assim, tal possibilidade estaria condicionadas ao oferecimento de contrapartida.

Com a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, como dito, abriu-se a possibilidade de flexibilização de direitos trabalhistas, fixando-se que o negociado prevalecesse sobre o legislado. Ao se analisar o art. 611 – A da CLT, afere-se uma série de temas passíveis de negociação coletiva para sobreposição às leis. Note-se que o rol é apenas exemplificativo:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I – Pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II – Banco de horas anual;

III – Intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV – Adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V – Plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI – Regulamento empresarial;

VII – Representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII – Teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX – Remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X – Modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI – Troca do dia de feriado;

XII – Enquadramento do grau de insalubridade;

XIII – Prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV – Prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

V – Participação nos lucros ou resultados da empresa. 62

§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.

§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos (COSTA FILHO, *et al.*, 2019, p.160).

Do exposto, verifica-se nítida tendência à flexibilização com relação ao tema jornada de trabalho, disposto nos incisos I (Pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais), II (Banco de horas anual), III (Intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas), X (Modalidade de registro de jornada de trabalho) e XI (Troca do dia de feriado), bem como no que concerne ao tema remuneração, tratado nos incisos V (Plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança), IX (Remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual), XIV (Prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo) e XV (Participação nos lucros ou resultados da empresa).

Não se olvida que se trata de matérias de suma importância dentro do arcabouço de direitos trabalhistas. Outrossim, fica evidenciado que o artigo supracitado tem como objetivo regular o negociado sobre o legislado, conforme disposto em seu § 1º.

De outro lado, a Reforma Trabalhista estabeleceu importante e grave restrição à atuação do Poder Judiciário, ao estabelecer que a atuação da Justiça do Trabalho no exame das negociações coletivas estará restrita à análise dos elementos essenciais do negócio jurídico, inteligência dos arts. 611-A, §1º e 8º, §3º, da CLT. Nessa esteira, o Judiciário Trabalhista tem sua análise limitada à regularidade formal dos acordos e convenções coletivas, em nítida afronta ao princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário, insculpido no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República.

Carvalho corrobora com a afirmativa acima quando afirma que:

O primeiro parágrafo do Artigo 611-A estabelece essencialmente que não cabe à JT dispor sobre o conteúdo dos acordos, devendo ela apenas analisar sua conformidade aos elementos juridicamente formais. Da mesma forma, no § 2º o legislador procura estabelecer que a ausência de contrapartidas pela retirada de direitos legais não deve ensejar a nulidade dos acordos por vício do negócio jurídico, evitando prática comum na JT atual que tende a anular convenções e acordos que apenas contenham cláusulas restritivas aos direitos dos trabalhadores (CARVALHO, 2017, p. 83).

Não se pretende aqui analisar cada item dos artigos 611-A e 611-B. Todavia, alguns pontos serão abordados para que se possa, à luz da Constituição da República de 1988, verificar a hipótese de violação da referida Constituição, tema central do presente trabalho.

Dentre as questões que mais chamam atenção, por afronta ao texto Constitucional, está o tratamento dado ao chamado banco de horas. Tal instituto configura-se no pacto realizado entre empregados e empregadores, a fim de que as horas trabalhadas a mais em um determinado dia não sejam quitadas com o respectivo adicional de horas extras, mas sim, compensadas com a diminuição da jornada em outro dia. O banco de horas está previsto, no § 2º do artigo 59 da CLT.

De fato, a possibilidade de compensação de jornada apresenta benefícios para ambos os sujeitos da relação empregatícia. Todavia, é de se destacar que, até a Reforma, o banco de horas, enquanto modalidade de compensação prolongada no tempo, só poderia ser realizado mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, e com a devida aquiescência do trabalhador. Ou seja, só teria validade se realizado por intermédio do sindicato da categoria, formalizando-se tal possibilidade.

Com a Reforma, no entanto, houve um descarte de conquistas coletivas, anteriormente reconhecidas pela Constituição da República de 1988. Com a vigência da Reforma Trabalhista, Lei 1.3467/2017, novas regras relativas ao banco de horas passam a vigorar, de forma que as empresas prescindem do aval dos sindicatos para levarem a efeito o banco de horas, caso a compensação seja realizada no prazo máximo de 6 meses. Nessa hipótese, exige-se tão somente o acordo individual entre a empresa e o empregado.

A análise dos incisos contidos no art. 611-A da CLT, acima transcrito, revela que a reforma promovida pela Lei 13.467/2017 trouxe a possibilidade de se firmar, por acordo ou convenção coletiva de trabalho a natureza jurídica de cargos, podendo identificar como sendo de confiança quaisquer funções.

Nessa toada, o enquadramento nos termos dos art. 62, II e 224, §2º, da CLT pode ser realizado via negociação coletiva, afastando-se a possibilidade de análise das reais funções exercidas pelo empregado, em total desrespeito ao princípio da primazia da realidade.

Diante dessa situação, a título exemplificativo, tem-se que, caso tenha se firmado por acordo ou convenção coletiva, que o cargo de gerente administrativo de um determinado banco é um cargo de confiança, mesmo que o ocupante do mesmo exerça funções idênticas a dos demais empregados, sem que se verifique especial fidúcia, restará excluído do capítulo de controle de fiscalização de jornada, não fazendo jus à percepção de horas extras pelo trabalho suplementar prestado.

O exemplo supramencionado ilustra a possibilidade quanto à prática de fraude por parte das empresas, ocasionando, por conseguinte, mitigação de direitos do empregado. Registre-se que o direito à percepção de horas extras está fundado no impacto que o sobrelabor exerce sobre a saúde e a segurança do trabalhador. O que se pretende com a quitação do adicional de horas extras, enquanto salário-condição, é justamente afetar o empregador de forma a impedir que os empregados sejam sujeitos ao labor excessivo, ou seja, além do que seria considerado seguro para a sua saúde. Entretanto, a previsão contida no inciso V do art. 611-A, da CLT, acaba por criar uma forma de burlar a aplicabilidade dos direitos e princípios trabalhistas.

Também merece atenção a possibilidade trazida pelo inciso VI do artigo 611-A, da CLT. A previsão normativa em questão permite que, por meio de acordo ou convenção coletiva sejam alterados regulamentos empresariais. Até o advento da Reforma Trabalhista, a jurisprudência consolidada através da Súmula 51 do TST, firmou o entendimento no sentido de que benefícios concedidos aos empregados, através de regulamento empresarial, aderiam ao contrato de trabalho, sendo a ele incorporados. Desse modo, somente novos empregados poderiam ser afetados pela exclusão ou modificação de tais vantagens. Contudo, com fulcro na previsão contida no inciso sob análise, direitos concedidos via regulamento de empresa, ainda que incorporados ao salário, podem ser suprimidos, em inconteste ofensa ao princípio da irredutibilidade salarial.

Nessa senda e de acordo com o disposto no inciso VII do mesmo artigo, os temas teletrabalho, regime de sobreaviso e trabalho intermitente também podem sofrer alterações por acordo ou negociação coletiva. Nesses termos, é possível, inclusive, definir que o empregado que se ative em sistema de teletrabalho seja o responsável por arcar com as despesas do *home office*. Ora, eventual pactuação nesse sentido vai de encontro à própria essência de relação empregatícia. O princípio da alteridade informa que é ônus do empregador arcar com os riscos do negócio, não podendo, portanto, repassá-los ao trabalhador. Sendo assim, decerto verifica-se desrespeito aos princípios da dignidade humana e da isonomia.

Outra inovação questionável trazida pela Lei 13.467/2017, em seu inciso X, consiste na possibilidade de se fixar, via negociação coletiva, a modalidade de registro de trabalho. Nesse sentido, é possível inclusive que se pactue a validade de controles britânicos de jornada. Mais uma vez se estaria diante de ampla possibilidade quanto à prática de fraudes que sujeitariam o empregado ao cumprimento de jornadas extenuantes, ao arbítrio do empregador e sem a possibilidade de interferência do Poder Judiciário, em afronta direta ao art. 7º, XXII da CLT.

Mais um ponto complexo é o disposto no inciso XII, o qual abre a possibilidade para que o grau de insalubridade possa ser definido a partir de acordo ou convenção coletiva. É um tanto estranho que um tema tão relevante e diretamente relacionado à saúde e segurança do empregado tenha sido deixado para ser decidido nesses termos, uma vez que o empregado poderá estar exposto a um grau máximo e por acordo ou convenção se estipular que qualquer grau seja considerado mínimo.

Em outra perspectiva, a Reforma traz em seu bojo certas limitações através de um rol, aparentemente taxativo, contido em seu art. 611-B, que indica que nos casos elencados no artigo, a supressão ou redução dos direitos laborais, seja via acordo, seja por convenção coletiva, denotará ilicitude do objeto.

Ocorre, porém, que as restrições contidas no art. 611-B não parecem suficientes a efetivamente resguardar direitos indisponíveis conquistados tão arduamente pelos trabalhadores. A efetividade dessa medida de proteção apresenta pouca efetividade, seja porque muitos direitos não foram contemplados no rol do art. 611-b, seja porque a redação desse artigo abre espaço para a mitigação de garantias constitucionais.

Veja-se, por exemplo, que foi resguardado, no inciso XI, o número de dias de férias anuais devidas ao empregado. Todavia, a forma de concessão pode ser objeto de negociação coletiva. Nessa toada, imagine-se que fosse pactuada coletivamente a possibilidade de divisão dos dias de férias, mediante concessão de um dia de férias a cada semana laborada. Nesse

contexto, a análise do Judiciário estaria restrita à verificação da formalidade do ato. No entanto, não se olvida que o gozo de férias perderia por completo sua função, em ultraje ao art. 7º, inciso XVIII da CR, cuja função finalística é resguardar a saúde, a segurança e o direito ao convívio familiar do empregado.

Pois bem, decerto o direito precisa acompanhar a evolução das relações sociais, sob pena de se tornar ineficaz. Nesse sentido, deve ser prestigiada a força das negociações coletivas, que, em muitos casos, podem de fato contribuir para a sobrevivência das empresas, sobretudo as menores e até mesmo possibilitar a criação de novos postos de trabalho. Entretanto, não obstante, esse é um recurso que deve ser utilizado com cautela. A ampla flexibilização instituída pela Lei 13.467/2017, como analisado, abriu a possibilidade para a prática de fraude e precarização dos direitos trabalhistas.

Não se pode esquecer que o salário se configura em crédito cuja natureza jurídica é alimentar. A imensa maioria dos empregados depende dele para sua sobrevivência e de sua família. Dessa sorte, ainda que representados pelos respectivos sindicatos de classe, não há como se afastar a situação de hipossuficiência do empregado, que, em regra, se submete a qualquer tipo de circunstância para não se ver desempregado.

Acrescenta-se a isso a chegada da covid-19 ao Brasil, o que ocasionou a necessidade da edição de normas que permitem a flexibilização de direitos trabalhistas, inclusive permitindo sua negociação mediante acordo individual, conforme se verá no próximo capítulo.

## **6. AS NEGOCIAÇÕES TRABALHISTAS EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS**

O Brasil, assim como todo o mundo, foi surpreendido pela pandemia avassaladora da covid-19, que está gerando impacto nas mais diversas esferas da sociedade, afetando sobremaneira as atividades empresariais, e, por conseguinte, as relações empregatícias. De um momento para o outro, tudo mudou. As pessoas e empresas precisaram se reinventar, criando formas alternativas de se relacionar e sobreviver.

Sob esse panorama triste e desesperador, vai surgindo um novo país, no qual muitas pessoas se veem impedidas de trabalhar e de se relacionar. As empresas sofrem as consequências do isolamento social e da queda brusca de faturamento, sem que se saiba ao certo o que se esperar do futuro.

Diante desse cenário caótico, foram editadas medidas legais de enfrentamento à crise, com o intuito de regular as mudanças nas relações sociais e minimizar os efeitos da pandemia sobre as relações trabalhistas. Dentre elas, destaca-se a MP 927/2020, que dispõe sobre as medidas trabalhistas para confronto do estado de calamidade pública. O art. 2º da supra mencionada Medida Provisória estipula que trabalhadores e empregadores poderão celebrar acordos individuais escritos para garantir a manutenção dos vínculos empregatícios, estabelecendo ainda que, respeitada a Constituição da República de 1988, o acordo individual escrito preponderará sobre os demais instrumentos normativos, legais e negociais.

A referida Medida provisória teve sua vigência entre 22/03/2020 e 19/07 de 2020, quando, por falta de consenso do senado, foi retirada da pauta, perdendo sua eficácia.

Dentre as possibilidades aventadas na MP 927/2020, tem-se, a título de exemplo, a de trabalhadores e empregadores negociarem a antecipação de períodos futuros de férias, nos termos do art. 6º a saber:

Art. 6º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador informará ao empregado sobre a antecipação de suas férias com antecedência de, no mínimo, quarenta e oito horas, por escrito ou por meio eletrônico, com a indicação do período a ser gozado pelo empregado.

§ 3º Os trabalhadores que pertençam ao grupo de risco do coronavírus (**covid-19**) serão priorizados para o gozo de férias, individuais ou coletivas, nos termos do disposto neste Capítulo e no Capítulo IV (BRASIL, 2020).

De acordo com o exposto no artigo supramencionado, torna-se possível antecipar a concessão de períodos aquisitivos de férias que ainda não se completaram. Vale destacar que a MP também prevê a antecipação do gozo de feriados, condicionando a precipitação da fruição dos feriados religiosos à concordância expressa do empregado, manifestada em acordo individual e escrito.

Outra medida trazida pela MP, em seu art. 14, concerne ao banco de horas, uma vez que autorizou a interrupção das atividades laborais pelo empregador, mediante constituição de um regime especial de compensação de jornada, através do banco de horas.

Dentre as medidas aplicáveis à realidade atual trazidas pela MP 927, encontrava-se em seu artigo 18, a possibilidade de suspensão do contrato de trabalho por até 4 meses, independente de acordo ou negociação coletiva. Tal artigo causou muita discussão e, por sua evidente inconstitucionalidade, foi revogado rapidamente, através da MP 928/2020.

Ocorre que, sob o argumento de se salvaguardar os empregos e socorrer o empresariado, foi editada a MP 936/2020 no dia primeiro de abril.

A supracitada medida, também conhecida como Programa Emergencial de Manutenção de Emprego e Renda, foi convertida na Lei Federal nº 14.020 em 07 de julho de 2020. No seu texto, trouxe propostas para impedir dispensas neste período. Todavia, facultou, mediante acordo individual a redução salarial e a suspensão contratual temporária.

Art. 7º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá acordar a redução proporcional da jornada de trabalho e de salário de seus empregados, por até noventa dias, observados os seguintes requisitos:

I - preservação do valor do salário-hora de trabalho;

II - pactuação por acordo individual escrito entre empregador e empregado, que será encaminhado ao empregado com antecedência de, no mínimo, dois dias corridos; e

III - redução da jornada de trabalho e de salário, exclusivamente, nos seguintes percentuais:

a) vinte e cinco por cento;

b) cinquenta por cento; ou

c) setenta por cento.

Parágrafo único. A jornada de trabalho e o salário pago anteriormente serão restabelecidos no prazo de dois dias corridos, contado:

I - da cessação do estado de calamidade pública;

II - da data estabelecida no acordo individual como termo de encerramento do período e redução pactuado; ou

III - da data de comunicação do empregador que informe ao empregado sobre a sua decisão de antecipar o fim do período de redução pactuado (BRASIL, 2020).

Nessa senda, se por um lado não se pode esquecer que se está vivendo um contexto extraordinário e inédito, pelo outro, também não se pode afastar que os direitos sociais previstos na CR/88 são cláusulas pétreas (CR/88, art. 60, § 4º, IV), cuja restrição deve ser repudiada.

Desse modo, percebe-se clara infringência ao princípio da irredutibilidade salarial, bem como a diversos dispositivos constitucionais, dentre eles, os incisos IV (salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim), V (piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho), VI (irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo) e VII (garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável) do art. 7º da Constituição Federal. Isso porque, a MP 936/2020 possibilitou a suspensão dos contratos de trabalho, mediante percepção pelo empregado do auxílio emergencial, que em muitos casos, terá valor inferior que o salário contratual e até mesmo que o salário mínimo.

Nesse contexto, fica evidenciado que, como medida emergencial, o governo federal autorizou a prevalência do negociado pelo legislado, inclusive mediante acordo individual. Sem embargo de não se tratar de uma situação recorrente, mas sim de um momento excepcional na vida de todos os brasileiros, a constitucionalidade de tais dispositivos legais é duvidosa.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como escopo analisar a constitucionalidade de alguns aspectos da Lei 13.467/2017, denominada de Reforma Trabalhista, com enfoque na questão da prevalência do negociado sobre o legislado, conforme disposto nos artigos 611-A e 611-B da CLT. Diante do cenário caótico que se está vivenciando, em decorrência da grave crise ocasionada pela covid-19, optou-se por analisar também as Medidas Provisórias 927, 928 e 936 de 2020, adotadas para combater a Pandemia.

É notório que o Decreto-Lei nº 5.452/1943, Consolidação das Leis Trabalhistas, autorizou a edição de convenções e acordos trabalhistas, com o intuito de permitir a negociação de condições de trabalho, buscando garantir às empresas e aos empregados formas de adequarem a legislação às circunstâncias específicas de cada categoria, mas desde que

respeitados os direitos previstos em lei. No mesmo sentido, as negociações coletivas foram erigidas a *status* constitucional.

Contudo, as novas regras trazidas pela legislação reformadora, Lei nº 13.467/2017, abrem espaço para práticas fraudulentas, redução de direitos já conquistados pelo trabalhador, e bem assim, para a relativização de garantias individuais em contraposição à vedação ao retrocesso dos direitos sociais insculpidos na Constituição da República.

No decorrer do estudo, restou evidenciado que o trabalhador brasileiro conquistou seus direitos ao longo da história mediante luta e sofrimento. Muitos direitos foram finalmente consolidados de forma expressa com o advento da Constituição da República de 1988. Não se olvida que a referida constituição foi extremamente importante para o trabalhador, mas também abriu a possibilidade para que, em casos específicos, pudesse haver certa flexibilização das regras, desde que observada a participação dos sindicatos.

Nessa toada, o que se permitiu através da Constituição de 1988 foi que o trabalhador, apesar de hipossuficiente, se tornasse apto a negociar com o seu empregador de maneira menos desigual, mediante representação sindical e com vistas à melhoria das condições de trabalho de sua categoria.

Já na esteira das reivindicações da classe empresária, e diante de um período de grande crise e desemprego, a despeito da Constituição e da CLT, a Reforma foi aprovada com extrema celeridade, sem que se possibilitasse a discussão das mudanças propostas pela sociedade civil ou mesmo pelo Legislativo.

Para além das brechas abertas para a precarização de direitos, a Reforma ainda instituiu a limitação à atuação do Poder Judiciário. Dessa feita, sob o argumento de privilegiar a autonomia coletiva, impediu o controle de constitucionalidade judicial sobre o mérito das negociações coletivas.

A partir da análise feita, pode se inferir que o texto da Lei 13.467/2017 trouxe considerável fragilidade ao princípio tutelar, vez que vulnera a proteção à parte mais frágil da relação empregatícia, o trabalhador.

Entende-se que em tempos de pandemia, como os que estamos vivenciando em razão do coronavírus, seja realmente necessária a implementação de medias extravagantes, todavia sem que sejam subjugadas garantias individuais consagradas na Constituição Cidadã.

É importante repisar que a redução de direitos trabalhistas constitucionalmente consagrados apenas é aceitável em caráter excepcional e observados os requisitos para tanto. A utilização de medidas flexibilizadoras de forma rotineira fere os princípios constitucionais e viola os direitos do trabalhador.

Por fim, constata-se que a instituição da prevalência do negociado sobre o legislado viabiliza a mitigação de garantias já incorporadas ao patrimônio jurídico do empregado, assim como a renúncia a direitos indisponíveis do trabalhador, desvirtuando-se, destarte, a função da norma coletiva e o propósito do estado democrático de direito, enquanto garantidor dos direitos básicos do trabalhador. A precarização de direitos sem a exigência de cláusula compensatória fere princípios como o da adequação setorial negociada e da vedação ao retrocesso social, gerando um desequilíbrio ainda maior nas relações trabalhistas, ao alvedrio do que se pretendeu garantir na Constituição da República de 1988.

## REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.
- BRASIL. *Consolidação das Leis Trabalhistas*. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 01 jun. 2020.
- BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 16 maio 2020.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 1 jun. 2020.
- BRASIL. Medida provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm). Acesso em: 4 jun. 2020.
- BRASIL. Medida provisória nº 928, de 23 de março de 2020. Altera a 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 coronavírus responsável pelo surto de 2019, e revoga o art. 18 da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm). Acesso em: 4 jun. 2020.
- BRASIL. Medida provisória nº 936, de 01 de abril de 2020. Convertida na Lei nº 14.020, de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm). Acesso em: 4 jun. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso extraordinário com agravo*. Súmula Vinculante nº 40 Relator: **Ricardo Lewandowski**. Publicado no DJ 20-03-2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337395>. Acesso em: 5 jun. 2020.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 85 V. COMPENSAÇÃO DE JORNADA*. Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_51\\_100.html#SUM-85](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-85). Acesso em 05 jun. 2020.
- CARVALHO, Sandro Sachet de. Uma visão geral sobre a reforma trabalhista. *Mercado de trabalho*, n. 63, p. 81-94, out. 2017. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8130/1/bmt\\_63\\_vis%c3%a3o.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8130/1/bmt_63_vis%c3%a3o.pdf). Acesso em: 06 jun. 2020.
- CASSAR, Vólia Bonfim; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à Reforma Trabalhista*. São Paulo: Método, 2017.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Método, 2015.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos, 1969*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 3 jun. 2020.
- CORREIA, Henrique. *Direito do Trabalho*. 6 ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.
- COSTA FILHO, Armando C. et al. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 50. ed. São Paulo: LTr, 2019.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Manual de Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MISAILIDIS, Mirta Lerena de. *Os desafios do sindicalismo brasileiro diante das atuais tendências*. São Paulo: LTr, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2003.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. *Flexibilização do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1991.

SOARES, Fernanda Heloisa Macedo; MASSINE, Maiara Cristina Lima. A flexibilização do Direito do Trabalho e a Constituição Federal de 1988. In: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. Fortaleza – CE, 2010, p. 9048 - 9062.

#### **Dados do processo editorial**

- Recebido em: 27/11/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 27/11/2020
- Avaliação 1: 04/02/2021
- Avaliação 2: 03/03/2021
- Decisão editorial preliminar: 22/03/2021
- Retorno rodada de correções: 23/03/2021
- Decisão editorial/aprovado: 27/03/2021

#### **Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

# O MÍNIMO EXISTENCIAL NA PROMOÇÃO DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19

THE EXISTENTIAL MINIMUM IN PROMOTING THE STATE OF SOCIAL WELFARE IN COVID-19 PANDEMIC TIMES

ALLAN THIAGO BARBOSA ARAKAKI<sup>1</sup>  
MARISA ROSSIGNOLI<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo objetiva verificar a viabilidade de se implementar uma política pública, voltada a assegurar uma renda mínima, a fim de se resguardar o mínimo existencial, nos tempos de pandemia de COVID-19. Para tanto, utiliza-se de uma pesquisa bibliográfica, aplicando o método dedutivo, o qual se mostra o mais adequado para se depurar o objetivo proposto. Com efeito, inicia-se o estudo a partir da teoria do mínimo existencial e de sua relação com o Estado de Bem-Estar Social brasileiro (premissa geral). Após, são abordadas as mudanças perpetradas pela pandemia de COVID-19 na conjuntura socioeconômica brasileira. Por derradeiro, ingressa-se ao objeto do corrente artigo (premissa menor), ou seja, à viabilidade de se implementar o *coronavirus* para se assegurar renda mínima aos mais necessitados, dentro do panorama de pandemia viral, e sua efetividade econômica. Ademais, utilizam-se aqui, como referenciais teóricos, as teorias keynesianas e a Análise Econômica do Direito. Por derradeiro, a partir do trabalho realizado é possível observar que a política pública, com o intuito de se assegurar renda mínima, é de extrema relevância para se proteger o mínimo existencial, sem prejuízo de propiciar a manutenção do mercado de consumo, o que evita a intensificação do processo de crise econômica. Embora aparentemente benéfico, conclui-se que tal instrumento, contudo, deve ser utilizado adequadamente a fim de que recaia a atuação estatal sobre aqueles realmente necessitados, sob pena de se frustrar a proteção ao mínimo existencial. Assim, mister se faz maior controle estatal, máxime, na fiscalização desse tipo de política pública.

**Palavras-chave:** bem-estar social; COVID-19; Keynesianismo; mínimo existencial.

- 1 Mestrando pelo PPGD- UNIMAR, mestre em Fundamentos da Responsabilidade Civil pela Universidade de Girona/Espanha e Promotor de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0001-7105-8371>.
- 2 Possui graduação em Ciências Econômicas pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho -UNESP - "Campus" de Araraquara (1994), Mestrado em Economia (Economia Política) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP (1998) e Doutorado em Educação (Política e Gestão da Educação) na Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP (2008). Atua no Ensino Superior desde 1996, sendo que desde 2012 atua na Universidade de Marília - Unimar na graduação em vários cursos, no MBA de Gestão Empresarial e no programa de pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado). Lat-tes: <http://lattes.cnpq.br/2438487622642710>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-6223-9146>.

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa; ROSSIGNOLI, Marisa. O mínimo existencial na promoção do estado de bem-estar social em tempos de pandemia da COVID-19. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 4, p. 171-190, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i4.8411>.

## ABSTRACT

*This article aims to verify the feasibility of implementing a public policy, aimed at ensuring a minimum income, in order to safeguard the existential minimum, in times of the COVID-19 pandemic. For that, a bibliographical research is used, applying the deductive method, which is shown to be the most adequate to debug the proposed objective. Indeed, the study begins from the theory of the existential minimum and its relationship with the Brazilian Welfare State (general premise). Afterwards, the changes perpetrated by the COVID-19 pandemic in the Brazilian socioeconomic situation are discussed. Finally, it enters the object of the current article (minor premise), that is, the feasibility of implementing the coronovaucher to ensure a minimum income to the most needy, within the panorama of viral pandemic, and its economic effectiveness. Furthermore, Keynesian theories and the Economic Analysis of Law are used here as theoretical references. Finally, from the work carried out, it is possible to observe that public policy, in order to ensure a minimum income, is extremely important to protect the existential minimum, without prejudice to the maintenance of the consumer market, which avoids the intensification of the economic crisis process. Although apparently beneficial, it is concluded that such instrument, however, must be used properly so that the state action falls on those really in need, under penalty of frustrating the protection to the existential minimum. Thus, greater state control is needed, maximally, in the inspection of this type of public policy.*

**Keywords:** social welfare; COVID-19; Keynesianism; existential minimum.

## 1. INTRODUÇÃO

O perfil de Estado de Bem-Estar Social, traçado pela Constituição Federal de 1988, representa um novo olhar ao patamar de efetividade dos direitos sociais, sobretudo, quanto ao resguardo do mínimo existencial, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana. Esta demanda do Estado uma postura ativa e presente na construção de políticas públicas efetivas que permitam maior efetividade dos direitos sociais.

Embora o Estado tenha limitações estruturais e de recursos financeiros, aquele possui responsabilidade pela preservação do mínimo existencial, o que se torna mais latente em períodos excepcionais. O momento de pandemia de COVID-19, além da complexidade que demanda, desenhou uma nova realidade, reverberando a atualidade do tema, sobretudo, quando da análise de uma das políticas públicas encartadas, qual seja, a de renda mínima, justificável a partir do cataclismo econômico decorrente da difusão viral.

Com efeito, diante da necessidade de encampação de medidas restritivas pelos entes federados a fim de conter a alta propagação viral e a iminência e risco do colapso do sistema de saúde nacional, franqueou-se um cenário claro de caos econômico, com aumento do desemprego, recessão econômica, perda de arrecadação, fechamento de empresas, o que exigiu uma nova adaptação do Estado à realidade socioeconômica.

Desenvolveu-se pela União, então, com o intuito de resguardar o mínimo existencial e o Estado de Bem-Estar Social, o auxílio-emergencial à classe social mais fragilizada economicamente pela COVID-19, fazendo emergir a necessidade da análise de tal instrumento frente aos referenciais teóricos da teoria keynesiana e da Análise Econômica do Direito. O objetivo do corrente trabalho, por conseguinte, consiste em analisar a viabilidade de se implementar uma política pública, voltada a assegurar uma renda mínima, a fim de se resguardar o mínimo existencial, nos tempos de pandemia de COVID-19.

Ademais, pelo referencial teórico do *Law and Economics*, impõe-se uma leitura conjugada do Direito e da Economia, posto que atos jurídicos produzem efeitos econômicos, os quais não podem ser ignorados. Trata-se de searas do conhecimento científico que, em que pese cada qual possuir suas especificidades, comunicam-se. A partir dessa compreensão, faz-se necessário verificar se o procedimento como foi instituído o pagamento da benesse social, em razão da pandemia de COVID-19, atendeu a eficiência econômica, atingindo a sua finalidade.

Imbuído dessa premissa, o corrente artigo empreende a realização de uma pesquisa bibliográfica, amalhando informações a respeito do objeto deste trabalho. Emprega-se, ademais, o método dedutivo. Isso porque se discorre sobre Estado de Bem-Estar brasileiro e a necessidade de proteção do mínimo existencial, para, após, ingressar na mudança socioeconômica ocorrida a partir do avanço pandêmico viral no Brasil. Por derradeiro, adentra-se ao cerne desta pesquisa: o estabelecimento do *coronovaucher* como instrumento de política pública, voltada para salvaguardar uma renda mínima ao cidadão mais impactado economicamente pela COVID-19 e a eficiência dessa ferramenta.

## 2. O ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O MÍNIMO EXISTENCIAL

A Constituição Federal de 1988 enuncia claramente seu compromisso na consolidação de um Estado de Bem-Estar Social, inaugurando uma nova dimensão e estrutura de efetividade dos direitos sociais. Com efeito, a partir dela, além de se intuir a exigibilidade jurídica de diversos direitos sociais, como saúde e educação, criou-se um sistema de integração e cooperação entre os entes federados, como, por exemplo, o Sistema Único de Saúde (BRASIL, 1988).

Diversamente da política econômica do Liberalismo clássico, a Carta Maior de 1988 alinha um papel social e, inclusive, interventor do Estado, quando necessário, muito embora reconheça, como regra, a liberdade de mercado (art. 170, caput e art. 174, caput). O liberalismo clássico, extraído das ideias de Adam Smith, defendia que a mão invisível do mercado conseguiria sanar todos os problemas ocasionados pelo próprio mercado e a guerra de classes, o que se mostrou improvável. (KUNT, 2005).

Fatores históricos, como a crise de 1929, demonstraram a necessidade de o Estado participar mais ativamente da economia. A realidade da marcha histórica chancelou a imprescindibilidade da intervenção estatal não só para manter a higidez do sistema econômico, corrigindo as falhas de mercado, mas também para redistribuir a riqueza, promovendo justiça social.

A política do *laissez-faire*, apregoada pelos liberalistas clássicos e perfilhada à corrente de Adam Smith, propiciou a ocorrência de crises, bem como o surgimento das falhas de mercado, sobretudo, no que concerne à concentração de bens e de produção (SCHOUERI, 2005, p. 75), esvaziando a noção de livre concorrência paritária no mercado liberal. Mostrou-se, portanto, imprescindível a assunção de um novo papel pelo Estado.

Imerso nesse contexto de intensificação das desigualdades socioeconômicas agravadas pela política liberal, a efetividade dos direitos fundamentais de segunda geração e sua prote-

ção estatal tornaram-se imperativos. Se, em um primeiro momento, sob a ótica dos direitos civis e políticos, caberia ao Estado adotar uma ação de abstenção, no segundo tempo, percebeu-se a necessidade de uma postura ativa e interventiva a fim de se garantir a proteção de outros direitos, como os culturais, econômicos e sociais (FERREIRA FILHO, 2007, p. 76-80; ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2007, p. 110-117; BONAVIDES, 2016, p. 580-586).

É, diante do panorama delineado, que se concebe o desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social, agora, com nuances mais clarividentes e ativas na Constituição Federal de 1988. Por óbvio, que a edificação dele não ocorre somente a partir da Carta Republicana de 1988, até mesmo porque o reconhecido processo socioeconômico e a mudança do paradigma do papel do Estado perpassam por várias décadas e, portanto, por variadas Constituições brasileiras.

Cite-se, por exemplo, que vestígios do direito à educação básica gratuita podem ser extraídos da Constituição Federal de 1934 (art. 149 e art. 150, Parágrafo único, a, b), tendo se iniciada por ela a vinculação da aplicação mínima da arrecadação tributária na área (MENEZES FILHO; FERNANDES, 2019, p. 119). Pode-se dizer então que a Constituição Federal de 1988 não criou o Estado de Bem-Estar Social, no sentido de resguardar os direitos sociais, mas sim imprimiu dimensão e tônica diversas.

Isso porque a Carta Republicana de 1988 refrata os direitos sociais que já vinham recebendo tratamento constitucional de relevo, como a educação, porém, garantiu novo patamar de proteção a outros, como, por exemplo, o caso do direito à saúde (BRASIL, 1988). Este, antes da Constituição Federal de 1988, não era provido por nenhum sistema universal que garantisse a proteção de todos os cidadãos, o que adveio bem ou mal a partir da formatação de um sistema único de saúde no atual Diploma Constitucional (PUCCINELLI JÚNIOR; ARAKAKI, 2013 p. 143).

O nível de proteção dos direitos sociais e o patamar do Estado de Bem-Estar Social, atingidos a partir da Constituição de 1988, são de grande importância, desenvolvendo instrumentos, dentro do federalismo cooperativo, para o auxílio mútuo entre os entes federados com vistas ao adimplemento da agenda constitucional, como, por exemplo, o Sistema Único de Saúde e o FUNDEB, entre outros.

É cediço que o Estado de Bem-Estar Social não é uma realidade socioeconômica única e uniforme mundialmente; ao contrário disso, possui diversas concepções e nuances variantes (FIORI, 1997, p. 135-136). Compreende-se então a existência de modelos diversos de *Welfare State*, sendo possível destacar, por exemplo, entre outros: a) o liberal, em que as políticas públicas são voltadas à classe social mais necessitada; b) o conservador, em que as políticas públicas são dirigidas às classes diferenciadas, albergando uma heterogeneidade quanto ao público-alvo; c) o padrão institucional-redistributivo, em que a atuação do Estado se foca na abrangência do público-alvo (FIORI, 1997, p. 135-136).

O patamar de Estado de Bem-Estar Social, delineado na Carta Constitucional atual, envida esforços para atingir o padrão institucional-redistributivo, o qual volta a prestação de serviços sociais “a todos os cidadãos universalmente cobertos e protegidos” (FIORI, 1997, p. 136), muito embora seja de hercúlea incorporação. Cabe ao Estado, ao menos teoricamente, cumprir a agenda constitucional com a qual se vinculou e um dos pontos perpassa justamente pela incorporação de ferramentas para concretizar os direitos sociais.

Bobbio, Nicola e Pasquino (1983, p. 416), ao debruçarem para definir o que seria o Estado de Bem-Estar Social, assim concluíram: “O Estado do bem-estar (*Welfare State*), ou Estado assistencial, pode ser definido, à primeira análise, como Estado que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade, mas como direito político”

Ainda ao abordar o *Welfare State*, Acquaviva (2009, p. 1027-1028) define-o como “locução inglesa que denomina o Estado que, mediante o intervencionismo, busca realizar o bem-estar social, considerado este o compromisso maior do governo.” Cuida-se, destarte, de um Estado que se responsabiliza por prover os direitos mais elementares e derivados da dignidade da pessoa humana ao indivíduo, resguardando-lhe o mínimo existencial.

Com efeito, figurando o princípio da dignidade da pessoa humana um dos fundamentos da República (art. 1º, III, da CF/88), dotado de plena imperatividade (BARCELLOS, 2000, p. 175), bem como sendo uma meta a construção de uma sociedade igualitária e mais justa (art. 3º, I, da CF/88), não há como se negar a efetividade dos direitos fundamentais sociais pela determinação constitucional, sobretudo, franqueada pelo art. 6º da CF/88, sob pena de se esvaziar o comando normativo (BRASIL, 1988).

Aliás, nos ensinamentos de Miranda (1993, p. 9-10), os direitos fundamentais sociais são “direitos inerentes à própria pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa.” O princípio da dignidade da pessoa humana não apenas limita a ingerência do Estado na esfera privada do indivíduo, mas também demanda uma postura ativa no que concerne à concretização dos direitos sociais. (OLSEN, 2010, p. 42-43).

Embora haja muitas normas programáticas no bojo da Carta Maior, as normas que enraízam os direitos sociais, como saúde, educação, moradia, lazer, segurança, são deveres do Estado, tratando-se de uma obrigação dele. Deve o ente público, por força constitucional, garantir o mínimo existencial, cuja definição se atrela à própria dignidade da pessoa humana. Assim, as normas que condensam direitos fundamentais sociais possuem plena efetividade normativa (NETTO, 2010, p. 120).

Ora, o mínimo existencial é o patamar mínimo civilizatório do qual o indivíduo não pode abdicar, sob pena de se ofender a dignidade dele (DUARTE JÚNIOR, 2019, p. 134-136). Não se cuida apenas do básico para a manutenção das funções fisiológicas. Engloba tal concepção, mas a transcende para albergar também direitos não-corpóreos. Ainda, não se resume ao patrimônio mínimo corpóreo, posto que o patamar mínimo civilizatório atinge direitos, como educação e cultura, que não se satisfazem somente na questão corpórea do bem (ARAKAKI, 2013).

O mínimo existencial compreende “uma série de condições indispensáveis para a existência física, moral e espiritual do ser humano em sua convivência na sociedade” (PAES; SANTOS, 2014, p. 103). Deve ser ofertado ao administrado, por conseguinte, um sistema de saúde, de educação, de assistência social, de previdência social, de lazer que opere e se estabeleça com um padrão qualitativo mínimo razoável, cujo custeio é empreendido por meio da arrecadação estatal.

Com efeito, a relação tributária entre Fisco e contribuinte não pode ser reduzida simplesmente sob um viés exploratório, em que o primeiro oprime e extrai do último toda sua riqueza. Ao contrário disso, a relação tributária não só satisfaz a sanha estatal para que custeie toda a estrutura pública do ente público, mas também possui nuances inolvidáveis, como a distribuição da riqueza, fomento ou desincentivo de comportamentos e cumprimento dos direitos sociais (RIBEIRO; SILVA, 2019, p. 178; RODRIGUES; KUNTZ, 2018, p.153-154; RODRIGUES; OLIVEIRA, 2018, p. 59-60).

Significa dizer que é, por intermédio do que o Estado haure no vínculo estabelecido entre Fisco e contribuinte que lhe permite colocar em prática as políticas públicas necessárias para se garantir o mínimo existencial, resguardando a dignidade humana de todos. Sob esse prisma, a tributação deve ser realizada atentando-se aos princípios da isonomia tributária e, máxime, ao princípio da capacidade tributária, o qual impõe que se impacte mais quem possuir melhores condições financeiras (RIBEIRO; GESTEIRO, 2005, p. 64-66; BARCAROLLO, 2013, p. 14-17; RODRIGUES; OLIVEIRA, 2018, p. 62-67).

Da mesma forma que o Estado deve implementar uma política pública de concretude dos direitos sociais, buscando consolidar o patamar do Estado de Bem-Estar social que a Constituição Federal de 1988 traçou, o elo tributário deve ser imposto de forma proporcional e segundo a capacidade financeira de cada um, porquanto não faria nenhum sentido lógico e jurídico tentar retirar das camadas sociais desafortunadas o que lhes faltaria para sobreviverem dignamente (BUFFON, 2010, p. 563).

Em que pese o Estado de Bem-Estar Social, desejado pela Carta Republicana de 1988, estar longe de ter se consolidado, bem como o fato de estar longe de severas críticas, máxime, diante da escassez de recursos financeiros e das infinitas demandas sociais, representou, de fato, esse perfil estatal um avanço dentro do constitucionalismo brasileiro. Sob tal lente, é que deve ser visualizada a crise socioeconômica vivenciada pela disseminação pandêmica da COVID-19 no Brasil.

Enfim, é a partir do compartilhamento da definição do papel do Estado de Bem-Estar Social e de seu compromisso com o mínimo existencial que se possibilitam enfrentar a questão da viabilidade ou não de se implementar um programa de distribuição de renda mínima, inserido no panorama de crise viral pandêmica e qual a consequência socioeconômica de tal política pública.

### 3. A PANDEMIA DA COVID-19 E O ESTADO INTERVENCIONISTA

A COVID-19 “é uma doença causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, que apresenta um quadro clínico que varia de infecções assintomáticas a quadros respiratórios graves”, conforme informa o site do Ministério da Saúde (BRASIL, 2020). Este destaca ainda a facilidade da transmissão do vírus e seu alto grau de propagação, podendo ocorrer nos mínimos contatos humanos, como aperto de mãos, contato com áreas contaminadas, entre outros.

A alta difusão do contágio pela COVID-19 fez com que logo se atingisse uma escala pandêmica, segundo a própria Organização Mundial da Saúde, cujos dados, pesquisados em 13 de outubro de 2020, apontam para a confirmação de 37.704.153 casos mundiais e 1.079.029 mortes. (OMS, 2020a). No Brasil, por seu turno, na mesma data, dados do Ministério da Saúde demonstram a existência de 5.103.408 casos confirmados, com 150.689 óbitos. (BRASIL, 2020).

A cartilha “COVID- 19 Strategy Update”, produzida pela OMS (2020b), destaca que a difusão viral ocorrida, alçando a um patamar de pandemia, estaria calcada em uma tríade: a) a agilidade da difusão e propagação do vírus; b) a gravidade, visto que apresenta, em geral, uma taxa de mortalidade acima de 3%, máxime em relação ao segmento de risco; c) a facilidade da difusão viral que impactou os sistemas de saúde e de assistência social, implicando com isso nefastas consequências socioeconômicas.

Ante o alto grau da transmissibilidade da COVID-19 e o número substancial de mortes causados, as recomendações sanitárias da OMS foram:

- Medidas pessoais que reduzem o risco de transmissão de pessoa para pessoa, como lavagem das mãos, distanciamento físico e etiqueta respiratória;
- Medidas em nível comunitário para reduzir o contato entre indivíduos, como a suspensão de reuniões de massa, o fechamento de locais de trabalho não essenciais e estabelecimentos de ensino e a redução do transporte público;
- Medidas para reduzir o risco de importação ou reintrodução do vírus de áreas de alta transmissão, como limites para viagens nacionais e internacionais, triagem aprimorada e quarentena;
- Medidas para garantir a proteção dos trabalhadores da saúde e grupos vulneráveis, como por meio do fornecimento de equipamentos de proteção individual corretos (OMS, 2020b)<sup>3</sup>.

A fim de preparar o País para a pandemia da COVID-19, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 13.979/2020, cujo art. 3º, §9º, previa que caberia ao Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre os serviços e atividades essenciais. (BRASIL, 2020). De início, a Lei nº 13.979/2020 traçava linhas gerais, permitindo aos respectivos entes federados (Estados, Municípios e Distrito Federal) editar decretos, dentro de sua autonomia, estabelecendo um regramento próprio segundo sua realidade socioeconômica.

Alguns dos entes federados, em razão de sua peculiaridade e pelo nível de difusão viral, optaram por encampar medidas mais restritivas. Citem-se, a título exemplificativo, o caso do Estado do Rio Grande do Sul, o qual vedou a realização de cultos religiosos com mais de 30 pessoas (art. 6º do Decreto nº 55.154/2020) (RIO GRANDE DO SUL, 2020), e a hipótese do Município de Campo Grande - MS, que determinou o fechamento de estabelecimentos comerciais e de templos religiosos (Decreto Municipal nº 14.231/2020) (CAMPO GRANDE, 2020).

A respeito da grande variação das medidas restritivas, pode-se citar a situação do Município de Ivinhema - MS, o qual, pelo Decreto Municipal nº 170/2020, suspendeu as atividades comerciais, bem como as reuniões e eventos de qualquer jaez, inclusive as atividades religiosas (art. 4º, §1º, IV) (IVINHEMA, 2020). Em outro sentir, o Município de Porto Alegre – RS franqueou a realização de cultos e reuniões religiosas, para fins de captação audiovisual, com o ingresso no estabelecimento apenas da equipe técnica (artigo 19 do Decreto Municipal 20.534/2020) (PORTO ALEGRE, 2020).

3 Informação constante do documento intitulado “COVID-19 Strategy Update”.

É importante observar a forma desuniforme com que os entes federados lidaram com a questão da COVID-19, tendo cada ente público reagido de uma forma, dependendo da sua realidade. Enquanto alguns chegaram ao ponto extremo de determinar a suspensão de atividades comerciais e a paralisação das atividades produtivas, exceto as qualificadas como essenciais, outros entes não adotaram nenhuma postura mais restritiva, encampando apenas instrumentos que interfeririam na esfera mais individual, como o mero uso de máscaras.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 6341/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, reafirmou, em síntese, a competência concorrente dos Estados, Municípios e Distrito Federal na definição das medidas restritivas a serem adotadas contra a COVID-19. Asseverou-se, naquela ocasião, que não poderia, por força do pacto federativo, a União solapar as atribuições e competências dos demais entes e que prevaleceria, em havendo antinomia entre elas, a mais restritiva pelo princípio da prevenção e precaução (STF, 2020).

A adoção das medidas restritivas pelos entes federados refrata claramente a incorporação da Análise Econômica do Direito. Tal referencial teórico impõe uma conjugação entre o Direito e a Economia, vislumbrando que as decisões jurídicas possuem efeitos econômicos, os quais não podem ser ignorados. Impõe, destarte, o *Law and Economics* uma visão mais global, abrangendo Direito e Economia em uma perspectiva conjugada, caracterizada pela interdisciplinaridade. (GONÇALVES; RIBEIRO, 2013, p. 81; ALVAREZ, 2006, p. 50).

Posner (2007, p. 57) ensina que a Análise Econômica do Direito propõe justamente desbravar o Direito sob o enfoque da eficiência econômica, possibilitando com isso definir o que pode ou não ser esperado a partir de determinado fato ou comportamento, o que se revela de extrema relevância social. O caráter voltado à linha mais utilitarista e pragmática, divorciando das premissas meramente abstratas e teórico-filosóficas, é característica nodal desse referencial teórico (POSNER, 2010, p. 100).

A Análise Econômica do Direito, portanto, agrega uma visão mais rica e plural de determinado fato e ato, perpassando pelos vieses do Direito e da Economia. Não se trata de um instrumento novo e muito menos limitado a determinada área jurídica, posto que seu estudo remonta da década de 1960, passando então a ser difundido aos ramos mais diversos do Direito, como no âmbito dos contratos civis, no direito de família, no processo civil e penal, na teoria da regulação, no Direito Constitucional, entre outros (POSNER, 2007, p. 55).

Abrange o *Law and Economics* o estudo de inúmeros pontos relevantes, entre os quais se destaca “a racionalidade de que se adota às normas e ao sistema jurídico em seu conjunto [...]. Ainda, implica colocar no centro dos estudos jurídicos os problemas relativos à eficiência do direito, ao custo dos instrumentos jurídicos na persecução de seus fins.” (ALVAREZ, 2006, p. 53).

Com efeito, reafirmado pela Suprema Corte o federalismo cooperativo existente entre os entes federados, franqueou-se a estes a possibilidade de cada um adotar a medida restritiva mais adequada à sua realidade, desde que observados a proporcionalidade e o lastro na doutrina sanitária. Diante desse cenário, os Gestores Estaduais e Municipais encamparam as medidas contensivas da COVID-19, norteados pela escolha racional, bem como buscando atingir a eficiência de Kaldor-Hicks.

A teoria da escolha racional, uma das definições importadas do *Law and Economics*, traduz-se no fato de que “indivíduos são racionais, o que significa que efetuam escolhas e que as escolhas buscam maximizar o seu próprio interesse, ou, como fizeram os economistas, maxi-

mizarem a sua utilidade.” (CARVALHO; MATTOS, 2008). Significa dizer que caberia, quanto às políticas públicas restritivas a serem adotadas, aos respectivos Gestores optar por aquelas que trouxessem maior utilidade não para os administradores públicos, mas para o interesse coletivo e comum.

Sob esse espectro, pode-se compreender que coube a cada Gestor Público definir a sua política restritiva, por meio da edição de decretos municipais, sopesando os benefícios e malefícios trazidos em relação a cada uma delas. Imerso em uma avaliação de benefícios e malefícios, tendo por norte o interesse comum, esboçou-se um sistema administrativo peculiar, composto por decretos municipais, estaduais e leis, voltados para conter o avanço viral.

Sob essa perspectiva, verberou muito claramente, de igual maneira, a adoção da eficiência de Kaldor-Hicks como norte das medidas restritivas encampadas pelos entes federados. Tal expressão implica que “as normas devem ser desenhadas de maneira a gerarem o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas.” (SZTAJN, 2005, p. 76). Mostrou-se nítida, enfim, a assimilação da eficiência de Kaldor-Hicks no emprego das medidas restritivas para conter o aumento substancial de disseminação de COVID-19.

Isso porque, embora os decretos e leis municipais tenham interferido na economia mediante o aumento dos custos de transação, como a exigência de uso álcool em gel, a utilização de máscaras, houve o sopesamento entre as vantagens e desvantagens decorrentes dessas ferramentas. Então, apesar de haver aumento do custo de transação para alguns segmentos empresariais, permitiu-se o funcionamento deste e com isso se buscou harmonizar a questão sanitária e a econômica.

As medidas restritivas adotadas, contudo, foram desuniformes. Aquelas variaram desde *lockdown*, utilização de máscaras, suspensão de atividade comercial, até mesmo simples exigência de apresentação e cumprimento de planos de biossegurança, aprovados pelas Secretarias Municipais, demonstrando a adoção do critério de eficiência de Kaldor-Hicks. Nesse eito, cada Gestor Público fez a opção política mais pertinente, dentro de sua realidade, avaliando os benefícios e malefícios, muito embora estes tenham sido latentes.

Acaso não fossem adotadas as medidas restritivas, diante da incerteza do nível da disseminação viral, correr-se-ia o risco de colapsar o Sistema Único de Saúde como um todo, deixando pacientes sem vagas de UTI, motivo pelo qual se encontrou devidamente fundamentado o instrumento encampado. Apesar disso, inegável reconhecer que a classe empresarial, em sua maioria, tenha sofrido amargas perdas e o desemprego aumentado.

Dados oficiais apontam que, ao final de abril de 2020, a taxa de desocupação do trimestre, no Brasil, chegava a 12,6%, significando com isso um universo de 12,8 milhões de brasileiros desempregados (QUINTINO, 2020). Em análise dos dados em setembro de 2020, apontou-se que a massa de desempregados chegou a 14 milhões de pessoas, com um aumento de 14,4%, o que demonstra a consequência econômica acarretada pela pandemia da COVID-19. (RIVEIRA, 2020).

Some-se a isso a queda histórica do PIB brasileiro, entre abril e junho de 2020, em 9,7%, em virtude da pandemia viral (AMORIM; NEDER, 2020), o que demonstra que houve uma absorção de prejuízos não só em relação ao setor privado, mas também ao ente público. Tal efeito socioeconômico de crise generalizada demanda verificar a viabilidade de se implemen-

tar algum programa de renda mínima, sobretudo, voltado à classe mais atingida pelos efeitos da pandemia.

Dados consolidados do PIB de 2020 apontam para uma queda de 4,1% de acordo com o IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e uma queda no consumo das famílias de 5,5% no mesmo período, a maior desde 1996. Mostrando a necessidade de manutenção de gastos que estimulem a atividade econômica, melhor análise pode ser feita por meio da Tabela 1:

**Tabela 1 - Principais resultados do PIB a preços de mercado do 4º trimestre de 2019 ao 4º trimestre de 2020**

Taxas (%)	2019.IV	2020.I	2020.II	2020.III	2020.IV
Acumulado ao longo do ano / mesmo período do ano anterior	1,4	-0,3	-5,6	-5,0	-4,1
Quatro últimos trimestres / quatro trimestres imediatamente anteriores	1,4	1,0	-2,1	-3,4	-4,1
Trimestre / mesmo trimestre do ano anterior	1,6	-0,3	-10,9	-3,9	-1,1
Trimestre / trimestre imediatamente anterior (com ajuste sazonal)	0,4	-2,1	-9,2	7,7	3,2

**Fonte:** IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Contas Nacionais, 2021

Na Tabela 1, verifica-se que apenas quando comparado ao trimestre imediatamente anterior, o PIB apresentou crescimento.

Não se pode ignorar que um programa de renda mínima, direcionado aos segmentos sociais mais impactados pela crise viral, seria extremamente oportuno do ponto de vista social. Mister se faz enfrentar a pertinência de se fazê-lo, contudo, sob a perspectiva do *Law and Economics* e da teoria econômica keynesiana, em um momento em que o próprio ente público teve retração na produção de riquezas internas.

Ante essa concepção e o episódio de exceção em que, pela difusão maciça do vírus, desenvolveu uma nova realidade, mostra-se imprescindível verificar a atuação do Estado para garantir o mínimo existencial, por meio do estabelecimento de um programa de renda mínima específico e temporário, como o caso do *coronavoucher* ou auxílio-corona e sua eficiência econômica.

#### 4. O MÍNIMO EXISTENCIAL NA PROMOÇÃO DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL NA PANDEMIA DA COVID-19

Consoante descrito anteriormente, é fato que a pandemia de COVID-19 fomentou uma nova dinâmica e realidade. Nessa ambiência, surge a seguinte questão: Como deve – ao menos deveria ser – a atuação estatal a fim de se resguardar o mínimo existencial e preservar o Estado

de Bem-Estar Social, sobretudo, em relação à camada social mais atingida com as consequências socioeconômicas das medidas restritivas adotadas para o enfrentamento da COVID-19?

Sob tal prisma, de início, imperioso aclarar que seria injustificável a interrupção dos serviços estatais elementares, refratores dos direitos sociais, em razão da pandemia. Como é latente, ainda que haja a situação excepcional, cabe ao Estado providenciar políticas públicas que visem a adaptar direitos sociais, como a saúde, a educação, a previdência social, entre outros, ao novo enquadramento social. Jamais, simplesmente, a crise viral poderia ser utilizada para legitimar a letargia estatal.

Conveniente esclarecer que o comprometimento estatal com os direitos sociais encontra eco na teoria keynesiana, conforme lembram Ferrer e Rossignoli (2018, p. 33): “Sob a orientação teórica keynesiana, o Estado deixa de ser o fiscal ou o Estado de ‘polícia’, como sugeriu a ‘mão invisível’ de Adam Smith, para expressar-se como um ente protetor e assistencialista”. Clarividente o elo entre Estado de Bem-Estar Social, a efetividade de direitos sociais e a teoria econômica keynesiana.

À luz dessa perspectiva, a proteção ao mínimo existencial perpassa não somente pela exigência de o Estado fornecer serviços sociais que reverberem políticas públicas nas áreas dos direitos sociais, mas também por assegurar uma renda mínima ao cidadão. A partir do ganho mínimo de capital o indivíduo consumirá e isso se refletirá na economia local e regional, o que é importante não somente do ponto de vista social, mas também sob o viés econômico que não pode ser ignorado.

Na linha dos pensamentos econômicos de Keynes, é necessário ao Estado assegurar uma injeção de recursos em momentos de crise, posto que tal prática servirá para manter ou aumentar o consumo (KEYNES, 1996, p. 62-65). De forma contrária, permitindo tornar escasso o capital dentro de uma sociedade, haveria o aumento da poupança e diminuição do consumo, o que geraria o agravamento da crise financeira em razão da retração do consumo e, por conseguinte, da circulação de riquezas econômicas.

Quanto a esse aspecto, de fato, sem dúvidas, houve o agravamento do endividamento da União, seja para repassar recursos para os demais entes federados, seja para se garantir uma renda mínima aos cidadãos, contudo, em ambos os casos se mostrou imprescindível assegurar a manutenção do potencial de consumo social. Este certamente seria muito afetado pela escassez de recursos financeiros dentro do mercado, o que, frise-se, aumentaria a poupança, gerando o caos social com a retração da circulação de riquezas econômicas.

Aliás, na linha da teoria econômica keynesiana, “a propensão crescente à poupança é o mais grave e perene perigo à estabilidade do sistema.” (HEIMANN, 1971, p. 238). Isso porque a poupança não promove a transferência do consumo para o futuro, mas, desde logo, implica deixar de consumir, portanto, de gastar (SOARES, 1971, p. 75). A propensão à poupança, nesse sentir, “não só depende da taxa de juro, mas também do volume da renda da qual provém a poupança: a poupança aumenta na razão da renda e mais do que ela.” (HEIMANN, 1971, p. 239).

Obviamente que a propensão ao consumo é determinada segundo diversas variantes, entre as quais se destacam o sistema tributário, os costumes, a previdência social e, máxime, a renda, o que demonstra a importância desta e a nítida relação entre o consumo e a poupança dentro dinâmica keynesiana (SOARES, 1971, p. 75). Enfim, sob a égide da teoria eco-

nômica keynesiana, é que deve ser vista a possibilidade do pagamento do *coronavoucher* ou auxílio-corona.

A importância do consumo para a manutenção dos empregos é latente, motivo pelo qual a União editou a Lei nº 13.982/2020, a qual previu o pagamento de auxílio emergencial de R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensalmente, estabelecendo como requisitos legais para tanto: ser maior de 18 anos (art. 2º, I); não possuir emprego formal (art. 2º, II); não ser titular de benefício previdenciário ou assistencial, ressalvado o de Bolsa Família (art. 2º, III), não possuir renda familiar mensal per capita acima de meio salário mínimo ou renda familiar mensal maior de 3 salários mínimos (art. 2º, IV); no ano de 2018, não ter auferido rendimentos tributáveis acima de R\$ 28.559,70 (art. 2º, V), entre outros.

Oportuno salientar que um dos pontos exigidos pela lei supramencionada para o pagamento do auxílio foi justamente a ausência de emprego formal. Trata-se, na realidade, do desemprego involuntário, segundo a teoria keynesiana, em contraponto ao desemprego voluntário. Enquanto, na primeira hipótese, o desemprego originar-se-ia por razões alheias à vontade do indivíduo, no segundo caso, seria fruto da ausência de consenso entre empregador e empregado quanto ao salário (SILVA, 1970, p. 78-79).

Considerando que o art. 7º, IV, da CF/88 prevê o pagamento de salário mínimo, vedando remuneração menor, em se tratando de vínculo empregatício ordinário, por óbvio, que o desemprego, causador do impacto pelo não-consumo e que compromete a renda particular, não decorre, na atual conjuntura, voluntariamente, mas sim involuntariamente, afetando a renda:

Segundo Keynes, o pleno emprego ou desemprego dos trabalhadores varia, no mesmo sentido do consumo global da população. Por sua vez, o aumento ou diminuição do consumo global depende da maior ou menor renda da coletividade, ou seja, da renda nacional - RN, e esta, por sua vez, varia segundo o Produto Nacional Bruto (SILVA, 1970, p. 78).

Ademais, sem prejuízo de um programa de renda mínima direta ao particular, quanto aos Estado e Municípios, a União aprovou a Lei Complementar nº 173/2020, prevendo auxílio financeiro aos Estados, Distrito Federal e Municípios, no ano de 2020 (art. 1º, §1º, III), para fins de enfrentamento da pandemia de COVID-19, bem como a suspensão de dívida cuja credora fosse União (Art. 1º, §1º. I, a, b).

Tais políticas econômicas, trazidas pela Lei nº 13.982/2020, tendo por beneficiário o particular, obviamente, desde que cumpridos à risca os requisitos legais, e pela Lei Complementar nº 173/2020, auxiliando os demais entes federados, mostraram-se como instrumentos necessários a fim de se amenizar o caos socioeconômico, gerado pela adoção das medidas restritivas encampadas para o controle de propagação viral de COVID-19.

Implica dizer que a Lei nº 13.982/2020 buscou assegurar uma renda mínima à parcela social que teoricamente, isto é, pela valoração do legislador, foi mais atingida pela pandemia, sendo necessário injetar os recursos financeiros para se manter o consumo e assegurar a dignidade humana dela. No mesmo sentir, a Lei Complementar nº 173/2020, endossando igual visão, auxiliou os entes federados a fim de que diminuísse o risco de colapso deles pela queda da arrecadação financeira.

Não se pode olvidar que o colapso do setor público pela ausência de arrecadação se estende ao setor privado, agravando a consequência socioeconômica, principalmente, nos

entes federados mais fragilizados economicamente. A realidade financeira de muitos entes federados demonstra uma arrecadação ordinária insignificante, sendo socorridos pelos repasses do Fundo de Participação dos Estados - FPE e do Fundo de Participação dos Municípios - FPM, o que, em um panorama de crise financeira aguda, poderia comprometer o pagamento do funcionalismo público.

Nesses Estados e Municípios menores e com arrecadação modesta, dentro dos quais o setor público gera a maior parte da renda em suas circunscrições, a inadimplência da folha de pagamento do funcionalismo público repercute no setor privado em razão da retração do consumo, trazendo uma repercussão socioeconômica mais intensa. Com efeito, “o não emprego e não investimento num setor cria uma corrente de não procura de vários outros que serão excessivamente afetados, criando, principalmente, um clima psicológico propício à crise.” (SOARES, 1971, p. 69).

Inegável, destarte, a importância da política pública, ao menos abstratamente, encampada pela União, no sentido de se implementar um programa de renda no meio da crise pandêmica, bem como no auxílio fornecido aos demais entes federados. O procedimento como foi realizado o pagamento do auxílio financeiro, entretanto, não foi dos melhores, principalmente, diante das graves e robustas irregularidades diagnosticadas.

Por maior que fosse a rigidez de uma legislação, evidentemente que jamais se conseguiriam coibir todas as fraudes possíveis de serem perpetradas nos programas sociais, razão pela qual o critério que deveria nortear o intérprete deveria ser justamente a definição de eficiência de Pareto em relação às consequências dessa política pública. Assim, no corrente caso, a fragilidade de não se exigir um cadastramento prévio mais completo e a ausência de uma fiscalização mais rígida, antes do pagamento, permitiram a ocorrência de fraudes bilionárias.

Nesse sentido, destaca-se que o Tribunal de Contas da União (TCU), no julgamento do processo 016.827/2020-1, cujo objeto é a terceira fase do acompanhamento do auxílio emergencial, determinou a expedição de informação ao Congresso Nacional, com cópia da deliberação à Procuradoria-Geral da República, sobre os indícios de fraudes no pagamento de R\$ 42,1 bilhões, referentes ao auxílio emergencial decorrente do cenário pandêmico de COVID-19. (TCU, 2020). Nesse universo assombroso de gastos milionários, a começar, 6,4 milhões de indivíduos receberam 23,7 bilhões sem aparentemente sequer preencherem os requisitos legais (TCU, 2020).

Além disso, 18,4 bilhões teriam sido pagos a mães cadastradas irregularmente como chefes de família, ao passo que 4,8 milhões de pessoas teriam recebido o auxílio, burlando a regra da possibilidade de pagamento a apenas duas pessoas por família. A par da desastrosa forma de fiscalizar o preenchimento dos requisitos legais para pagamento, o Colegiado de Contas estimou que 3,3 milhões de pessoas que aparentemente poderiam ser beneficiadas pelo *coronavoucher*, simplesmente, não o receberam (TCU, 2020).

A gênese da ideia de um programa de renda, no meio da crise viral de COVID-19, mostra-se adequada e necessária para a preservação da saúde do sistema econômico, salvaguardando certo patamar de consumo, conforme apontado na teoria keynesiana, bem como para o implemento de um Estado de Bem-Estar social ao se assegurar a renda mínima, ainda que esta não seja a ideal para custear todas as necessidades básicas do indivíduo.

O imbróglío se apresenta, quando, a pretexto da crise viral, operacionaliza um programa de renda mínima, de forma açodada, sem qualquer cautela mínima de fiscalização a fim de que os beneficiários sejam realmente aqueles que necessitem de tal benesse. Enfim, a falha de instrumentalização do programa grosseiramente propiciou fraudes grotescas e claramente perceptíveis, extraídas dos números exorbitantes apresentados no relatório do Tribunal de Contas da União.

Se tal cenário de pagamento de benefício social ocorresse, sem uma triagem séria e a contento para se apurar o preenchimento dos requisitos legais pelos beneficiários, em quaisquer dos inúmeros Municípios brasileiros, muito provavelmente o Prefeito Municipal responderia pela prática de improbidade administrativa, na modalidade de dano ao erário, com fundamento no art. 10, I, da Lei nº 8.429/92.

Ademais, o pagamento do *coronavoucher* àqueles que não preencheram os requisitos legais não atingiu a eficiência do ótimo de Pareto. Com efeito, a política acertada de renda mínima, em situação excepcional, objetivaria preservar o potencial de consumo, na linha da teoria keynesiana, mas deveria focar naquele que efetivamente precisaria dela. Ao contrário disso, esgotar-se-ia o recurso financeiro que o Estado teria para manter o programa, reduzindo a oportunidade daqueles que necessitariam dele, sem beneficiá-los.

Para ilustrar o quadrante mencionado, basta analisar meticulosamente os dados do relatório apresentado pelo Tribunal de Contas da União mencionado alhures (TCU, 2020). Neste se anotou que, embora haja indícios de que houve fraude no pagamento de R\$ 42,1 bilhões, cerca de 3,3 milhões de pessoas que aparentemente necessitariam da benesse e fariam jus a ela, simplesmente, não receberam (TCU, 2020).

Sendo o pagamento do *coronavoucher* excepcional, justificável pela pandemia, cessará aquele, dada a finitude de recursos estatais, apresentando uma margem gigantesca de que muitos necessitados não foram contemplados, o que faz persistir o dever estatal de assegurar renda mínima a fim de garantir o mínimo existencial a esse segmento social. Assim, é observável que a operacionalização do pagamento do *coronavoucher* não foi das melhores, chegando-se à ilação de que não se atingiu o ótimo de Pareto.

De fato, o pagamento, sem um procedimento preliminar de fiscalização *in locu* dos cadastrados, permitiu que muitos beneficiários recebessem, inclusive, ao arrepio da lei. Imaginar que seja possível reaver agora a totalidade dos valores pagos irregularmente seria uma ideia muito cândida e pueril. Evidentemente, que tal cenário propiciou que, a princípio, uma margem expressiva de pessoas necessitadas não recebesse o auxílio, persistindo o dever estatal de assegurar uma renda mínima e resguardar o mínimo existencial a esse segmento.

Ora, se o Estado utilizou de suas reservas financeiras para um programa com vistas a contemplar o segmento mais afetado pela crise pandêmica, porém, não conseguiu fazê-lo pelo desvio no público-alvo, é claro o fracasso alarmante da medida implementada, cuja gênese, frise-se, é desejável. Pela ótica de Pareto, vislumbra-se a ineficiência ocorrida aqui, decorrente das falhas absurdas e gritantes na operacionalização do programa de renda mínima, sem qualquer fiscalização prévia mais minuciosa, situação esta inconcebível.

Não se ignora que é impossível formular algum programa social imune a fraudes engenhosas. Sucede que o que se destaca, no episódio aqui narrado, é a margem de recursos financeiros utilizados sem atingir a finalidade de se resguardar o mínimo existencial e o

Estado de Bem-Estar Social. Embora seja expressiva a quantidade de numerário despendida, diante daqueles mais impactados economicamente e desassistidos pela inoperância estatal, prevalece integralmente o dever do ente público de lhes garantir o mínimo existencial.

## 5. CONCLUSÃO

A crise pandêmica de COVID-19 atingiu o Brasil, trazendo consigo diversas consequências nefastas na área socioeconômica. Diante da facilidade de propagação do vírus, fez-se necessário que os entes federados adotassem as medidas restritivas que, segundo a peculiaridade local ou regional, fossem necessárias, repercutindo economicamente, o que fez com que a União tivesse que traçar as políticas públicas alinhadas à nova realidade.

Dentro desse contexto, a União implementou políticas públicas de transferência de recursos e de suspensão de pagamentos de dívidas de entes federados, permitindo a eles manter a sustentabilidade de suas finanças. Ademais, encampou a União instrumentos direcionados ao cidadão de baixa renda, visando garantir-lhe um patamar de renda mínima, cuja importância foi realçada no cenário pandêmico, o que foi objeto do presente artigo.

Objetivou este estudo a análise da viabilidade de se instituir um instrumento público, voltado a assegurar uma renda mínima aos economicamente mais necessitados, principalmente, em períodos excepcionais, sendo imperioso concluir aqui pela imprescindibilidade dessa ferramenta em situações de anormalidade. Para tanto, discorreu-se, logo de início, sobre a plena efetividade dos direitos fundamentais sociais dentro do Estado brasileiro e o papel deste em garantir o mínimo existencial.

Significa dizer, enfim, que pontos, como a força normativa das normas constitucionais, prevendo direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, impõem uma atuação estatal no sentido de prover o mínimo existencial. Conveniente esclarecer que, dentro da análise da pandemia da COVID-19, trazendo consigo uma elevação de desemprego, de queda do PIB, entre outros pontos negativos, tornou-se imprescindível que o Estado direcionasse uma ferramenta específica para se assegurar uma renda mínima, sob pena de se frustrar a efetividade das normas constitucionais e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Adentrando ao objetivo deste artigo, conclui-se então pela plena viabilidade do *corona-voucher*, isto é, uma política pública para se ofertar uma renda mínima aos mais impactados pela crise sanitária de COVID-19, a qual provocou prejuízos econômicos. Em que pese a importância dos instrumentos estatais para a contenção do vírus, como isolamento social, a suspensão ou restrição de circulação de pessoas e de atividades empresariais, entre outros, tais medidas repercutiram na geração e na circulação de riqueza, evidenciando mais as desigualdades sociais.

Sob esse prisma, evidenciou-se a importância da atuação estatal para se garantir uma renda mínima, posto que esta possui relação íntima com o mínimo existencial. Direitos fundamentais, como alimentação, lazer, saúde, educação, entre outros, demandam custos, cabendo então à União, enquanto ente nacional, propiciar, por meio do *coronavoucher* ou outro pro-

grama, que haja a proteção ao mínimo existencial, como decorrência da efetividade dos direitos fundamentais e do próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

No presente trabalho, utilizou-se como referencial teórico as teorias keynesianas, demonstrando que a ferramenta aqui analisada é saudável em um contexto social maior, pois permite a manutenção da propensão ao consumo. A ideia de renda mínima, plasmada no *coronavoucher*, e o auxílio aos entes federados refratam definições da política econômica keynesiana, dentro da qual ambos instrumentos manteriam o potencial de consumo local ou regional, evitando a propensão marginal à poupança.

Com o consumo, garante-se, na concepção keynesiana, a geração e a circulação dos recursos financeiros, bem como a empregabilidade, mantendo, portanto, a higidez do sistema financeiro. Em outras palavras, o *coronavoucher*, além de buscar garantir ao cidadão uma renda mínima para satisfazer seus direitos fundamentais mais caros, evita que se intensifique a tendência à poupança de recursos, o que agravaria os problemas socioeconômicos (desemprego, recessão, queda do PIB).

Sucedo, contudo, que se verificou infelizmente que a política pública aqui tratada, em que pese a gênese louvável de atuar como condensadora da teoria do mínimo existencial e do Estado de Bem-Estar Social, foi extremamente mal operacionalizada e instrumentalizada no Brasil, permitindo margem a fraudes em patamares exorbitantes. Com efeito, muitos que deveriam ter recebido a benesse, mesmo contemplados em lei, não a receberam, ao passo que outros, que sequer tinham se cadastrado, acabaram recebendo.

Tal situação, frise-se, relacionada à forma de operacionalização e implementação do *coronavoucher*, importou clara ineficiência econômica dentro da Análise do *Law and Economics*. De fato, a não observância da eficiência de Pareto é cristalina, uma vez que se permitiu, dada a ausência de adoção de uma fiscalização mais efetiva, antes do pagamento do benefício, que uma gama de pessoas que não precisava dele fosse beneficiada, enquanto muitos que se enquadravam nos requisitos legais não receberam desmotivadamente.

É possível depreender, destarte, que, por força da ausência de um crivo mais apurado da União, antes de efetuar o pagamento da benesse em tela, houve clara ofensa à concepção de eficiência econômica. Conveniente não olvidar que, em relação àqueles necessitados e que não receberam o benefício por plena inoperância da União, persistiria o dever desta de assegurar o mínimo existencial, inclusive, quanto à renda mínima, o que demonstraria o quanto foi desastrosa a forma como foi implementada tal ferramenta.

A concessão de um benefício social, como o caso aqui abordado, a quem não necessitaria dele, sem qualquer fiscalização prévia, sem a exigência de apresentação de documentos probatórios mínimos, franqueou claramente espaço a fraudes inadmissíveis. Permitiu-se um esgotamento de recursos financeiros do Estado, sem adimplir o dever constitucional dele de resguardar o mínimo existencial a todos. Se, de um lado, muitos que não necessitavam, por meio de fraudes, tiveram acesso ao recurso, outros, por seu turno, que tinham tal direito, foram simplesmente ignorados, sem qualquer razão explicitada.

É de se ver que, embora seja plausível a ideia de renda mínima em um cenário de cataclismo viral, mantendo o consumo e resguardando a higidez do sistema econômico, seria necessário que se traçasse uma fiscalização razoável, antes de se implementar qualquer

transferência de recursos financeiros públicos. A exigência de cadastramento e a apresentação de documentos sobre a situação econômica do requerente seriam o mínimo que caberia à União solicitar, o que, frise-se, não foi feito de forma adequada, propiciando fraudes e frustrando o potencial dessa ferramenta pública.

Não se é ingênuo aqui em acreditar que haja política pública de renda mínima imune e blindada a qualquer espécie de manobra fraudulenta. Não se cuida disso. Trata-se de adotar, quando da operacionalização de uma política pública, cautelas fiscalizatórias mínimas a fim de evitar fraudes ao sistema. É necessário atuar não apenas na repressão da malversação do recurso financeiro público, mas sim na prevenção, com estabelecimento de um sistema de fiscalização decente que coíba ou diminua os ricos de fraudes, o que não foi feito quanto ao *coronavoucher*.

Ainda que se articule que a operacionalização ocorreu, sem cautelas mínimas, em razão da crise econômica e da necessidade do público-alvo, não se justifica o que se sucedeu. De fato, o mero argumento da crise pandêmica e econômica não pode servir para o implemento de medidas pouco efetivas, beirando a pensamentos pueris, posto que, quando se deixa de atingir o público-alvo em determinada política pública, esgota-se a fonte de recursos do Estado e, simultaneamente, frustra-se a efetividade da agenda constitucional.

O mínimo existencial, com o qual os entes federados se comprometeram, e o cenário excepcional de COVID-19 importam um novo olhar a respeito da renda mínima e do Estado de Bem-Estar social, porém, demandam, ao mesmo tempo e sem qualquer prejuízo, prudência e cautela dos Gestores Públicos a fim de evitarem gastos desnecessários. Aliás, em um horizonte de anormalidade, a escassez de recursos financeiros é percebida não somente pelos particulares, mas também pelo ente estatal, o que demanda maior racionalização nos gastos públicos, devendo ser evitado, ainda mais, desperdícios em políticas públicas mal operacionalizadas.

Enfim, a crise pandêmica não é carta de alforria para o implemento de políticas de renda mínima empreendidas de forma açodada e, ao contrário disso, o momento delicado clama por prudência na utilização dos recursos públicos. A gênese plausível de uma ideia, encontrando eco na Constituição Cidadã, tal qual aconteceu no caso no *coronavoucher*, não franqueia a desídia na gestão do dinheiro público, isto é, na operacionalização do instrumento, sobretudo, no panorama de crise viral apresentado.

## REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA; Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Acquaviva*. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmitificações. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9. n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006. Disponível em: [http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo\\_n29.pdf/](http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf/). Acesso em: 16 out. 2020.

AMORIM, Daniela; NEDER, Vinicius. PIB tem queda histórica de 9,7% no 2º trimestre e confirma recessão. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 1 set. 2020. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pib-tem-queda-historica-de-9-7-no-2-trimestre-e-confirma-recessao,70003420993#:~:text=Na%20compara%C3%A7%C3%A3o%20o%20segundo,7%25%20de%20abril%20a%20junho./>. Acesso em: 13 out. 2020.

ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. A limitação da responsabilidade estatal pelo princípio da reserva do possível. *Revista Digital Âmbito Jurídico*, São Paulo, n. 109, 1 fev. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cader->

nos/direito-constitucional/a-limitacao-da-responsabilidade-estatal-pelo-principio-da-reserva-do-possivel/. Acesso em: 16 out. 2020.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 221, p. 175, jul./set. 2000.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm/). Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. *Lei Complementar n. 173, de 17 de maio de 2020*. Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp173.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp173.htm/). Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. *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. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm/). Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. *Lei n. 13.982, de 2 de abril de 2020*. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm/). Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Coronavírus (COVID-19), sobre a doença*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2020b. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca/>. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341 DF – Distrito Federal*. Processo objetivo – intervenção de terceiro – indeferimento. Relator: Ministro Marco Aurélio, 15 de abril de 2020. Liminar referendada. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1113133/false/>. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Processo 016.827/2020-1*. Acompanhamento da implementação do auxílio emergencial criado pela lei 13.982/2020 em resposta à crise ocasionada pela covid-19 e outras ações relacionadas à assistência social. Terceira etapa. Nível de implementação do auxílio no mês de junho. Riscos orçamentários. Prorrogação do benefício. Atualização da estimativa de público-alvo. Riscos de inclusão e exclusão indevidas de beneficiários. Destinação de recursos para o combate à pandemia em favor do programa de proteção social no âmbito do sistema único de assistência social (suas) encaminhamento do relatório aos órgãos interessados. Continuidade da fiscalização. Determinação. Recomendações. Relator: Ministro Bruno Dantas. 26 de agosto de 2020. Acórdão 2282/2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo/1682720201.PROC/%20/%20/>. Acesso em: 16 out. 2020.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 6. ed. Tradução de Carmen Varrialle, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. Brasília: Editora UnB, 1983. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BUFFON, Marciano. A tributação como instrumento de concretização dos direitos fundamentais. *Revista Faculdade de Direito de Uberlândia*, Uberlândia, v. 38, n. 2, p. 555-579, 2010. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18389/>. Acesso em: 16 out. 2020.

CAMPO GRANDE (MS). *Decreto n. 14.231, de 3 de abril de 2020*. Institui o Plano de Diretrizes para o enfrentamento da COVID-19 nas atividades econômicas e sociais na cidade de Campo Grande – MS e dá outras providências.

Campo Grande: Prefeitura Municipal, [2020]. Disponível em: <http://www.campogrande.ms.gov.br/semadur/downloads/decreto-municipal-14-231-de-03-de-abril-de-2020/>. Acesso em: 23 abr. 2020.

CARVALHO, C; MATTOS, E. *Análise econômica do direito tributário e colisão de princípios jurídicos: um caso concreto*. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, 2008. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/5sb875z8/>. Acesso em: 16 de out. 2020.

DUARTE JÚNIOR; Dimas Pereira. Mínimo existencial e necessidades humanas na fundamentação dos direitos sociais. *Revista Argumentum*, Marília/São Paulo, v. 20, n. 1, p. 129-145, jan./abr. 2019.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRER; Walkíria Martinez Heinrich; ROSSIGNOLI, Marisa. Constituição Federal e direitos sociais: uma análise econômica e social do atual Estado brasileiro. *Revista Argumentum*, Marília/São Paulo, v. 19, n. 1, p. 27-50, jan./abr. 2018.

FIORI, José Luís. Estado de Bem-Estar Social: Padrões e Crises. *Physys – Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 129-147, 1997. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/physys/v7n2/08.pdf/>. Acesso em: 16 out. 2020.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; RIBEIRO, Marcelo Miranda. Incentivos fiscais: uma perspectiva da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, DF, v. 4, n. 1, p. 79-102, jan./jun. 2013.

HEIMANN, Eduard. *História das doutrinas econômicas: uma introdução à teoria econômica*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1971.

HUNT, E. K. *História do Pensamento econômico*. Tradução de José Ricardo Brandão Azevedo e Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

IBGE. *PIB cai 4,1% em 2020 e fecha o ano em R\$ 7,4 trilhões*. Editoria: Estatísticas Econômicas, 03 abr. 2021. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/30165-pib-cai-4-1-em-2020-e-fecha-o-ano-em-r-7-4-trilhoes>. Acesso em: 5 mar. 2021.

IVINHEMA. *Decreto n. 170, de 23 de março de 2020*. Em função do risco de surto do novo coronavírus – COVID-19, decreta situação de emergência no âmbito da saúde pública do Município de Ivinhema, estabelece toque de recolher, e dá outras providências. Ivinhema: Prefeitura Municipal, 2020. Disponível em: <http://www.diariooficialms.com.br/media/23743/2509-06-04-20-SUPLEMENTO.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2020.

KEYNES, John Maynard. *A teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Tradução de Mário R. da Cruz. São Paulo: Nova Cultura, 1996.

MENEZES FILHO, Naércio; FERNANDES, Reynaldo. Educação: Avanços recentes e propostas para o futuro. In: MENEZES FILHO, Naércio; SOUZA, André Portela (org.). *A Carta: para entender a Constituição brasileira*. São Paulo: Todavia, 2019. p. 117- 140.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. Ed. Coimbra: Coimbra, 1993. t. IV.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *COVID-19 Strategy Update*. Geneva: OMS, 2020a. Disponível em: [https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/covid-strategy-update-14april2020.pdf?sfvrsn=29da3ba0\\_6/](https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/covid-strategy-update-14april2020.pdf?sfvrsn=29da3ba0_6/). Acesso em: 13 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Who coronavirus disease (COVID-19) Dashboard*. Geneva: OMS, 2020b. Disponível em: <https://covid19.who.int/>. Acesso em: 13 out. 2020.

PUCCINELLI JÚNIOR, André; ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa. *O federalismo cooperativo e a reserva do possível*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2013.

PORTO ALEGRE. *Decreto n. 20.534/2020, de 31 de março de 2020*. Decreta o estado de calamidade pública e consolida as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo Coronavírus (COVID-19), no Município de Porto Alegre. Porto Alegre: Prefeitura Municipal, 2020. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=000038465.DOCN.&l=20&u=%2Fmetahtml%2Fsirel%2F-simples.html&p=1&r=1&f=G&d=atos&SECT1=TEXT>. Acesso em: 13 out. 2020.

POSNER, Richard. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard. *El Análisis Económico del Derecho*. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

QUINTINO, Larissa. Coronavírus: desemprego acelera e atinge 12,8 milhões de pessoas em abril. *Veja*, São Paulo: 28 maio 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/coronavirus-desemprego-acelera-e-chega-a-128-milhoes-de-pessoas-em-abril/>. Acesso em: 13 out. 2020.

RIBEIRO, Maria de Fátima; SILVA, Renata Alencar. A cidadania fiscal da democracia na Administração Participativa. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 28., 2019, Goiânia. *Anais [...]*. Florianópolis: CONPEDI, 2019, p. 177-193. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/no85g2cd/74n2t578/lim3TErI2hSYnP80.pdf/>. Acesso em: 16 out. 2020.

RIBEIRO, Maria de Fátima; GESTEIRO, Natália Paludetto. A busca da cidadania fiscal no desenvolvimento econômico: função social do tributo. *Revista Argumentum*, Marília, v. 5, p. 59-74, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. *Decreto n. 55.154, de 1º de abril de 2020*. Reitera a declaração de estado de calamidade pública em todo o território do Estado do Rio Grande do Sul para fins de prevenção e de enfrentamento à epidemia causada pelo COVID-19 (novo Coronavírus), e dá outras providências. Porto Alegre: Governadoria do Estado, 2020. Disponível em <https://estado.rs.gov.br/upload/arquivos/decreto-55-154-01abr2020.pdf/>. Acesso em: 13 out. 2020.

RIVEIRA, Carolina. Desemprego no Brasil atinge 12 milhões, o maior desde começo da pandemia. *Exame*, São Paulo, 16 out. 2020. Disponível em: <https://exame.com/economia/desemprego-no-brasil-atinge-14-milhoes-o-maior-desde-comeco-da-pandemia/>. Acesso em: 16 out. 2020.

RODRIGUES, Hugo Thamir; KUNTZ, Tatiele Gish. Políticas públicas tributárias: a justiça fiscal como instrumento de auxílio na viabilização da justiça social. *Nomos – Revista de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 38, n. 2, jul./dez. 2018.

RODRIGUES, Hugo Thamir; OLIVEIRA, Antônio Furtado de. A tributação e o orçamento público na perspectiva de efetividade dos direitos fundamentais sociais. *Revista Argumentum*, Marília, v. 19, n. 1, p. 51-71, jan./abr. 2018.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SZTAJN, Rachel. Law & Economics. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSTAJN, Décio (org.). *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74-84.

SILVA, Adelphino Teixeira da. *Elementos de economia*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1970.

SOARES, Rosinethe Monteiro. *Aproximação à macroeconomia*. Brasília: Editora de Brasília, 1971.

#### Dados do processo editorial

- Recebido em: 08/03/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 09/03/2021
- Avaliação 1: 05/04/2021
- Avaliação 2: 09/07/2021
- Decisão editorial preliminar: 14/07/2021
- Retorno rodada de correções: 27/07/2021
- Decisão editorial/aprovado: 27/07/2021

#### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

# AVANÇOS TECNOLÓGICOS NO PODER JUDICIÁRIO: REFLEXÕES SOBRE A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO POR VIDEOCONFERÊNCIA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

TECHNOLOGICAL ADVANCES IN JUDICIARY  
POWER: REFLECTIONS ON THE INSTRUCTIONAL HEARING  
BY VIDEOCONFERENCE IN THE LABOR COURT

CLÁUDIO JANNOTTI DA ROCHA<sup>1</sup>  
LARA CARETA PARISE<sup>2</sup>

## RESUMO

O período pandêmico demandou a readaptação do Poder Judiciário e a necessidade de adoção de medidas que possibilitassem a continuidade da prestação da atividade jurisdicional, sem que se colocasse em risco a saúde e a vida de todos que integram sua estrutura, advogados, partes e público em geral. Através da incorporação de tecnologias foi possível que a prestação da atividade jurisdicional não ficasse totalmente paralisada, permitindo-se, dentre outros, a realização de audiências por meio de videoconferência. Diante disso, o presente estudo objetiva trazer reflexões sobre a (in)existência de quebra de garantias processuais com o emprego das audiências de instrução trabalhistas por videoconferência, em razão dos questionamentos postos pela comunidade jurídica. Para tanto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica e exame da literatura jurídica, empregando-se o método dedutivo.

**Palavras-chave:** avanços tecnológicos; pandemia; audiência trabalhista; videoconferência.

## ABSTRACT

*The pandemic period requires the readjustment of the Judiciary and the need to adopt measures that would allow the continuity of the provision of jurisdictional activity, without putting the health and life of everyone in its structure, lawyers, parties and the general public at risk. Through the incorporation of technologies, it was*

- 1 Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), no curso de Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito Processual (PPGDIR). Pós-Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor e Mestre em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Líder do Grupo de Pesquisa "Trabalho, seguridade social e processo – diálogos e críticas" (UFES-CNPq). Membro do Grupo de Pesquisa "Relações de Trabalho na Contemporaneidade" (UFBA-CNPq). Membro do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania" (UnB-CNPq). Membro da Rede Nacional dos Grupos de Pesquisa em Direito do Trabalho e Seguridade Social (RENAPEDTS) e da Rede de Grupo de Pesquisas em Direito e Processo do Trabalho (RETRABALHO). Autor de livros e artigos publicados no Brasil e no Exterior. Advogado. Pesquisador. <https://orcid.org/0000-0003-2379-2488>.
- 2 Mestranda em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (PPGDIR-UFES). Especialista em Direito Individual e Processual do Trabalho pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Membro do Grupo de Pesquisa "Trabalho, Seguridade Social e Processo: diálogos e críticas" (UFES-CNPq). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, CAPES, Brasil. Pesquisadora.

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

ROCHA, Cláudio Jannotti da; PARISE, Lara Careta. Avanços tecnológicos no Poder Judiciário: reflexões sobre a audiência de instrução por videoconferência na justiça do trabalho. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 4, p. 191-207, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i4.8527>.

*possible that the provision of jurisdictional activity would not be totally paralyzed, allowing, among others, the holding of hearings through videoconference. In view of this, the present study aims to bring reflections on the (in) existence of breach of procedural guarantees with the employment of labor instruction hearings by videoconference, due to the questions posed by the legal community. To this end, a bibliographic search and examination of the legal literature was carried out, using the deductive method.*

**Keywords:** technological advancements; pandemic; labor hearing; videoconference.

## 1. INTRODUÇÃO

A sociedade passou por constantes transformações ao longo da história, assim como os problemas vivenciados pelo meio social também se alteraram. As revoluções industriais ensejaram avanços tecnológicos que produzem efeitos sobre várias esferas, também sobre o campo do direito e sobre o Poder Judiciário, o qual necessitou readaptar-se diante da pandemia da Covid-19, assim caracterizada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), ainda em 11 de março de 2020.

A vida cotidiana foi fortemente impactada com o surgimento da pandemia, demandando-se a adoção de medidas para proteção da vida, saúde e segurança de toda a população, a exemplo do isolamento social. A par disto, foi necessária a incorporação de tecnologias para que as atividades forenses não fossem totalmente interrompidas. Dentre as medidas empregadas pelo Poder Judiciário, destaca-se a permissão para realização de audiências por videoconferência, através das Resoluções 313 e 314 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Tal possibilidade não é novidade, em vista das autorizações já expressas no Código de Processo Civil, aplicadas no âmbito processual trabalhista, em razão da aplicação subsidiária e supletiva do direito processual comum ao processo do trabalho (art. 769 CLT e art. 15 CPC) (BRASIL, 1943) (BRASIL, 2015).

Diante do contexto pandêmico, a realização de audiências por meio de videoconferência, em especial as audiências de instrução trabalhistas, enfrentaram dúvidas e questionamentos, conjecturando-se que o emprego de recursos tecnológicos poderia implicar em quebra de garantias processuais. Dentre os receios da comunidade jurídica encontram-se a falta de acesso a aparelhos eletrônicos e à conexão à internet de qualidade, a instabilidade de tráfego de dados, a incomunicabilidade de testemunhas e a dificuldade de correta identificação delas, a restrição que uma parte não ouça o depoimento da outra e a proibição de utilização de roteiros previamente preparados.

Em consideração a esses receios, o presente estudo objetiva discutir acerca da realização de audiências de instrução por meio de videoconferência no âmbito da Justiça do Trabalho, impulsionadas no período pandêmico, refletindo sobre a (in)existência de quebra de garantias processuais com o seu emprego.

Para tanto, inicialmente será abordado os impactos ocasionados pelas revoluções industriais no Poder Judiciário e a incorporação de tecnologias por ele. Posteriormente será tratada a legislação produzida no contexto pandêmico e a sua aplicação na esfera jurisdicional. Por último, adentra-se aos questionamentos levantados pelo meio jurídico sobre as audiências de instrução por meio de videoconferência no âmbito trabalhista. Concluiu-se que a realização

de audiências de instrução trabalhistas por videoconferência tornou possível a continuidade da prestação jurisdicional em um contexto que se faz necessário o distanciamento social e a paralização ou redução das atividades presenciais. Deste modo, é essencial sua realização no período enfrentado, de modo que não acarrete no perecimento dos direitos do trabalhador pela sua entrega tardia. Ainda assim, o magistrado deve estar atento às peculiaridades do caso concreto e as eventuais dificuldades técnicas e os obstáculos de acessibilidade que possam ser enfrentadas pelos advogados, partes e testemunhas.

O presente estudo realizou uma pesquisa bibliográfica e exame da literatura jurídica, empregando o método dedutivo, o qual “tem o propósito de explicar o conteúdo das premissas”, de forma que, “se a conclusão, a rigor, não diz mais que as premissas, ela tem de ser verdadeira se as premissas o forem” (LAKATOS; MARCONI, 2010, p. 74).

## 2. IMPACTOS TECNOLÓGICOS NO PODER JUDICIÁRIO

A sociedade se transmuta ao longo do tempo, de modo que seu desenvolvimento passa pela interferência de diversos fatores, dentre os quais, as transformações e inovações tecnológicas. Estas ocasionaram e ocasionam desdobramentos também no campo do direito e das relações de trabalho, os quais demandam um olhar voltado às mudanças profundas que provocam e seus reflexos no modo de viver da sociedade e na aplicação do direito.

As transformações tecnológicas transcorridas após a Segunda Guerra Mundial deram ensejo à 3ª Revolução Industrial, comumente denominada de revolução digital ou do computador (SCHWAB, 2016, p. 18). Caracterizada principalmente pelas inovações “nos campos da microinformática, robótica, microeletrônica e das telecomunicações”, e que também alcança a “abertura dos mercados, com a globalização econômica e cultural e a reestruturação produtiva e empresarial, pautada pelo toyotismo” (ROCHA; PORTO; ALVARENGA, 2020, p. 69).

Por seu turno, na virada do século deu-se início à 4ª Revolução Industrial, marcada “por uma internet mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais poderosos que se tornaram mais baratos e pela inteligência artificial e aprendizagem automática (ou aprendizado de máquina)” (SCHWAB, 2016, p. 19).

Os efeitos e seus reflexos produzidos na sociedade ainda não se encontram totalmente estabelecidos, não obstante, no campo do trabalho resultará mormente em uma ampliação do trabalho morto e diminuição do trabalho vivo (ANTUNES, 2020, p. 350). Isto, na medida em que, com a crescente automação parcial ou integral da indústria e da fábrica, o trabalho desempenhado pelo homem cada vez cede mais espaço ao realizado pela máquina (ROCHA; PORTO; FONSECA, 2020, p. 47-48). Da substituição do trabalho humano pela máquina, a preocupação central se volta não à criação de novos empregos, mas “de novos empregos que os humanos executem melhor do que os algoritmos”, o que pode resultar em uma nova classe de pessoas, a “classe inútil” (HARARI, 2017).

A despeito dos questionamentos de que se trataria meramente de um aprimoramento ou extensão da 3ª Revolução, sua amplitude e repercussões são diferenciadas. As tecnologias digitais já são conhecidas, sem embargo, as atualmente difundidas “estão causando rupturas

à terceira revolução industrial; estão se tornando mais sofisticadas e integradas e, conseqüentemente, transformando a sociedade e a economia global” (SCHWAB, 2016, p. 19). Para seus formuladores, configura “uma nova fase da automação industrial, que se diferencia da Revolução Industrial do século XVIII, do salto dado pela indústria automotiva do século XX e também da reestruturação produtiva que se desenvolveu a partir da década de 1970” (ANTUNES, 2018, p. 38).

As inovações difundidas pelas transformações tecnológicas têm seus efeitos espalhados também no Poder Judiciário, com a implementação de ferramentas que auxiliam tanto na gestão e planejamentos dos órgãos jurisdicionais, quanto na prestação da atividade jurisdicional. À guisa de exemplo, com a implementação do processo judicial eletrônico (tendo por marco regulatório a Lei 11.419/06), tornou-se possível o peticionamento, a movimentação e o acompanhamento processual através do sistema virtual, ou seja, sem a necessidade de locomoção até o fórum para a realização de tais tarefas.

Em decorrência dessa evolução tecnológica, foi criado o Programa Justiça 4.0, de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com o objetivo de desenvolvimento e aplicação de novas funcionalidades, bem como o aperfeiçoamento das já existentes ao Poder Judiciário, através do investimento em inovações tecnológicas (MONTENEGRO, 2020). O programa intenciona “dar mais eficiência e eficácia à tramitação dos processos, reduzindo o tempo de resposta aos litígios levados à Justiça com a modernização das rotinas do trabalho” (MONTENEGRO, 2020).

O programa pretende implementar como uma de suas ações o Juízo 100% Digital, o qual traduz-se na possibilidade de que as partes e advogados pratiquem todos os atos processuais exclusivamente por meios eletrônicos, sem a necessidade de deslocamento aos fóruns, o que inclui audiências e sessões de julgamento por videoconferência. Para mais, poderá tramitar pelo projeto o processo trabalhista das varas que o adotarem, dentre outras áreas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Sem embargo, à despeito da implementação do processo eletrônico no Poder Judiciário brasileiro, Augusto Grieco Sant’Anna Meirinho esclarece que “não significa que a Justiça no Brasil tenha ingressado na Quarta Revolução Industrial e que, a partir dessa informatização, tenhamos uma Justiça 4.0”. Para o autor, a “Justiça 4.0 é muito mais do que o emprego ostensivo da informática, que faz parte da Terceira Revolução Industrial” (MEIRINHO, 2020, p. 4). Meirinho entende que os impactos gerados pelo emprego de inovações tecnológicas nos sistemas de justiça são profundos e, apesar de ocasionar benefícios à sociedade, pode não se consubstanciar exclusivamente em medidas proveitosas a todos. Por esta razão, defende um prévio estudo e discussão que abarque a sociedade para a implantação de uma Justiça 4.0, o que não deveria ocorrer através de decisão unilateral do Poder Judiciário (MEIRINHO, 2020, p. 4-5).

Para mais, Diego Petacci, em reflexão acerca da Justiça 4.0 e os impactos por ela ocasionados, elucida que, apesar dos benefícios advindos com a ideia de modernização da justiça, não se pode esquecer da exclusão digital existente no Brasil. O autor enfatiza que “[n]ão adianta invocar uma suposta ‘Justiça 4.0’ quando o Brasil, no que tange ao acesso efetivo das pessoas a tais bens tecnológicos, apresenta-se a passos lentos e desconcertados” (PETACCI, 2020).

Não obstante, fato é que a adoção de medidas aptas a modernizar os sistemas de justiça se revelou ainda mais significativa diante do contexto pandêmico vivenciado, o que tornou possível, através da incorporação de tecnologias, que a prestação da atividade jurisdicional não ficasse totalmente obstada em razão da necessidade de distanciamento social.

### 3. CONTEXTO PANDÊMICO

A atuação do Poder Judiciário é fundamental para que o trabalhador possa reclamar seus direitos diante de violações perpetradas, bem como a prevenção contra lesões. A importância desta atuação é acentuada especialmente com a ocorrência da pandemia, e considerando o caráter alimentar dos créditos trabalhistas, necessário ao sustento e subsistência própria do trabalhador e de sua família. Preciso é buscar soluções que permitam a continuidade da atividade jurisdicional, sem que haja uma paralisação total dos serviços, ao mesmo tempo em que se assegure a saúde e segurança dos magistrados, dos agentes públicos, assim como das partes, dos advogados e do público em geral. O Poder Judiciário não pode ter sua atividade interrompida, devendo se reestruturar e repensar novos modos de atender aos que lhe procuram, ainda que diante da pandemia da Covid-19.

A pandemia foi assim caracterizada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 11 de março de 2020. Em sua decorrência, foi reconhecido estado de calamidade pública no Brasil em 18 de março de 2020, por meio do Decreto Legislativo n. 6, de 2020, o qual produziu efeitos até 31 de dezembro de 2020. Não obstante, até o presente momento a pandemia permanece, motivo pelo qual tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Decreto Legislativo n. 566/20, que pretende a prorrogação por seis meses da vigência do decreto mencionado. Ante a ausência de disposição federal, os Estados vêm declarando estado de calamidade pública adstritas à sua competência territorial, conforme a necessidade regional, a exemplo do Decreto n. 610, de 26 de março de 2021, do Espírito Santo.

Os efeitos da pandemia são sentidos no cotidiano por toda a sociedade, que é impactada de modo diverso e individual e, ainda que em pequena medida, sofre suas consequências. Dada a célere e fácil propagação do vírus e a sua letalidade, se mostrou necessária a adoção de variadas medidas com o fim de evitar a proliferação da Covid-19, dentre as quais, a determinação de isolamento social, com o fechamento de diversos Tribunais.

Em virtude da essencialidade da atividade jurisdicional, a necessidade de sua continuidade e com o fim de se evitar insegurança jurídica devido à critérios conflitantes quanto ao funcionamento dos órgãos jurisdicionais, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio das Resoluções 313 (BRASIL, 2020b) e 314 (BRASIL, 2020c), as quais foram posteriormente prorrogadas, estatuiu o regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários. Estabeleceu-se a necessidade de estipulação, pelos tribunais, das atividades essenciais, definindo garantias mínimas, suspendeu-se o atendimento presencial de partes, advogados e interessados, sendo garantido a existência de canal de atendimento remoto para viabilização dos atendimentos. Também tratou sobre a suspensão e/ou retomada de prazos processuais, estatuiu a possibilidade de realização de trabalho remoto de

magistrados, servidores e colaboradores, estabeleceu a realização de sessões virtuais de julgamento, a realização de atos virtuais e audiências em primeiro grau de jurisdição por meio de videoconferência, entre outros.

No âmbito da Justiça do Trabalho, foram editados o Ato Conjunto CSJT.GP. VP e CGJT. n. 1, de 19 de março de 2020 (BRASIL, 2020j), e o Ato Conjunto CSJT.GP. VP E CGJT. n. 002, de 20 de março de 2020 (BRASIL, 2020k). Os referidos atos determinaram a suspensão da prestação de atividades presenciais não essenciais realizadas na Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus, a suspensão dos prazos processuais, instituíram o regime de trabalho remoto de forma temporária, a comunicação por meio telefônico ou eletrônico entre magistrados, advogados, partes, membros do Ministério Público e servidores, dentre outras disposições.

Os mencionados atos foram revogados, sem embargo, preservada a validade das situações consolidadas sob sua vigência, sendo substituídos pelo Ato Conjunto CSJT.GP. GVP. CGJT Nº 6, de 05 de maio de 2020 (BRASIL, 2020l). Este consolidou e uniformizou as disposições acerca da realização de trabalho remoto e o funcionamento das atividades não presenciais no período pandêmico, bem como as sessões de julgamento telepresenciais no âmbito da Justiça do Trabalho. Determinou-se a retomada dos prazos processuais a partir de 04 de maio de 2020, os quais deverão ser adiados por meio de decisão judicial caso não seja possível sua prática por meio eletrônico ou virtual, por absoluta impossibilidade técnica ou prática, assim informados por qualquer dos envolvidos no ato.

Considerando a Portaria n. 61, de 31 de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2020a), que institui a plataforma emergencial de videoconferência para realização de audiências e sessões de julgamento nos órgãos do Poder Judiciário, o retromencionado Ato Conjunto, regulamentou a realização de audiências e sessões de julgamento telepresenciais no âmbito da Justiça do Trabalho. Estabeleceu a facultatividade da utilização de tal plataforma disponibilizada pelo CNJ, de modo que o Tribunal poderá optar pela utilização de outra ferramenta. Ademais, o Ato n. 11 da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho, de 23 de abril de 2020 (BRASIL, 2020e), estabeleceu a possibilidade de tomada dos depoimentos das partes e testemunhas por meio de videoconferência (art. 4º).

As atividades presenciais, aos poucos, estavam sendo retomadas, a exemplo do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, que através do Ato TRT 17ª Presi n. 65/2020 (BRASIL, 2020g), regulamentou a realização de audiências nos modelos híbrido e presencial. Estas serão permitidas caso preenchidos os requisitos elencados nos incisos do artigo 6º<sup>3</sup>, dentre os quais, que a sede em que será realizada a audiência esteja enquadrada no nível moderado ou baixo no Mapa de Gestão de Risco da Covid-10 (art. 6º, inciso I). Também estabeleceu a preferência pela utilização de videoconferência nas audiências de instrução (art. 5º) e optou pela continuidade do uso de videoconferência para as audiências iniciais, de conciliação e de encerramento da instrução (art. 4º), salvo em situações excepcionais.

Todavia, com o aumento desenfreado de casos após uma queda inicial do número de contaminados – número que ainda não se encontrava estabilizado, e o caos na saúde

3 Art. 6º Fica autorizada, a partir de 13 de outubro de 2020, a realização de audiências de instrução híbridas (mistas) e presenciais em todas as Varas do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (Capital e Interior), desde que sejam preenchidos os seguintes requisitos: I – no Mapa de Gestão de Risco da Covid-19, a cidade sede da Vara do Trabalho deve estar no nível moderado ou baixo; II - o espaço físico deve permitir a observância do distanciamento obrigatório de 1,5 m (um metro e meio), nos termos Ato TRT 17.ª PRESI n.º 64, de 23 de setembro de 2020 e III - a instalação de barreiras físicas de acrílico nas salas de audiência das Varas do Trabalho do interior. (BRASIL, 2020g.)

pública<sup>4</sup>, vários estados decretaram novamente “lockdown” como resposta, com a imposição de medidas que restringem a livre locomoção de pessoas, o que demandou que novamente as atividades presenciais fossem suspensas.

À vista disso, ainda que a suspensão se mostre essencial devido à realidade atual enfrentada, imprescindível a disponibilização de meios que permitam minimamente a continuidade satisfatória da prestação da atividade jurisdicional, sem colocar em risco a saúde dos magistrados, servidores, colaboradores, advogados e usuários em geral. Certo é que o funcionamento através de meios telemáticos não ocorrerá nos mesmos moldes tradicionalmente vistos, contudo, exige-se uma readaptação aos novos contornos que o cenário atual exige. Os avanços tecnológicos ocasionados pela Terceira e Quarta Revolução Industrial trouxeram ferramentas que possibilitam a continuidade da prestação jurisdicional, por meio tanto da implementação do trabalho remoto, como das audiências por videoconferência.

#### 4. REFLEXÕES SOBRE A REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA

Diante do cenário pandêmico e a necessidade de diminuição da circulação de pessoas e de isolamento social, o Poder Judiciário precisou se readaptar, adotando medidas adequadas e seguras para que a prestação jurisdicional não fosse totalmente interrompida, dentre as quais destaca-se a determinação para realização de audiências por meio de videoconferência.

Ocorre que, antes ainda da pandemia, já era permitido o seu emprego. O Código de Processo Civil já trazia autorização para a realização de audiência de conciliação ou mediação através de meio virtual (artigo 334, § 7<sup>o</sup>), permissão que, para Heitor Vitor Mendonça Sica “se alinha a um movimento mundial de ‘Online Dispute Resolution – ODRs’. No Brasil, temos vários exemplos bem sucedidos, como a plataforma ‘consumidor.gov.br’” (SICA, 2020, p. 25).

O Código prevê hipóteses em que será possível a utilização de meios eletrônicos para a colheita de depoimento pessoal das partes (artigo 385, § 5<sup>o</sup>, CPC<sup>6</sup>), para a oitiva de testemunhas (artigo 453, § 1<sup>o</sup>, CPC<sup>7</sup>), bem como para a acareação (artigo 461, § 2<sup>o</sup>, CPC<sup>8</sup>). No entanto,

4 As recomendações de especialistas giravam em torno da necessidade de manutenção das medidas de prevenção, devido ao anseio do surgimento de uma segunda onda, todavia, na prática ocorreu um relaxamento nas ações de combate à doença. Segundo especialistas, a segunda onda de Covid-19 iniciou no Brasil “ainda no ano de 2020, levando a um aumento assustador do número de casos no início de 2021. A nova onda não chegou apenas aumentando os números da doença, mas também elevando o número de mortos e colapsando o sistema de saúde em vários locais do Brasil. Em muitas regiões do país, pacientes morreram sem conseguir vagas em UTIs, tanto de hospitais da rede pública quanto da rede particular”. (SANTOS)

5 Art. 334. § 7<sup>o</sup> A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei. (BRASIL, 2015.)

6 Art. 385. § 3<sup>o</sup> O depoimento pessoal da parte que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser colhido por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento. (BRASIL, 2015.)

7 Art. 453. § 1<sup>o</sup> A oitiva de testemunha que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão e recepção de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a audiência de instrução e julgamento. (BRASIL, 2015.)

8 Art. 461. § 2<sup>o</sup> A acareação pode ser realizada por videoconferência ou por outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real. (BRASIL, 2015.)

impõe como critério que as pessoas ali elencadas residam em comarca, seção ou subseção diferente de onde tramita o processo. Apesar dessas limitações, Sica elucida serem disposições específicas que versam acerca da possibilidade de colheita de provas orais por meios eletrônicos. Já o artigo 236, § 3º trataria de norma geral que permite a prática de todo e qualquer ato processual através de recurso tecnológico, o que, por via de consequência, torna possível a realização de audiência de instrução por meio virtual, ainda que o Código não traga previsão específica (SICA, 2020, p. 26).

Os dispositivos supramencionados tratam de legislação processual civil, todavia, se aplicam no âmbito processual trabalhista, em razão da aplicação subsidiária e supletiva do direito processual comum ao processo do trabalho (art. 769 CLT e art. 15 CPC) (BRASIL, 1943) (BRASIL, 2015).

No contexto pandêmico, a realização de audiências por meio de videoconferência passou a ser a regra. O Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região autorizou a realização de audiência por meio de videoconferência, inclusive as audiências de instrução, por meio do Ato Presi Secor n. 11/2020. A sua realização deve ser possível sempre que o magistrado entender mais conveniente para a realização da prestação jurisdicional (art. 2º), bem como através de concordância das partes e advogados (art. 4º, parágrafo único). O advogado deve apresentar solicitação, inclusive, especificando a necessidade de oitiva de testemunhas (art. 4º, caput) (BRASIL, 2020f).

Nesse cenário, o emprego de recursos tecnológicos para a realização de audiências, em especial as audiências de instrução no âmbito da Justiça do Trabalho, têm levantado diversos questionamentos e receio de suas implicações ao processo e aos jurisdicionados. Isso em razão da importância direcionada às audiências e à produção de prova testemunhal<sup>10</sup>, considerando a dificuldade ou até mesmo impossibilidade de obtenção de prova de determinadas situações por outros meios que não a prova testemunhal. Além da contraposição de documentos assinados pelo trabalhador que, no entanto, não se enquadram na realidade fática (com a aplicação do princípio da primazia da realidade sobre a forma, em busca da verdade real). Soma-se o fato de que, segundo Schiavi, o “Processo do Trabalho é essencialmente um procedimento oral” no qual o princípio da oralidade é acentuado, “com a primazia da palavra; concentração dos atos processuais em audiência; maior interatividade entre juiz e partes; irrecorribilidade das decisões interlocutórias; e identidade física do juiz” (SCHIAVI, 2017, p. 30).

À vista disso, nas subseções que se seguem serão melhor abordados os argumentos contrários e favoráveis à realização da audiência de instrução por videoconferência no âmbito da Justiça do Trabalho.

#### 4.1 CRÍTICAS À REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO POR VIDEOCONFERÊNCIA

Parte da doutrina questiona acerca das dificuldades de acesso a meios eletrônicos e de conexão à internet que os sujeitos processuais podem enfrentar na realização de audiência por videoconferência. A grande disparidade econômica e social que vigora em nosso país pode

9 Art. 236. § 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real. (BRASIL, 2015.)

10 “A palavra falada prevalece sobre a escrita, priorizando-se o procedimento de audiência, em que as razões das partes são aduzidas de forma oral, bem como a colheita da prova.” (SCHIAVI, 2017, p. 33).

ser um fator excludente. Chamando atenção às desigualdades materiais de acesso aos meios tecnológicos que podem estar presentes entre os sujeitos da relação jurídica processual, Meirinho sublinha que “a transformação digital por que passa a sociedade brasileira não atinge todas as pessoas de forma igual”. Esclarece que “ao lado do analfabetismo real e funcional, que atinge parcela significativa da população brasileira, já se fala em um déficit de inclusão digital, também relevante no Brasil” (MEIRINHO, 2020, p. 12). O autor entende que, ainda que segundo pesquisas realizadas revelem uma grande propagação do uso de celulares, não se pode concluir que o Brasil alcançou de modo satisfatório a inclusão digital, que não se limita a possuir aparelho eletrônico, mas perpassa também pelo acesso à internet de qualidade. À vista disso, conclui que, no âmbito da Justiça do Trabalho, a substituição das audiências presenciais “para audiências telepresenciais não irá contribuir para o aumento do acesso à justiça. Pelo contrário, poderá criar barreiras tecnológicas de acesso à justiça onde antes não existiam” (MEIRINHO, 2020, p. 13-14). Sobre o assunto, Motejunas se atenta às desigualdades sociais e de conexão à internet, sem embargo, considera que

conforme a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - Tecnologia da Informação e Comunicação (PNAD Contínua TIC) de 2018, do IBGE, cerca de 75% dos brasileiros tinham acesso à internet em 2019, sendo que a grande maioria utiliza o celular. A mesma pesquisa constatou um aumento acelerado da disponibilidade de internet entre os anos de 2016 e 2018, tanto na área urbana quanto rural, e que cerca de 79,1% dos domicílios brasileiros já tinham acesso à internet em 2018, o que comprova que a chamada “inclusão digital” é uma realidade para a grande maioria das pessoas. No caso da realização de atos processuais de forma telepresencial, deve-se ainda levar em consideração que as pessoas que não têm acesso à internet em casa podem utilizar a internet de amigos, parentes ou vizinhos, *lan houses*, cafés e outros locais, inclusive o escritório de seus advogados, o que amplia consideravelmente as situações de “disponibilidade técnica” (MOTEJUNAS, 2020).

Apesar do crescente número de aparelhos eletrônicos e pessoas conectadas à internet no Brasil, fato é que ainda vige uma grande disparidade, e ainda que o indivíduo esteja conectado, não necessariamente tem acesso estável e de qualidade. A alternativa de utilização de *lan houses*, cafés ou a internet de conhecidos não considera a necessidade de um ambiente tranquilo e sem interrupções para o bom andamento do feito. Sobre essa perspectiva, deve o magistrado se atentar às especificidades do caso e às necessidades que cada ator processual demanda.<sup>11</sup>

A Resolução n. 341/2020 do CNJ determina a disponibilização de salas nos tribunais estruturadas com equipamentos de informática hábeis a possibilitar a prática de atos processuais, em especial a colheita de depoimento das partes, oitiva de testemunhas e outros colaboradores da justiça por meio de videoconferência (art. 1º). O artigo 1º, § 2º prevê a obrigatoriedade de acompanhamento da videoconferência por servidores responsáveis no intuito de se verificar a regularidade do ato (BRASIL, 2020d). A determinação de disponibilização de uma estrutura básica de atendimento nos fóruns poderia ser um suporte a advogados que não possuem escritório físico ou com estrutura adequada para o qual os envolvidos

11 Em reflexão sobre o tema, Conforti entende que “sabendo-se que o período da pandemia é transitório, defende-se a não obrigatoriedade prévia de inclusão em pauta de processos para a instrução por videoconferência, apenas após a confirmação da viabilidade técnica de participação das partes e que as ações trabalhistas sejam apreciadas com cautela, instruídas de forma adequada e julgadas com observância às garantias constitucionais do processo, a fim de que o período excepcional vivenciado em escala mundial não fique eternizado na injustiça das decisões.” (CONFORTI, 2020, p. 625-626.)

poderiam se dirigir para participação do ato, bem como quando os sujeitos processuais não possuam acesso à um aparelho eletrônico ou a uma conexão estável que possibilite sua participação. A utilização dessas instalações no período pandêmico possibilita uma redução da aglomeração, visto que o deslocamento somente será necessário àqueles que apresentarem necessidade para tanto, enquanto os demais podem permanecer em sua casa ou escritório (MATEUS, 2020). Para Job (2020), a instalação dessa estrutura, “além de auxiliar no acesso à Justiça, evita interferências externas no decorrer dos depoimentos, permite comunicação de qualidade, garante maior efetividade e segurança na oitiva de partes e testemunhas”.

Quanto às dificuldades técnicas, ainda se enquadra a instabilidade do tráfego de dados que impeça ou atrapalhe o bom andamento do feito. Neste ponto, a responsabilidade pela estabilidade de conexão não deve ser imputada aos advogados, uma vez que estes problemas não são de controle dos patronos, não sendo possível que garantam que a conexão não venha a sofrer interferências<sup>12</sup>. Deste modo, a resolução da controvérsia técnica deve ser conduzida pelo magistrado conforme o caso, e, sendo necessário, deve proceder-se à remarcação da audiência, sem imposição de penalidade às partes ou seus advogados<sup>13</sup>.

Outras dúvidas relacionam-se ao receio de contaminação de provas. As críticas se direcionam ao fato de como poderia ser garantido que as partes não estejam presentes no mesmo ambiente e ouçam o depoimento uma da outra, dificultando a obtenção de confissão, bem como impedir a comunicação entre si das testemunhas e interferências no depoimento através de roteiros previamente preparados ou mesmo mensagens no momento de tomada do depoimento.

Para Fontes (2021) estes questionamentos remontam a ideia de que haveria uma presunção de contaminação da prova sempre que da utilização de videoconferência para a realização da audiência, e que por essa razão, haveria violação de garantias processuais. Não obstante, a higidez da prova também pode ser comprometida na esfera presencial, não estando adstrito à audiência por videoconferência. Desta forma, não se deve partir de uma presunção de macula da prova pelo meio remoto, visto que “as normas que pretendem garantir a autenticidade do depoimento sempre foram interpretadas como parâmetro de boa-fé processual, e não regra de incidência absoluta” (PEREIRA; SCHINEMANN, 2020), deste modo, não é suficiente a mera alegação de quebra de imparcialidade dos depoimentos, o que deve ser provado concretamente. Nessa toada,

[...] a doutrina reconhece que o principal a se impedir não é propriamente a comunicação, mas apenas evitar que testemunhas e partes *acompanhem* os depoimentos precedentes. E isso é possível evitar no ambiente virtual. Difícil seria apenas impedir a comunicação por *smartphones*, mas em audiências físicas a dificuldade é similar. Os *smartphones* nunca são *recolhidos*. Disfar-

12 Esse não foi o entendimento inicial adotado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, que através do Ato n. 7/GP, de 13 de abril de 2020, estabeleceu que “Art. 17. A responsabilidade por conexão estável à Internet, instalação e utilização do equipamento e do aplicativo de acesso à Plataforma Emergencial de Videoconferência para realização de audiências e sessões de julgamento é exclusiva do advogado.” (BRASIL, 2020h). Todavia, foi revogado pelo Ato n. 8/GP, de 27 de abril de 2020, que alterou o entendimento ao disciplinar que “Art. 20. § 1º. Impossibilidades técnicas ou de ordem prática para a realização da sessão telepresencial poderão ensejar sua suspensão e designação para nova data, quer por parte dos membros da Turma ou do Ministério Público do Trabalho, quer por advogados mediante pedido e por decisão fundamentada.” (BRASIL, 2020i)

13 Nesse sentido é a disposição prevista no Ato Presi Secor n. 11/2020 do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, veja: “Art. 8º Ocorrendo dificuldades de ordem técnica que impeçam a interlocução entre os Magistrado e advogados, sem que seja possível a rápida solução do problema: I) o advogado deverá registrar o ocorrido no link “relatar problema”, disponível no Portal de audiências virtuais e II) o Juiz deverá deliberar sobre o adiamento da audiência.” (BRASIL, 2020g)

çadamente, em tese, pode haver comunicação com quem aguarda na parte externa da sala de audiência. E o CPC já prevê as videoconferências – que também prejudicam o controle (PEREIRA; SCHINEMANN, 2020).

Portanto, as dificuldades que se apresentam no espaço virtual também se apresentam no espaço físico, o que prevalecerá será a condução e a fiscalidade realizada pelo magistrado. Essas condutas atentatórias à dignidade da justiça sempre existiram mesmo no ambiente físico, assim sendo, a verificação deve ser feita caso a caso, considerando-se a boa-fé das partes, testemunhas e advogados, até que produzida prova em contrário.

Ademais, o controle realizado pelo magistrado permanece no ambiente virtual, o qual tem acesso instantâneo às imagens e sons transmitidos, deste modo, poderá estar atento às expressões faciais, à entonação, se o depoente desvia o olhar durante a oitiva, se permanece com o olhar fixo em algum ponto, indicando leitura ou interferência do advogado, tal qual ou de forma bem similar ao que ocorre no espaço físico<sup>1415</sup>.

Soares e Alves ainda tratam sobre a dificuldade de identificação correta da testemunha no ambiente virtual, para os quais, outra pessoa poderia se apresentar na tomada do depoimento e prestar informações inverídicas. As dificuldades perpassariam pela falta ou confusão branda do documento de identificação, ou mesmo pela verificação visual realizada por meio de uma tela. Concluem que “seria caso claro de litigância de má-fé, no qual se tem a alteração da verdade dos fatos e para o qual deve buscar aplicação do art. 81 do CPC, com multa para o litigante que assim age” (SOARES; ALVES, 2020, p. 321). Como forma de evitar tal problema, pode haver a determinação pelo magistrado de que a testemunha apresente seu documento de identificação através da câmera para correta verificação, bem como a juntada posterior aos autos de cópia do documento (SILVA, 2021, p. 573).

## 4.2 A ESSENCIALIDADE DA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO POR VIDEOCONFERÊNCIA NO CONTEXTO PANDÊMICO

Por outra perspectiva, a utilização de recursos tecnológicos para a realização de audiências privilegia a economia. Evita-se gastos das partes, testemunhas e advogados que residem

14 Nesse sentido: “A oitiva por meios eletrônicos pode, em um primeiro momento, causar certa desconfiança, levando-se em conta que a testemunha não estará diante, fisicamente, do magistrado da causa. Poder-se-ia questionar a autenticidade e validade de um testemunho proferido nestes moldes, em razão da impossibilidade do julgador captar com clareza todas as falas, gestos e movimentos da testemunha e, assim, prejudicada estaria a colheita da prova, por ofensa ao princípio da imediatidade. Porém, é sabido que os equipamentos utilizados para tais fins, especialmente os dispensados para a transmissão e recepção de imagens e sons, são capazes de reproduzir uma situação que se aproxima e muito do ato realizado presencialmente”. (LIGERO; LIGERO, 2015, p. 592.)

15 Sobre o assunto, com base em suas experiências vivenciadas como magistrado, José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva enumera algumas diretrizes como forma de evitar a contaminação da prova, quais sejam: “1) no horário designado para a audiência, cada testemunha deverá acessar o link da **sala de espera** (fornecido às partes), e nela deverá permanecer até que o seu acesso à sala principal, para sua oitiva, seja autorizado (haverá um servidor especialmente designado para acompanhamento ininterrupto de todo o procedimento); 2) quando solicitado, a testemunha deverá mudar de sala, acessando o seguinte endereço – link fornecido às partes (**sala principal**); 3) resta terminantemente proibida a desabilitação da câmera por parte das testemunhas, **durante todo o transcurso da audiência**; 4) a testemunha deverá portar documento de identificação, devendo apresentá-lo (aproximando-o da câmera do dispositivo utilizado), sempre que solicitado; 5) o Juízo poderá, a qualquer momento, solicitar que a testemunha rotacione a sua câmera (ou qualquer outro dispositivo utilizado), no ambiente em que se encontrar; 6) todos os participantes da audiência estão cientes da publicidade do ato judicial a ser realizado, da sua gravação e armazenamento digital, inclusive da imagem dos participantes, e deverão prestar anuência a tais condições, para todos os efeitos legais, na forma dos itens 3 e 4 do Comunicado GP-CR nº 02/2020; 7) estão cientes, também, da destinação judicial da gravação e da impossibilidade de divulgação das imagens para finalidades diversas das relativas ao próprio ato processual.” (SILVA, 2021, p. 570)

em localidade diversa com deslocamento, bem como os custos com toda a infraestrutura física necessária para a realização de uma audiência presencial, reduzindo-se gastos públicos. A redução de despesas é possível “ainda que o fórum tenha que se manter aberto para atender aqueles que não têm acesso à internet, quanto menor a quantidade de pessoas circulando, menores são gastos com segurança, limpeza, energia elétrica etc.” (MATEUS, 2020).

A tempestividade processual também é privilegiada, visto que se permite a prática do ato em um uma realidade que se faz necessário o distanciamento social, não sendo postergada apenas para o período pós-pandêmico. Por consequência, “[n]ão realizar audiências de instrução paralisará milhões de processo desnecessariamente até fim do isolamento social, sem que ninguém possa apostar no prazo” (PEREIRA; SCHINEMANN, 2020). A pandemia já se estende há mais de um ano e não há previsão certa para o seu encerramento, nem para quando será possível o retorno dentro da normalidade das atividades presenciais, em verdade, aponta-se uma prorrogação das medidas de prevenção ao contágio e transmissão. Portanto, a paralização na integralidade das audiências não coaduna com a duração razoável dos processos (art. 5º, inciso LXXVIII, CRFB) (BRASIL, 1988), o que acarretaria em uma dilação temporal desconhecida e desarrazoada. A entrega tardia da prestação jurisdicional pode acarretar lesões inúmeras ao trabalhador, em especial pelo caráter alimentar do crédito trabalhista.

A ininterrupção da atividade jurisdicional (art. 93, inciso XII, CRFB) (BRASIL, 1988) também é assegurada em um período que se faz necessário a redução do trânsito de pessoas, ao tornar possível a sua continuidade por meio da realização do ato virtualmente. Ademais, é garantido o acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, CRFB) (BRASIL, 1988) em sua quarta onda, de acordo com Lorena de Mello Rezende Colnago. Para a autora, a revolução tecnológica, ao chegar ao direito processual, deu início à quarta onda de acesso à justiça, rememorando a clássica evolução concebida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (GOLNAGO, 2020, p. 110-111), incluindo-se aqui, as audiências por videoconferência (COLNAGO, 2020, p. 113-114).

Antonio Umberto de Souza Júnior ainda considera “benefícios colaterais” que podem advir das audiências por videoconferência, quais sejam:

- (i) a dificuldade do contato prévio ou instantâneo da testemunha remota para persuasão, intimidação ou suborno (inclusive mediante a possibilidade de solicitação exclusiva de email ou de outros dados sob sigilo para preservação da privacidade e, como efeito colateral, da segurança da idoneidade da prova);
- (ii) a tendencial maior concentração do juiz naquilo que os depoentes digam, oral e corporalmente;
- (iii) a alta sensibilidade dos dispositivos tecnológicos de captação ambiental de áudio e vídeo, aptos a flagrarem eventuais tentativas de fraudar os depoimentos de algum modo;
- (iv) a facilitação da arguição e instrução das contraditas pela perspectiva de ciência prévia das testemunhas a serem ouvidas, afastando a surpresa processual normalmente induzida pela regra do art. 825 da CLT, e
- (v) por fim, a possibilidade de reexame infinito da prova oral, pelo próprio juiz ouvinte, para averiguação de eventuais irregularidades e solução de dúvidas resultantes acerca da pureza e idoneidade dos depoimentos colhidos (SOUZA JÚNIOR, 2020).

Para mais, José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva entende que não é admitido negócio jurídico processual bilateral no processo trabalhista, dado ser incompatível com essa seara, não sendo possível a realização de audiência de instrução trabalhista por acordo bilateral. Sem embargo, defende a celebração de um negócio jurídico processual tripartite para a realização de audiência de instrução trabalhista no período pandêmico, o que deve ocorrer de forma consensual e com a plena participação do juiz, “com propostas e adequação das sugestões das partes” (SILVA, 2021, p. 587-588). Desta forma, “valoriza-se a participação do advogado, incentiva-se a confiança entre as partes (e advogados), e evita-se declaração posterior de nulidade” (SILVA, 2021, p. 590-591).

No momento pós-pandemia, a utilização de videoconferência ainda pode se mostrar pertinente, ao possibilitar, à guisa de exemplo, no caso em que o trabalhador reside em local diverso do competente para o ajuizamento da demanda participe do ato sem a necessidade de deslocamento. Do mesmo modo, não haverá necessidade de carta precatória para oitiva de testemunha, o que poderá ser feito através de recurso eletrônico, desta maneira, se atende aos princípios da economia, evitando-se deslocamentos desnecessários, e da tempestividade processual, posto que não terá de se esperar o cumprimento da carta precatória. Também se privilegia o princípio da imediatidade, tendo em vista o fato de que o juiz da causa, que possui um contato direto/imediato com a própria coisa litigiosa e conhece os fatos, poderá ouvir diretamente a testemunha, o que possibilita o contato sem intermediações e a resposta imediata. Além disto, o magistrado poderá estar atento às reações dos depoentes, ao modo com que respondem aos questionamentos e a eventuais distorções da verdade, o que lhe coloca em melhor condição para formar seu convencimento<sup>16</sup>.

O período pandêmico exigiu uma readaptação do Poder Judiciário para que fosse possível a continuidade da prestação jurisdicional, o que levou à adoção das audiências por videoconferência, em atenção à vedação de interrupção da atividade jurisdicional, o acesso à justiça e à tempestividade processual. Apesar de sua essencialidade, questionou-se os limites legais e técnicos para a sua realização. Apesar de um desafio, que ainda demanda maiores debates e aprofundamentos, uma vez que com as experiências e a regulamentação será possível a definição de padrões que possibilitem a melhor condução do ato e o aperfeiçoamento do sistema, fato é que a pandemia já se estende há mais de um ano, e ainda não há previsão para o seu término. Deste modo, a postergação das audiências apenas para o período pós-pandêmico pode acarretar inúmeros prejuízos, em especial pelo caráter alimentar da verba trabalhista. Diante deste contexto, o debate é essencial para o aperfeiçoamento do sistema, estando atento às dificuldades e peculiaridades que podem ser enfrentadas pelas partes e advogados.

16 Nessa vertente: “A manutenção de audiências telepresenciais como prática comum, portanto, dependerá de nossas instituições aderirem à ideia de que se trata de uma ferramenta acessível e econômica, cujas vantagens superam (em muito) as dificuldades para sua implantação. É uma escolha que teremos que fazer, como foi com o teletrabalho e com o processo judicial eletrônico, cujos ganhos sociais hoje são incontestáveis.” (MOTAJUNAS, 2020.)

## 5. CONCLUSÃO

As transformações ocasionadas pela Terceira e Quarta Revolução Industrial também se espalharam no âmbito do Poder Judiciário, que cada dia mais vem trocando o analógico pelo digital. A implementação do processo judicial eletrônico em todas as esferas do Poder Judiciário brasileiro, através da Lei 11.419/06, possibilitou a prática de atos processuais por meio eletrônico, sem a necessidade de deslocamento.

Na busca pela inovação e disponibilização de serviços mais céleres e eficientes, foi criado o Programa Justiça 4.0, de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o qual possui como uma de suas ações a implementação do Juízo 100% Digital.

No contexto pandêmico a incorporação de tecnologias pelos tribunais foi impulsionada, devido aos riscos à saúde, vida e segurança gerados pelo vírus e as medidas de distanciamento social tomadas como prevenção ao contágio e transmissão. As atividades jurisdicionais, no entanto, não poderiam ser totalmente paralisadas, o que demandou a readaptação do Poder Judiciário, com a adoção de medidas alternativas à prática de atos presenciais.

A transformação digital possibilitou a continuidade da prestação jurisdicional, possibilitando, dentre outros, a realização de audiências por meio de videoconferência. Não obstante, o seu emprego gerou resistência e dúvidas no meio jurídico, questionando-se, em especial, a falta de acesso à aparelhos eletrônicos e à conexão à internet de qualidade vivenciada por grande parte da população brasileira, a instabilidade do tráfego de dados, a incomunicabilidade das testemunhas, a vedação de quem ainda não depôs escutar o depoimento da outra parte, a dificuldade da correta identificação das testemunhas e a proibição de interferências no depoimento através de roteiros previamente preparados.

Apesar disso, a prorrogação das audiências apenas para o período pós-pandêmico pode acarretar inúmeros prejuízos com o consequente perecimento de direitos pela entrega tardia do bem da vida, em especial pelo o caráter alimentar dos créditos trabalhistas, necessário ao sustento e subsistência própria do trabalhador e de sua família. Ademais, a condução do processo deve ser realizada tomando em conta os obstáculos de acessibilidade e as dificuldades técnicas que podem ocorrer, sem a imposição de penalidades. Além disso, parte-se da boa-fé na prática dos atos processuais, visto que máculas na produção de provas podem acontecer tanto no ambiente físico quanto virtual, não sendo suficiente a mera alegação de quebra da higidez das provas.

Diante disso, o debate ainda se faz necessário, todavia, a realização de audiências de instrução por meio de videoconferência é fundamental e essencial no momento enfrentado.

## REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- ANTUNES, Ricardo. Trabalho digital, "indústria 4.0" e uberização do trabalho. In: CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da (Org.). *Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade*. Brasília: ESMPU, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Portaria n. 61, de 31 de março de 2020a. *Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça*, Brasília, DF, n. 91, p. 2, 1 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 313, de 19 de abril de 2020b*. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3249>. Acesso em: 2 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 314, de 20 de abril de 2020c*. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3283>. Acesso em: 2 abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 341, de 07 de outubro de 2020d*. Determina aos tribunais brasileiros a disponibilização de salas para depoimentos em audiências por sistema de videoconferência, a fim de evitar o contágio pela Covid-19. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3508>. Acesso em: 6 mai. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho. Ato n. 11/GCGJT, de 23 de abril de 2020. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*: caderno judiciário do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, DF, n. 2960, p. 1-3, 27 abr. 2020e.

BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL, *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. (Vide Decreto-Lei nº 127, de 1967).

Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. *Ato Presi Secor n. 11/2020, de 14 de abril de 2020f*. Disponível em: <https://www.trt17.jus.br/principal/publicacoes/leitor/655157938?Formato=pdf>. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. *Ato TRT 17ª Presi n. 65/2020, de 23 de setembro de 2020g*. Disponível em: <https://www.trt17.jus.br/principal/publicacoes/leitor/500722729?Formato=pdf>. Acesso em: 5 maio 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Ato n. 7/GP, de 13 de abril de 2020h*. Disponível em: [https://basis.trt2.jus.br/bitstream/handle/123456789/6461/GP\\_07\\_20.html?sequence=3&isAllowed=y](https://basis.trt2.jus.br/bitstream/handle/123456789/6461/GP_07_20.html?sequence=3&isAllowed=y). Acesso em: 6 maio 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Ato n. 8/GP, de 27 de abril de 2020i*. Disponível em: [https://basis.trt2.jus.br/bitstream/handle/123456789/6462/GP\\_08\\_20.html?sequence=19&isAllowed=y](https://basis.trt2.jus.br/bitstream/handle/123456789/6462/GP_08_20.html?sequence=19&isAllowed=y). Acesso em: 6 maio 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho. Ato Conjunto n. 1/CSJT.GP.VP.CGJT, de 19 de março de 2020. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*: caderno administrativo [do] Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 2938, p. 1-2, 20 mar. 2020j.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho. Ato Conjunto n. 2/CSJT.GP.VP.CGJT, de 20 de março de 2020k. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*: caderno administrativo [do] Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 2939, p. 1-2, 23 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho. Ato Conjunto n. 6/CSJT.GP.GVP.CGJT, de 5 de maio de 2020. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*: caderno administrativo [do] Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Brasília, DF, n. 2965, p. 1-3, 5 maio 2020l.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. A quarta onda de acesso à justiça: intermídiaalidade no PJE. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 9, n. 91, p. 110-116, ago. 2020. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/180150?locale-attribute=pt\\_BR](https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/180150?locale-attribute=pt_BR). Acesso em: 23 jul. 2021.

CONFORTI, Luciana Paula. Violação das garantias constitucionais do processo diante da imposição de audiências trabalhistas por videoconferência. In: NEMER NETO, Alberto; ROCHA, Cláudio Jannotti da; RIZK FILHO, José Carlos;

PIMENTA, José Roberto Freire; PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto (Org.). *Coleção Direito Material e Processual Constitucionalizados*. Porto Alegre: LexMagister/OAB Nacional, 2020. v. II.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Cartilha Juízo 100% Digital*. 2020 Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/WEB\\_cartilha\\_Juizo\\_100porcento\\_digital\\_v3.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/WEB_cartilha_Juizo_100porcento_digital_v3.pdf). Acesso em: 27 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. TJRJ adere ao Programa Justiça 4.0 em transição ao futuro do Judiciário. In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Agência CNJ de Notícias*, 1 mar. 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tjrj-adere-ao-programa-justica-4-0-em-transicao-ao-futuro-do-judiciario/>. Acesso em: 27 abr. 2021.

FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho. Audiências telepresenciais e garantias processuais fundamentais. 1º Simpósio Internacional EJUD8, Mundo do Trabalho no Século XXI: desafios e perspectivas. 5º Painel, Audiências trabalhistas e o novo paradigma da telepresencialidade. [S.l.: s.n.], 7 mai. 2021. 1 vídeo (180 min.). Publicado pelo canal Justiça do Trabalho – TRT 8. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qRU-ns7uR9Y>. Acesso em: 11 maio 2021.

HARARI, Noah Yuval. The meaning of life in a world without work. *The Guardian*, 8 mai. 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2017/may/08/virtual-reality-religion-robots-sapiens-book>. Acesso em: 21 jul. 2021.

JOB, Paula Becker Montibeller. A 4ª onda de acesso à Justiça: do processo judicial eletrônico à videoconferência. *Conjur*, 27 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-27/paula-montibeller-onda-acesso-justica>. Acesso em: 21 jul. 2021.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de Metodologia Científica*. 7. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2010.

LIGERO, Adriana Aparecida Giosa; LIGERO, Gilberto Notário. A prova testemunhal no novo código de processo civil: primeiras reflexões. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Grandes temas do novo CPC: direito probatório*. Salvador: Juspodium, 2015. v. 5.

MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. *Audiência telepresencial e acesso à Justiça do Trabalho: uma discussão à luz da inclusão digital*. 2020. Mimeografado.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. Poder Judiciário e tecnologia: das origens do PJe à Justiça 4.0. In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Agência CNJ de Notícias*, 8 out. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/poder-judiciario-e-tecnologia-das-origens-do-pje-a-justica-4-0/>. Acesso em: 27 abr. 2021

MATEUS, Natan. Prós e contras das audiências por videoconferência na Justiça do Trabalho. *Conjur*, 12 ago. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-12/natan-mateus-audiencias-videoconferencia-justica-trabalho>. Acesso em: 21 jul. 2021.

MOTEJUNAS, Bruno de Carvalho. Audiências telepresenciais na Justiça do Trabalho: reflexões sobre o pós-Covid. *Conjur*, 28 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-28/motejunas-audiencias-telepresenciais-justica-trabalho>. Acesso em: 5 mai. 2020.

PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; SCHINEMANN, Caio César Bueno. Audiência de instrução virtual em tempos de epidemia. *Conjur*, 12 mai. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-12/direito-civil-atual-audiencia-instrucao-virtual-tempos-epidemia>. Acesso em: 6 abr. 2021.

PETACCI, Diego. Não existe Justiça 4.0 no Brasil 1.0. *Conjur*, 28 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-28/diego-petacci-nao-existe-justica-40-brasil-10>. Acesso em: 20 jul. 2021.

ROCHA, Cláudio Jannotti da; PORTO, Lorena Vasconcelos; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. As Revoluções Industriais e o Meio Ambiente do Trabalho: reflexões, análises, comparações e fundamentos do Direito do Trabalho. In: ROCHA, Cláudio Jannotti da; PORTO, Lorena Vasconcelos (Org.). *O Mundo do Trabalho e a 4ª Revolução Industrial*. 1ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. v. 1.

ROCHA, Cláudio Jannotti da; PORTO, Lorena Vasconcelos; FONSECA, Anna Karoliny Alexandre. Sociedade, Cultura e Trabalho Digno. *Laborare*, v. 3, n. 4, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://revistalaborare.org/index.php/laborare/article/view/47>. Acesso em: 20 jul. 2021.

SANTOS, Vanessa Sardinha dos. Segunda onda de covid-19 no Brasil. *Brasil Escola*, UOL. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/doencas/segunda-onda-de-covid-19-no-brasil.htm>. Acesso em: 14 abr. 2021.

SCHIAVI, Mauro. *A Reforma Trabalhista e o Processo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Impactos atuais e futuros da pandemia do novo coronavírus no Poder Judiciário brasileiro: o “novo normal” da justiça. *Advocacia hj*, n. 4, jul. 2020. Disponível em: <http://s.oab.org.br/revista-adv-hj-4a-edicao.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2021.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Manual das Audiências Trabalhistas: Presencial, por Videoconferência e Telepresencial*. Salvador: JusPodivm, 2021.

SOARES, Carlos Henrique; ALVES, Lucélia de Sena. Audiência telepresencial e devido processo constitucional. *Virtualia Jus*, Belo Horizonte, v. 5, n. 8, 2020.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. O Big Brother chegou ao Judiciário? Audiências telepresenciais em tempos de pandemia. In: MOLINA, André Araújo; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; MARANHÃO, Ney. (Coord.). *Anais do 1º Ciclo de Palestras do Grupo Eletrônico “Ágora Trabalhista”*: Direito e Processo do Trabalho no ano de 2020. ESA OAB/SP Publicações, 2020. *E-book*.

#### **Dados do processo editorial**

- Recebido em: 20/05/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 29/05/2021
- Avaliação 1: 07/06/2021
- Avaliação 2: 14/07/2021
- Decisão editorial preliminar: 14/07/2021
- Retorno rodada de correções: 23/07/2021
- Decisão editorial/aprovado: 28/07/2021

#### **Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

# O DIREITO PENAL E A PANDEMIA DO COVID-19: (RE)VALORANDO DETERMINADOS BENS JURÍDICOS PENAIS

CRIMINAL LAW AND THE PANDEMIC OF COVID-19:  
(RE) VALUING DETERMINED PENAL LEGAL GOODS

ROCCO ANTONIO RANGEL ROSSO NELSON<sup>1</sup>

## RESUMO

A pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, empregando os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, em face de técnica de pesquisa bibliográfica, onde se visita a legislação, a doutrina e a jurisprudência, tem por fim analisar os diversos tipos penais possíveis de enquadramento no contexto da pandemia do COVID-19.

**Palavras-chave:** direito penal; tipos penais; pandemia; COVID-19.

## ABSTRACT

*The on-screen research, using a qualitative analysis methodology, using the hypothetical-deductive approach methods of a descriptive and analytical character, in the face of bibliographic research technique, where legislation, doctrine and jurisprudence is visited, aims to in order to analyze the various possible criminal types of framing in the context of the COVID-19 pandemic..*

**Keywords:** criminal law; criminal types; pandemic; COVID-19.

## 1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Organização Mundial de Saúde – OMS decretou status de pandemia mundial no dia 11 de março de 2020, em face da síndrome respiratória aguda grave 2 (Sars-Cov-2), nova espécie de coronavírus, o qual teve o seu primeiro diagnósticos na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China, em dezembro de 2019.

1 Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Ex-professor do curso de direito e de outros cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário FACEX. Líder do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa "Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais" do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Articulista e poeta. Autor do livro Curso de Direito Penal - Teoria Geral do Crime – Vol. I (1º ed., Curitiba: Juruá, art. 2016); Curso de Direito Penal - Teoria Geral da Pena – Vol. II (1º ed., Curitiba: Juruá, 2017). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1158874159117246>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4169-1827>. E-mail: [rocconelson@hotmail.com](mailto:rocconelson@hotmail.com).

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso. O direito penal e a pandemia do COVID-19: (re)valorando determinados bens jurídicos penais. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 4, p. 208-233, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i4.8238>.

Em questão de pouco mais de dois meses um ser vivo microscópio conseguiu um fato único: parou o globo. O impensado, o surreal tornou-se factível. Tem-se a impressão de se está em um mundo bizarro.

O sistema de saúde é tomado de assalto pela incapacidade de receber uma massa de doentes que necessitavam de tratamento e em especial das unidades de terapia intensiva (UTIs), acarretando o colapso do mesmo. Esbarra-se em dilemas morais em que o profissional de saúde tem que escolher quem vive e quem morre, como sucedeu-se na Itália e Espanha.

Tem-se milhões de infectados e milhares de mortos.

**Tabela 01 - Dados do coronavírus, pela OMS, em 15 de julho de 2020<sup>2</sup>**

Casos confirmados	Mortes confirmadas	Países, áreas e território com casos
13.119.239 pessoas	573.752 pessoas	216

Fonte: tabela elaborada pelo autor

No intuito de tentar preservar o sistema de saúde para que o mesmo continue funcionando adota-se, de forma geral, a medida forte, mas necessária, do isolamento social<sup>3</sup> e a quarentena.<sup>4</sup> O sistema econômico, muitos deles desenhado em face de um perfil neoliberal, é solavancado, abruptamente, pela necessidade da letargia.

Os Estados nacionais, alguns pertencentes a blocos comunitários, tiveram que fechar suas fronteiras; 90% das operações da aviação, alguns países, estão suspensas; estabelecimentos comerciais fechados, salvos os tidos essenciais, como farmácias e supermercados; aulas canceladas e com sério risco de perda do ano letivo; tem-se a suspensão dos campeonatos e copas de futebol, dos jogos da NBA, o adiamento de uma Olimpíada.

A economia desacelerou brutalmente (pior crise pós 1929) e com ela vem as consequências nefastas do desemprego. Queda vertiginosa das operações das bolsas de valores, bem como dos valores das ações transacionadas, além do câmbio disparando, vindo, assim, a necessidade de intervenção dos bancos centrais. Empresas e, principalmente, as microempresas e pequenas empresas liquidando suas operações, entrando em recuperação judicial ou mesmo com pedido de falência.

Em meio a todo um cenário caótico apresentado ainda se tem que lidar com teoria da conspiração com “roteiro de péssima qualidade” (o vírus foi criado em um laboratório na China

2 Disponível: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>. Acessado em: 15 jul. 2020.

3 Lei nº 13.979/20. Art. 2º. (...). 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

4 Art. 2º. (...). 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.

e (...),<sup>5</sup> vertentes negacionistas de que é apenas uma “gripezinha” e “histeria”<sup>6</sup> ou que saunas e vodca seriam instrumentos hábeis a combater a COVID-19.<sup>7</sup>

Retornando a questão da saúde, no que tange ao Brasil, desenha-se o seguinte cenário, conforme dados do Ministério da Saúde, em 19 de abril de 2020:

**Tabela 02 – Dados do coronavírus, no Brasil, em 15 de julho de 2020<sup>8</sup>**

Unidade da Federação	Confirmados	Óbitos	%
Rio de Janeiro	132822	11624	8,752
Pernambuco	73576	5715	7,767
Ceará	139437	6977	5,004
São Paulo	386607	18324	4,74
Pará	128570	5318	4,136
Mato Grosso	29279	1105	3,774
Amazonas	85641	3063	3,577
Rio Grande do Norte	40341	1432	3,55
Espírito Santo	65213	2082	3,193
Piauí	34156	992	2,904
Alagoas	47005	1314	2,795
Acre	16479	436	2,646
Sergipe	39167	1033	2,637
Rio Grande do Sul	40993	1060	2,586
Paraná	45363	1146	2,526
Maranhão	101467	2536	2,499
Rondônia	27528	663	2,408
Bahia	110029	2584	2,348
Goiás	37832	880	2,326
Paraíba	62462	1342	2,149
Minas Gerais	78643	1688	2,146
Roraima	22968	398	1,733
Tocantins	15723	267	1,698
Amapá	31885	483	1,515
Distrito Federal	73654	960	1,303
Mato Grosso do Sul	13934	177	1,27
Santa Catarina	46050	534	1,16
<b>Brasil</b>	<b>1926824</b>	<b>74133</b>	<b>3,847</b>

Fonte: tabela elaborado pelo autor

5 UOL. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2020/04/19/laboratorio-wuhan-coronavirus-china.htm>. Acessado em: 10 jul. 2020.

6 UOL. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/governo/gripezinha-e-histeria-cinco-vezes-em-que-bolsonaro-minimizou-o-coronavirus/>. Acessado em: 02 jun. 2020.

7 NEW YORK POST. Disponível em: <https://nypost.com/2020/03/30/belarus-president-believes-vodka-and-saunas-will-cure-coronavirus/>. Acessado em: 15 jul. 2020.

8 MINISTÉRIO DA SAÚDE. Disponível: <https://covid.saude.gov.br/>. Acessado em: 15 jul. 2020.

Apesar do referido quadro apresentar preocupante, ele não retrata a real dimensão da problemática, posto a incapacidade da realização dos testes, o que acarreta a subnotificação, de sorte que o quantitativo de pessoas infectadas e de mortes, provavelmente, deve ser muito maior.

Em face desse contexto fático imerso em conjunto valorativo vem por meio de um processo dialético refletir o direito penal nesse estado emergencial acarretado pela pandemia, analisando a dinâmica da norma penal em frente desses novos fatos nunca vivido na contemporaneidade.

Em face do exposto, a pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, empregando os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, em face de técnica de pesquisa bibliográfica, onde se visita a legislação, a doutrina e a jurisprudência, tem por fim analisar os diversos tipos penais possíveis de enquadramento no contexto da pandemia do COVID-19.

## 2. DO RESSURGIMENTO DOS TIPOS PENAIS DE NATUREZA SANITÁRIA ESQUECIDOS

Quando do estudo dos crimes em espécies nas cátedras de direito penal há alguns bens jurídicos que tem a preferência do docente e alunos como os crimes contra a vida, contra o patrimônio, contra a honra e liberdade sexual.

Entretanto, na correria do semestre e em face de um quantitativo surreal de tipos penais a se estudar, os delitos contra a saúde pública não raras vezes acabam no esquecimento.

Com o reconhecimento do estado de calamidade pública sanitária delitos esquecidos ganham à tona, vindo os fatos testarem sua normatividade e eficácia, além de ganharem uma nova dimensão valorativa.

Destaca-se, aqui, os delitos de epidemia, infração de medida sanitária preventiva e omissão de notificação de doença todos prescritos no Código Penal. *In verbis*:

### Epidemia

Art. 267 - Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos:  
Pena - reclusão, de dez a quinze anos. (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990)

§ 1º - Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro.

§ 2º - No caso de culpa, a pena é de detenção, de um a dois anos, ou, se resulta morte, de dois a quatro anos.

### Infração de medida sanitária preventiva

Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

Omissão de notificação de doença

Art. 269 - Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa. (BRASIL, 1940).

Destaca-se, prefacialmente, que esses delitos são crimes de perigo que versa sobre condutas delitivas cuja consumação ocorre com a mera exposição do bem jurídico penal a um perigo, ou seja, confere-se a consumação delitiva em face de uma situação onde se constate a probabilidade de dano.

Lembrar que o delito de perigo pode ser subdividido em crime de perigo abstrato presumido ou de simples desobediência) e em crime de perigo concreto.

No delito de perigo abstrato há uma presunção absoluta da exposição de perigo ao bem jurídico penal tutelado sendo desnecessário a comprovação efetiva da exposição para dar-se a consumação. Ou seja, dar-se a consumação com a mera prática da conduta. Já no crime de perigo concreto tem-se a necessidade de comprovação da efetiva situação de perigo no qual o bem jurídico ficou exposto.

## 2.1 CRIME DE EPIDEMIA

### 2.1.1 DO NÚCLEO DO TIPO

O delito de pandemia dar-se pela propagação (disseminação, alastramento, proliferação, dispersão) de germes patogênicos (vírus, bactérias, fungos, protozoários), seja de forma direta, lançando o germe no meio ambiente (v.g., no ar, água), seja de forma indireta, comparecendo em ambientes públicos.

Epidemia distingue-se da endemia e da pandemia. A epidemia seria a contaminação simultânea de uma grande quantidade de pessoas. Já endemia consiste em doenças infecciosas que se manifestam em decorrência da região como a dengue, febre amarela e a malária, podendo atingir um quantitativo maior ou menor de pessoas. Por fim, a pandemia versa sobre uma epidemia transnacional que se propaga de forma acelerada e desproporcional, não conhecendo limites geográficos.

O delito em questão só versa sobre a propagação de doença em seres humanos. Caso de enfermidade que sobre caía em plantas e animais há tipo próprio na lei de crimes ambientais (Lei nº 9.605/98).

### 2.1.2 DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

O presente tipo penal é perpetrado na modalidade dolosa da conduta, seja o dolo direto ou eventual,<sup>9</sup> cujo fim é macular a sociedade em sua inteireza. Atentar que se o fito for atingir alguém de forma individual pode ter configurado outros tipos de delitos.

Está previsto a modalidade culposa, a qual se dá por negligência, imperícia ou imprudência.

9 "No caso do dolo eventual há representação de uma pluralidade de resultados, todavia, o sujeito dirige sua vontade em relação a um desses resultados (este não precisa ser ilícito), vindo assumir e aceitar o risco em relação ao outro. (...)". (NELSON, 2016, p. 284).

### 2.1.3 DO SUJEITO ATIVO E DO SUJEITO PASSIVO

O sujeito ativo do delito seria qualquer pessoa, enquanto o sujeito passivo do delito seria a coletividade e de forma imediata as pessoas efetivamente contaminadas.

### 2.1.4 DA CONSUMAÇÃO E DA TENTATIVA

A consumação dar-se-ia quando se sucede a epidemia, ou seja, a contaminação de diversas pessoas, o qual pode ocorrer, pragmaticamente, quando se realiza aglomerações.

É fundamental ficar demonstrado a potencialidade epidêmica do germe contaminante e do meio para sua dispersão para podermos falar do delito de epidemia.

É público e notório que o COVID-19, o qual constitui em uma síndrome respiratória aguda – SARS, tem potencialidade epidêmica, vindo a assolar o mundo em uma dimensão de pandemia.

Por tratar-se de um crime cuja conduta divide-se em diversos atos, a tentativa é possível. Pode-se falar em tentativa quando apenas algumas pessoas se contaminam em razão da intervenção das entidades sanitárias em impedir sua propagação.

### 2.1.5 DA CLASSIFICAÇÃO

Trata-se de um delito de perigo concreto; doloso (vontade consciente de realizar o delito); culposo (encontra-se previsto a modalidade culposa), comissivo (praticados por meio de uma ação) ou omissivo impróprio (é a ação praticada por meio da omissão por aqueles que têm o dever de garante); de forma livre (pode ser perpetrado qualquer forma de execução) (MASON, 2013, p. 305);<sup>10</sup> instantâneo (os efeitos do crime não se prolongam no tempo); material (só há consumação do delito com alteração da realidade fática); plurissubsistente (conduta dividida em vários atos); comum (pode ser perpetrada por qualquer pessoa); e unissubjetivo (pode ser cometido por uma ou mais indivíduos).

### 2.1.6 DAS PENAS

No preceito secundário do tipo penal do art. 267 o legislador fixou pena de 10 a 15 anos de reclusão. Sucedendo-se resultado morte tem-se uma nova pena base de 20 a 30 anos (crime preterdoloso),<sup>11</sup> posto que o legislador determinou sua aplicação em dobro. Lembrar que quando o presente delito resulta em morte, o mesmo é considerado crime hediondo,<sup>12</sup> sujeitando-se, assim, as consequências penais respectivas.

No caso de o delito ser perpetrado na modalidade culposa a pena será de detenção de 1 a 2 anos. Também, sucedendo-se morte a pena é dobrada passando para 2 a 4 anos.

10 O professor Rogério Greco entende ser um crime de forma vinculada, pois o tipo especifica um modo que é mediante a propagação de germes patogênicos. (GRECO, 2011, p. 108)

11 "A figura da conduta preterdolosa (ou preterintencional) não vem prescrita no art. 18 do Código Penal, todavia, quando do estudo da parte especial do respectivo Código, constata-se tipos penais onde o resultado excede o dolo do agente, configurando-se uma conduta com um hibridismo subjetivo, pois tem-se o dolo na conduta e a culpa no resultado". (NELSON, 2016, p. 306).

12 Lei nº 8.072/90. Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: (...) VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º); (...).

A fira que no caso do delito na modalidade culposa sem o resultado morte pode se socorrer dos institutos despenalizantes da transação penal (pena máxima de até 2 anos)<sup>13</sup> e da suspensão condicional do processo (pena mínima de até 1 ano)<sup>14</sup> da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95).

### 2.1.7 ALGUMAS PONDERAÇÕES

O referido delito apresenta-se como quase impossível de se apresentar na prática, no Brasil, em relação ao COVID-19, posto o reconhecimento das autoridades sanitárias da transmissão comunitária do referido vírus.

Afira que constitui, em verdade, um crime impossível dar causa a epidemia se a mesma já se encontra instalada.<sup>15</sup>

Poderia, talvez, imaginar situação de algum rincão do Brasil que ainda não haja a disseminação da doença e alguém com o dolo em propagar a doença assim o realize.

Lembrar que o elemento subjetivo do sujeito ativo é a peça fundante para se determinar o tipo penal.

De sorte, que se o agente sabe portador do COVID-19 e passa deliberadamente para um colega com a intenção que o mesmo venha a falecer (*animus necandi*), vai se tratar de homicídio doloso do art. 121 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Há, também, o delito de contágio de moléstia grave, prescrito no art. 131 do Código Penal,<sup>16</sup> cuja pena é de 1 ano a 4 anos de reclusão, o qual tem o fim específico de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado (BRASIL, 1940). Esse delito se daria, *v.g.*, quando o sujeito ativo usasse a mão para cobrir a tosse e cumprimenta-se o sujeito passivo, o qual tem intenção de passar o COVID-19.

Sucedendo-se a efetiva a contaminação, pode se ter as seguintes possibilidades a depender do resultado: lesão corporal simples (art. 129 do Código Penal),<sup>17</sup> o qual seria absorvido pelo delito do art. 131, por ser mero exaurimento do mesmo; lesão corporal grave (pena de 1 ano a 5 anos de reclusão)<sup>18</sup> ou gravíssima (pena de 2 ano a 8 anos de reclusão),<sup>19</sup> os quais

13 Lei 9.099/1995. Art. 76. *Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.*

14 Lei nº 9.099/95. Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

15 "(...). Por óbvio, não se pode causar epidemia, onde ela já está presente, por se tratar de crime impossível. (...)". (NUCCI, 2020).

16 Código Penal. Art. 131 - Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio:  
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. (BRASIL, 1940).

17 Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:  
Pena - detenção, de três meses a um ano. (BRASIL, 1940).

18 Código Penal. Art. 129. (...).

§ 1º Se resulta: I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; II - perigo de vida; III - debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV - aceleração de parto:  
Pena - reclusão, de um a cinco anos. (BRASIL, 1940).

19 Código Penal. Art. 129. (...).

§ 2º Se resulta: I - Incapacidade permanente para o trabalho; II - enfermidade incurável; III perda ou inutilização do membro, sentido ou função; IV - deformidade permanente; V - aborto:  
Pena - reclusão, de dois a oito anos. (BRASIL, 1940).

constituem delitos mais graves do que o de perigo; lesão corporal seguida de morte quando o resultado morte da vítima for culposa (pena de 4 a 12 anos de reclusão).<sup>20</sup>

## 2.2 CRIME DE INFRAÇÃO DE MEDIDA SANITÁRIA PREVENTIVA

Sem dúvidas que esse delito deve ser o de maior ocorrência, dos delitos aqui tratados, posto que todos os Estados decretaram normas para enfrentamento do COVID-19 o que afetou o uso de diversos estabelecimentos comerciais e espaços, sejam públicos ou privados.

### 2.2.1 DO NÚCLEO DO TIPO

No crime de infração de medida sanitária preventiva refere-se em infringir (transgredir, violar, desobedecer, desrespeitar, ignorar) a determinação do poder público, o qual se dá por meio de lei, decreto, portaria, instrução normativa com o fito de impedir introdução ou propagação de doença contagiosa.

Afira que estar-se diante de uma norma penal em branco, a qual refere-se a prescrições normativas típicas (específica o núcleo do tipo), as quais necessitam de um complemento normativo integrador, proveniente de outro dispositivo legal, o qual vai permitir aferir a completude da norma proibitiva.<sup>21</sup>

Ou seja, necessita de uma norma que busque impedir introdução ou propagação de doença contagiosa. Esse conjunto complementar de normas apresenta-se, em relação ao COVID-19, face a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, bem como conjunto de decretos estaduais e municipais determinando medida de quarentena para o enfrentamento do novo coronavírus.

### 2.2.2 DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

O presente tipo penal, também, perpetrado na modalidade dolosa da conduta, podendo ser na esfera do dolo direto ou eventual. Não há um fim especial de agir.

O legislador não contemplou o crime de infração de medida sanitária preventiva na dimensão subjetiva da culpa.<sup>22</sup>

20 Código Penal. Art. 129. (...).

§ 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo: Pena - reclusão, de quatro a doze anos. (BRASIL, 1940).

21 "Chama-se 'leis penais em branco' as que estabelecem uma pena para uma conduta que se encontra individualizada em outra lei (formal ou material)". (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2005, p. 386). "(...). Na norma penal em branco a lei penal descreve o núcleo da conduta proibida, já que a dita lei sempre traz na sua descrição abstrata o verbo, o qual indica o comportamento que é vetado pelo Direito Penal sob a ameaça de uma pena. Todavia, o complemento do verbo, sempre necessário para a individualização da conduta incriminada, é feito por outra norma jurídica". (BRANDÃO, 2010, p. 82).

22 "(...), faz-se luzir que a regra geral, adotado pelo Código Penal, a partir da redação do parágrafo único do art. 18, é o elemento subjetivo doloso nos tipos penais. De tal sorte, só poderá falar em delito culposos, quando assim estiver previsto expressamente do respectivo tipo penal". (NELSON, 2016, p. 279).

### 2.2.3 DO SUJEITO ATIVO E DO SUJEITO PASSIVO

O sujeito ativo do delito seria qualquer pessoa, enquanto o sujeito passivo do delito seria a coletividade e de forma imediata as pessoas efetivamente contaminadas.

### 2.2.4 DA CONSUMAÇÃO E DA TENTATIVA

A consumação dar-se quando do desrespeito da medida sanitária, independentemente de ocorrer ou não a transmissão da doença contagiosa.

Por tratar-se de um crime cuja conduta divide-se em diversos atos, a tentativa é possível.

### 2.2.5 DA CLASSIFICAÇÃO

Trata-se de um delito de perigo abstrato; doloso (vontade consciente de realizar o delito, não se contemplando a modalidade culposa); comissivo (praticados por meio de uma ação) ou omissivo impróprio (é a ação praticada por meio da omissão por aqueles que têm o dever de garante); de forma livre (pode ser perpetrado qualquer forma de execução); instantâneo (os efeitos do crime não se prolongam no tempo); formal (o resultado naturalístico é dispensável para a consumação); plurissubsistente (conduta dividida em vários atos); comum (pode ser perpetrada por qualquer pessoa); e unissubjetivo (pode ser cometido por uma ou mais indivíduos).

### 2.2.6 DAS PENAS

No preceito secundário do tipo penal do art. 268 o legislador fixou uma mera pena de 1 mês a 1 ano de detenção e multa (BRASIL, 1940). Há previsão do aumento de pena em 1/3 caso o sujeito do ativo do delito seja algum agente de saúde. Para esse aumento de pena o delito é próprio.

De forma geral as medidas despenalizadoras do Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95) aplicam-se em sua integralidade ao presente tipo penal.

Atentar com a redação do art. 285 do Código Penal que remete ao art. 258 o qual prescreve causa de aumento de pena (metade) quando do resultado acarretar lesão corporal de natureza grave e quando do resultado morte (dobro). Nas hipóteses de resultado morte e o sujeito ativo for um agente de saúde a transação penal fica inviabilizado, pois a pena máxima, em abstrato, ultrapassaria os 2 anos (BRASIL, 1940).

### 2.2.7 CASO REAL

A imprensa notícia dois casos que se subsumem perfeitamente ao tipo ora analisado.

Um ocorreu no Rio Grande do Norte, onde se realizou uma festa de aniversário, em um clube, na praia, para 70 pessoas,<sup>23</sup> apesar do Decreto Estadual nº 29.583/20, onde se proíbe

o funcionamento de estabelecimentos como o referido clube,<sup>24</sup> bem como atividade coletivas de qualquer natureza, sejam públicas ou privadas.<sup>25</sup>

Outro caso, veiculado na mídia, deu-se em Porto Velho – RO, no qual um grupo familiar estava realizando festas intituladas “CononaFest”<sup>26</sup> em evidente desrespeito ao Decreto Estadual nº 24.919/20 que proibia a realização de eventos e reuniões, públicas ou privadas, com mais de 5 pessoas.<sup>27</sup>

## 2.3 OMISSÃO DE NOTIFICAÇÃO DE DOENÇA

### 2.3.1 DO NÚCLEO DO TIPO

Tem-se no presente tipo uma conduta omissa pura em relação a figura do médico que deixa de comunicar a autoridade pública sobre doença de notificação compulsória.

Aqui a norma penal incriminadora é mandamental, pois vem por responsabilizar penalmente aquele que não realiza a conduta prescrita no tipo penal. Ou seja, tem-se a ameaça da pena dirigido aquele que descumpra uma ordem, realiza um não fazer, quando o tipo penal assim determinara a ação específica.

Também estar-se diante de uma norma penal em branco, a qual necessita de um complemento normativo integrador. Ou seja, só se consegue aferir alcance da norma penal quando se socorre de uma norma complementar.

Constata publicação da Portaria nº 758, de 9 de abril de 2020, do Ministério da Saúde, o qual determina procedimento para o registro obrigatório de internações hospitalares dos casos suspeitos e confirmados de COVID-19, nos estabelecimentos de saúde públicos e privados que prestam serviços no SUS. Além disso há Portaria nº 264, de 17 de fevereiro de 2020, que consta a determinação de notificação obrigatória em caso de síndrome respiratória aguda grave associada ao coronavírus.

### 2.3.2 DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

O presente tipo penal, também, perpetrado na modalidade dolosa da conduta, podendo ser na esfera do dolo direto ou eventual.

O legislador não contemplou o crime de infração de medida sanitária preventiva na dimensão subjetiva da culpa.

24 Decreto Estadual nº 29.583/20. Art. 5º Está suspenso o funcionamento de boates, casas de eventos e de recepções, salões de festas, inclusive os privativos, clubes sociais, parques públicos, parques de diversões, academias de ginástica e similares.

25 Art. 11. Estão suspensas as atividades coletivas de qualquer natureza, públicas ou privadas, incluindo eventos de massa, shows, atividades desportivas, feiras, exposições e congêneres.

26 G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2020/04/17/26-profissionais-da-saude-sao-afastados-apos-terem-contato-com-pacientes-infectados-no-coronafest-em-porto-velho.ghtml>.

27 Decreto Estadual nº 24.919/20. Art. 3º. (...) I – A proibição: a) da realização de eventos e de reuniões de qualquer natureza, de caráter público ou privado, incluídas excursões, cursos presenciais, e templos de qualquer culto, com mais de 5 (cinco) pessoas, exceto reuniões de governança para enfrentamento da epidemia no âmbito municipal e estadual; (...).

### 2.3.3 DO SUJEITO ATIVO E DO SUJEITO PASSIVO

O sujeito ativo do delito é apenas a figura do médico, de sorte está-se diante de um crime próprio (o tipo penal prescreve algumas condições especiais do sujeito ativo - um atributo fático ou jurídico - para que seja possível a subsunção) enquanto o sujeito passivo do delito seria a coletividade.

### 2.3.4 DA CONSUMAÇÃO E DA TENTATIVA

Por ser um crime de perigo abstrato, a consumação ocorre quando o médico tem ciência da doença de notificação compulsória e não o faz.

A tentativa é inadmissível, por tratar-se de crime omissivo próprio.

### 2.3.5 DA CLASSIFICAÇÃO

Trata-se de um delito de perigo abstrato (dispensa a comprovação da risco ao bem jurídico); doloso (vontade consciente de realizar o delito, não se contemplando a modalidade culposa); omissivo próprio (praticados por meio de um não fazer); de forma livre (pode ser perpetrado qualquer forma de execução); instantâneo (os efeitos do crime não se prolongam no tempo); mera conduta (para consumação do delito basta o resultado normativo, inexistindo o natural); unissubsistente (delito se consuma em um único ato); próprio em relação ao sujeito ativo (pode ser perpetrada só pela figura do médico); e unissubjetivo (pode ser cometido por uma ou mais indivíduos).

### 2.3.6 DAS PENAS

No preceito secundário do tipo penal do art. 269 o legislador fixou pena de 6 meses a dois anos de detenção e multa (BRASIL, 1940).

No tipo em espécie aplica-se todos os institutos despenalizantes da Lei nº 9.099/95 já explicitado anteriormente.

Aplica-se o aumento de pena do art. 285 do Código Penal (metade quando do resultado acarretar lesão corporal de natureza grave; o dobro quando do resultado morte) (BRASIL, 1940).

Constate que a notificação compulsória constitui dado fundamental para os gestores de saúde no que tange a tomada de decisão no combate ao coronavírus, de sorte que a omissão prescrita no art. 269 do Código Penal ganha um novo escopo valorativo de forma que a sanção penal prescrita não retrata a importância do referido tipo penal (BRASIL, 1940).

## 2.4 DA AÇÃO PENAL

Outro elemento importante a se frisado é que a ação penal adequada a todos os delitos contra a saúde público em questão é a ação penal pública incondicionada, ou seja, ação manejada pelo membro do Ministério Público, independentemente representação da vítima.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> "A forma para se determinar qual a espécie de ação penal (pública condicionada ou privada, seja exclusiva ou personalíssima) para o respectivo tipo penal dar-se-á por uma lógica de exclusão.

## 3. OUTROS TIPOS PENAIS

### 3.1 DESOBEDIÊNCIA

Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa. (BRASIL, 1940).

Trata-se de outro delito que vem à tona com a pandemia visto os decretos estaduais e municipais que proíbe aglomerações e bem como limita o funcionamento de estabelecimentos comerciais, dentre outras medidas, de sorte que sucedendo-se a fiscalização sanitária e após a determinação da ordem legal pelo agente público para que o particular tome medidas para se adequar aos decretos e isso não se sucedendo-se, ter-se-ia o delito de desobediência.

#### 3.1.1 DO NÚCLEO DO TIPO

A conduta do tipo em questão versa sobre o verbo “desobedecer”, constituindo-se em uma resistência passiva ao atendimento de ordem legal emitida por funcionário público.

A ordem precisa estar revestida de legalidade quanto aos aspectos formais e materiais, bem como o funcionário precisa ter atribuição para poder emaná-la, sob pena da conduta de desobediência ser tida como atípica. Além disso é imprescindível que a pessoa a qual fora dirigida a ordem legal tenha obrigação em acatá-la sob pena, novamente, de atipicidade na conduta<sup>29</sup>.

#### 3.1.2 DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

O presente tipo penal é perpetrado na modalidade dolosa da conduta, dando-se na esfera do dolo direto.

O legislador não contemplou o presente tipo penal na dimensão subjetiva da culpa.

#### 3.1.3 DO SUJEITO ATIVO E DO SUJEITO PASSIVO

O sujeito ativo do delito é pode ser qualquer pessoa a pessoa não se exigindo condição particular, enquanto o sujeito passivo do delito é o Estado e o funcionário público que determinou a ordem a qual não fora cumprida indevidamente.

---

Se no bojo do tipo penal incriminador não se especificar que o mesmo se procede mediante representação, requisição ou queixa, se estará diante de uma ação penal pública incondicionada, a qual, como já dito, constitui-se na regra geral dentre as ações penais”. (NELSON, 2017, p. 502).

29 “AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. FALSIDADE IDEOLÓGICA. DESOBEDIÊNCIA. AUSÊNCIA DE DOLO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. DENÚNCIA JULGADA IMPROCEDENTE. RÉU ABSOLVIDO NOS TERMOS DO INC. III, DO ART. 386, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. O crime de desobediência se configura quando demonstrada a clara intenção do agente de não cumprir ordem emanada da autoridade pública. *Para a configuração do delito é insuficiente que a ordem não seja cumprida, sendo necessário que tenha sido endereçada diretamente a quem tem o dever de cumpri-la* e que este, com vontade específica de contrariar, desatenda ao comando. 2. No caso dos autos, ficou demonstrado que o réu não foi responsável pelo descumprimento da ordem judicial, inexistindo, ademais, qualquer proceder doloso no fato ocorrido. 3. Denúncia julgada improcedente, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal”. (Grifos nossos)  
STF, Pleno, AP nº 633/RS, rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 24/10/2013, DJe em 21/02/2014.

### 3.1.4 DA CONSUMAÇÃO E DA TENTATIVA

A consumação dar-se quando o sujeito do crime faz ou deixa de fazer algo diverso da ordem dada pelo funcionário público.

É imperioso que o funcionário público emita uma ordem individualizada, seja por escrito ou verbal. A mera solicitação não atendida não se poderia falar em delito.

A tentativa é admissível, quando não se tratar de omissão própria.

### 3.1.5 DA CLASSIFICAÇÃO

Trata-se de um delito de dano (sucede quando da efetiva lesão ao bem jurídico tutelado); doloso (vontade consciente de realizar o delito, não se contemplando a modalidade culposa); comissivo (praticados por meio de uma ação) ou omissivo impróprio (é a ação praticada por meio da omissão por aqueles que têm o dever de garantir); de forma livre (pode ser perpetrado por qualquer forma de execução); instantâneo (os efeitos do crime não se prolongam no tempo); mera conduta (mera conduta (para consumação do delito basta o resultado normativo, inexistindo o natural); unissubsistente ou plurissubsistente;<sup>30</sup> próprio em relação ao sujeito passivo (precisa ser funcionário público); e unissubjetivo (pode ser cometido por uma ou mais indivíduos).

### 3.1.6 DAS PENAS

No preceito secundário do tipo penal do art. 330 o legislador fixou pena de 15 dias a seis meses de detenção e multa. (BRASIL, 1940).

No tipo em espécie aplica-se todos os institutos despenalizantes da Lei nº 9.099/95 já explicitado.

### 3.1.7 DA AÇÃO PENAL

A ação penal adequada ao presente delito é a ação penal pública incondicionada, ou seja, ação manejada pelo membro do Ministério Público, independentemente representação da vítima.

### 3.1.8 ALGUMAS PONDERAÇÕES

É importante frisar que só se estará configurado a tipicidade do crime de desobediência quando do não cumprimento da ordem emanada pelo funcionário público estiver previsto, além da sanção administrativa e/ou civil, o destaque da repercussão penal.<sup>31</sup>

30 Cf. GRECO, 2011, p. 488.

31 "HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ATIPICIDADE. MOTORISTA QUE SE RECUSA A ENTREGAR DOCUMENTOS À AUTORIDADE DE TRÂNSITO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não há crime de desobediência quando a inexecução da ordem emanada de servidor público estiver sujeita à punição administrativa, sem ressalva de sanção penal. Hipótese em que o paciente, abordado por agente de trânsito, se recusou a exibir documentos pessoais e do veículo, conduta prevista no Código de Trânsito Brasileiro como infração gravíssima, punível com multa e apreensão do veículo (CTB, artigo 238). Ordem concedida". (Grifos nossos) STF, Pleno, AP nº 633/RS, rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 24/10/2013, DJe em 21/02/2014.

Isso pode ser aferir, por exemplo, na prescrição do art. 3º da Portaria Interministerial nº 5, de 17 de março de 2020, que dispõe sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020: “O descumprimento das medidas previstas no art. 3ª da Lei nº 13.979, de 2020, acarretará a responsabilização civil, administrativa e penal dos agentes infratores” (BRASIL, 2020).

Outro detalhe é que em respeito ao princípio da vedação do *bis in idem* só se poderia pensar nessa tipificação caso não fosse a hipótese, no caso concreto, de se enquadrar a conduta no tipo penal do delito de infração de medida sanitária preventiva (NUCCI, 2020).

### 3.2 PERIGO DE CONTÁGIO DE MOLÉSTIA GRAVE

Art. 131 - Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa (BRASIL, 1940).

#### 3.2.1 DO NÚCLEO DO TIPO

A conduta do tipo em questão versa sobre o verbo “praticar”, o qual pode ser realizado por qualquer meio de execução com o desiderato de transmitir moléstia grave, seja diretamente, por meio de contato físico, seja de forma indireta por meio do uso de algum objeto, independentemente de ser uma doença curável ou não.

Detalhe importante é que o tipo abarca todas as enfermidades graves, não fazendo restrições, vindo a constituir-se em uma norma penal em branco, devendo-se recorrer aos documentos do Ministério da Saúde para aferir as doenças catalogadas como grave e contagiosa.<sup>32</sup>

Afirma que é requisito fundante do tipo que o sujeito ativo do delito possua a moléstia grave. Essa fora um dos argumentos que o ministro Marco Aurélio apontou na petição nº 8.746 que informava notícia-crime em relação a conduta do Presidente da República:

(...)

Relativamente às infrações de perigo de contágio de moléstia grave e perigo para a vida ou saúde de outrem, considerada idêntica óptica, no que inexistente evidência de contágio do Presidente da República pelo novo coronavírus, *não há elementos típicos constitutivos de tais delitos, alusivos à prática de ato capaz de produzir a propagação de enfermidade contagiosa de que está infectado, bem como expor a vida ou a saúde de outra pessoa a perigo de dano direto, efetivo e iminente.*

(...)<sup>33</sup>

Caso a transmissão se der via indireta por um objeto contaminado, do qual o sujeito ativo não seja portador, tem-se a configuração do delito de lesão corporal.

32 Aferir a Portaria nº 264, de 17 de fevereiro de 2020, que consta a determinação de notificação obrigatória em caso de síndrome respiratória aguda grave associada ao coronavírus.

33 STF, decisão monocrática, PET nº 8746/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 13/04/2020, DJe em 17/04/2020.

### 3.2.2 DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

O presente tipo penal é perpetrado na modalidade dolosa da conduta, dando-se na esfera do dolo direto.

O legislador não contemplou o presente tipo penal na dimensão subjetiva da culpa.

Destaca-se que o ter do tipo penal prescreve um fim especial de agir determinando a obrigatoriedade da necessidade da conduta "(...) com o fim de transmitir", inviabilizando, assim, a possibilidade da prática da infração via dolo eventual.<sup>34</sup>

O professor Renato Brasileiro, ao tratar sobre o crime de abuso de autoridade entende possível a compatibilidade ente o especial fim de agir com o dolo eventual. Assim lapida o professor alhures:

O fato de o delito contemplar um especial fim de agir, como ocorre nos crimes de abuso de autoridade, não afasta a possibilidade de o delito ser imputado ao agente a título de dolo eventual. Prova disso, aliás, é o fato de o Código Penal contemplar diversos delitos cuja tipificação demanda um especial fim de agir, tais como, por exemplo, furto ("para si ou para outrem"), extorsão mediante sequestro ("com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate"), etc., sem que a doutrina jamais tenha questionado a possibilidade de tais delitos serem atribuídos ao agente tanto a título de dolo direto quanto a título de dolo eventual.

Não há nenhuma incompatibilidade entre as duas figuras. Por isso, se restar comprovado que o agente público não queria o resultado (dolo direto), mas assumiu o risco de produzi-lo, deverá responder pelo crime de abuso de autoridade em questão a título de dolo eventual, se assim o fizer, logicamente, para prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.<sup>35</sup>

De tal sorte, entendemos que o raciocínio jurídico aplicado ao delito de abuso de autoridade pode ser muito bem aplicado ao delito perigo de contágio de moléstia grave, de sorte que seria possível a responsabilização a título de dolo eventual, apesar do especial fim de agir.

### 3.2.3 DO SUJEITO ATIVO E DO SUJEITO PASSIVO

O sujeito ativo do delito é aquele que se encontra infectado com a moléstia grave, de sorte está-se diante de um crime próprio (o tipo penal prescreve algumas condições especiais do sujeito ativo - um atributo fático ou jurídico - para que seja possível a subsunção) enquanto o sujeito passivo do delito qualquer pessoa.

34 "Poderá ser praticado com dolo eventual? Entendemos que não, pois existência do especial fim de agir demonstra que o tipo somente pode ser cometido com dolo direto. (...)". (GRECO, 2012, p. 313). MASSON, 2013, p.131. CUNHA, 2014, p. 152.

35 LIMA, 2020, p. 36. Em sentido diverso Rogério Sanches e Rogério Greco. "Talvez com o fim de espancar algumas das pertinentes críticas, logo no seu artigo inaugural, a Lei 13.869/2019 anuncia que a existência do crime depende de o agente comportar-se abusivamente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal. Eis o elemento subjetivo presente nos vários tipos incriminadores, restringindo o alcance da norma de tal forma que, a nosso ver, o dolo eventual fica descartado". (CUNHA, & GRECO, 2020, p. 13)

### 3.2.4 DA CONSUMAÇÃO E DA TENTATIVA

Tendo em vista que o tipo penal em questão é um crime formal, tem a consumação com a mera realização do núcleo do tipo, “praticar”, independentemente da efetiva transmissão da moléstia grave.

A tentativa é admissível, por tratar-se de crime plurissubsistente.

É importante destacar que vindo efetivar-se a transmissão da moléstia grave, algumas situações podem acabar apresentando-se. Sucedendo-se lesão corporal leve este é absorvido pelo crime de contágio de moléstia grave, visto ser mero exaurimento do delito. Todavia, ocorrendo uma situação de lesão corporal grave ou gravíssima, esse prevalece em relação ao delito de contágio de moléstia grave. Já em situação de um resultado culposo decorrendo a morte da vítima, o sujeito ativo responde por lesão corporal seguida de morte. Sendo o resultado morte buscado dolosamente, face a moléstia grave adquirida, o sujeito será imputado por homicídio doloso.

### 3.2.5 DA CLASSIFICAÇÃO

Trata-se de um delito de dano (sucede quando da efetiva lesão ao bem jurídico tutelado); doloso (vontade consciente de realizar o delito, não se contemplando a modalidade culposa); comissivo (praticados por meio de uma ação) ou omissivo impróprio (é a ação praticada por meio da omissão por aqueles que têm o dever de garante); de forma livre (pode ser perpetrado por qualquer forma de execução); instantâneo (os efeitos do crime não se prolongam no tempo); formal (resultado não é elemento fundante para a consumação); plurissubsistente (conduta dividida em vários atos); próprio em relação ao sujeito ativo (só pode ser perpetrado por um agente detentor de moléstia grave); e unissubjetivo (pode ser cometido por uma ou mais indivíduos).

### 3.2.6 DAS PENAS

No preceito secundário do tipo penal do art. 131 o legislador fixou pena de um ano a quatro anos de reclusão e multa. (BRASIL, 1940).

Tendo em vista que a pena mínima não supera a um ano de reclusão tem-se a possibilidade de socorrer-se do instituto da suspensão condicional do processo no prescrito na lei dos juizados especiais criminais.

### 3.2.7 DA AÇÃO PENAL

A ação penal adequada ao presente delito é a ação penal pública incondicionada, ou seja, ação manejada pelo membro do Ministério Público, independentemente representação da vítima.

### 3.2.8 ALGUMAS PONDERAÇÕES

Existindo a finalidade de transmitir o COVID-19, ter-se-ia o tipo do art. 131 (BRASIL, 1940).

Não havendo a finalidade específica de transmissão do COVID-19 e alguém que seja portador do coronavírus (e saiba que está com o mesmo) e venha a sair as ruas sem o devido cuidado (ausência de equipamentos individuais de proteção – EPI, por exemplo), pode acabar respondendo pelo delito do art. 132 do Código Penal<sup>36</sup> que se refere a expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente (pena de 3 meses a 1 ano de detenção), o qual se consuma com a mera exposição, independentemente do contágio, desde que a conduta não constitua delito mais grave. Ou seja, esse delito é subsidiário (BRASIL, 1940).

Ocorrendo a efetivo contágio o delito deixa de ser o prescrito no art. 132 do Código Penal e vem por subsumir em lesão corporal culposa do art. 129, §6º do Código Penal (pena de 2 meses a 1 ano de detenção). (BRASIL, 1940).

## 3.3 CHARLATANISMO

O tipo penal em estudo é conhecido como estelionato com a saúde pública:

Art. 283 - Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. (BRASIL, 1940).

### 3.3.1 DO NÚCLEO DO TIPO

O tipo em tela é multinuclear, sendo composto pelos verbos inculcar (indicar/sugerir/aconselhar) e anunciar (apregoar/divulgar/noticiar), vindo a prática de ambos constituir em um único delito.

Constate que a ilicitude se apresenta pelo meio secreto e infalível de cura de doença. A medicina constitui-se, em verdade em atividade-meio e não em atividade-fim (MASSON, 2013, p. 366).

### 3.3.2 DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

O presente tipo penal é perpetrado na modalidade dolosa da conduta, podendo ser na esfera do dolo direto ou eventual.

Não há nenhum fim especial de agir, sendo dispensado qualquer busca de vantagem financeira ou indevida do agente.

Todavia, é imprescindível que o sujeito ativo tenha consciência de que a cura alardeada não gera os resultados prometidos.<sup>37</sup>

O legislador não contemplou o crime na sua dimensão subjetiva da culpa.

36 Código Penal. Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais.

37 Em sentido diverso, o professor Rogério Greco entende que se trata de um delito de perigo concreto. (GRECO, 2011, p. 186).

### 3.3.3 DO SUJEITO ATIVO E DO SUJEITO PASSIVO

O sujeito ativo do delito é a pessoa desprovido de conhecimento médico enquanto o sujeito passivo é a coletividade, posto ser um delito vago, bem como as pessoas enganadas pelo charlatão.

### 3.3.4 DA CONSUMAÇÃO E DA TENTATIVA

Tendo em vista que o tipo penal em questão é um crime formal, tem a consumação com a mera realização do núcleo do tipo, “inculcar” ou “anunciar”, independentemente da pessoa enferma ser de fato tratada com o medicamento infalível ventilado.

A tentativa é admissível, por tratar-se de crime plurissubsistente.

Por ser um crime instantânea, não há necessidade de reiteração da ação para sua consumação.

### 3.3.5 DA CLASSIFICAÇÃO

Trata-se de um crime de perigo abstrato (dispensa a comprovação da risco ao bem jurídico) (GRECO, 2011, p. 187.); doloso (vontade consciente de realizar o delito, não se contemplando a modalidade culposa); comissivo (praticados por meio de uma ação) ou omissivo impróprio (é a ação praticada por meio da omissão por aqueles que têm o dever de garante); de forma livre (pode ser perpetrado por qualquer forma de execução); instantâneo (os efeitos do crime não se prolongam no tempo); formal (resultado não é elemento fundante para a consumação); plurissubsistente (conduta dividida em vários atos); comum (pode ser perpetrada por qualquer pessoa); vago (sujeito passivo do crime é destituído de qualquer personalidade jurídica) e unissubjetivo (pode ser cometido por uma ou mais indivíduos).

### 3.3.6 DAS PENAS

No preceito secundário do tipo penal do art. 284 o legislador fixou pena de 6 meses a dois anos de detenção. Caso haja remuneração também se tem a pena de multa. (BRASIL, 1940).

No tipo em espécie aplica-se todos os institutos despenalizantes da Lei nº 9.099/95.

### 3.3.7 DA AÇÃO PENAL

A ação penal adequada ao presente delito é a ação penal pública incondicionada, ou seja, ação manejada pelo membro do Ministério Público, independentemente representação da vítima.

### 3.3.8 CASO REAL

Em momento de crise mundial não deixa de existir pessoas que buscam se aproveitar da incredulidade dos necessitados e desesperados com a pandemia e tentam vender a cura contra o COVID-19, sendo pessoas de dentro da área da saúde e outros não.

Em rápida busca por notícias encontra-se casos de líder religioso vendendo semente a R\$1000,00 reais com promessa de cura do coronavírus,<sup>38</sup> outros ventila uma água milagrosa,<sup>39</sup> além de igrejas com promessa de imunização,<sup>40</sup> bem como médico anunciando “soro da imunidade”.<sup>41</sup> Tem, também, os que anunciam fórmulas químicas para a cura do COVID-19.<sup>42</sup>

Deixa-se claro que os casos citados são meramente exemplificativos, estando sendo investigados pela polícia, ministério público e conselhos de classes.

### 3.4 FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS

Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

§ 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;

II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;

III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;

IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;

V - de procedência ignorada;

VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

§ 2º - Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (BRASIL, 1940).

38 UOL. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/05/07/pastor-valdemiro-santiago-vende-sementes-prometendo-a-cura-da-covid-19.htm>.

39 JORNAL DE BRASÍLIA. Disponível em: <https://jornaldebrasil.com.br/nahorah/mpf-deve-investigar-pastor-por-promover-a-gua-milagrosa-para-a-cura-do-covid-19/>.

40 Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51708763>.

41 UOL. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/03/17/medica-soro-coronavirus-fake-news-investigacao.htm>

42 AMB. Disponível em: <https://amb.org.br/noticias/amb-contra-o-charlatanismo-no-fantastico/>.

### 3.4.1 UMA CRÍTICA INICIAL

É importante ressaltar que o presente tipo prescrito em seu caput e §1º, §1º-A e §1º-B constitui-se em crime hediondo conforme o art. 1ª, VII-B da Lei nº 8.072/90, o qual fora acrescentado pela Lei nº 9.677/98.

Vislumbra-se uma clara violação ao princípio da proporcionalidade, seja pela pena base de 10 a 15 anos, seja o seu enquadramento como crime hediondo (FRANCO; LIRA; FELIX, 2011, p. 179-181).

Na análise estrutural do princípio da proporcionalidade, o exame da adequação busca aferir a idoneidade dos meios para atingir os fins perseguidos (relação adequação da medida-fim). Quando do exame da necessidade, vai se buscar identificar qual dentre as medidas adequadas para atingir o fim tem o caráter menos gravoso. Por fim, quando do exame da proporcionalidade em sentido estrito, faz um juízo de ponderação para avaliar a proporcionalidade entre o meio escolhido e o fim almejado (FELDENS, 2005, p. 163-166.).

(...). O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, uma inaceitável desproporção. (...) (FRANCO, 2007, p. 52).

Reconhece-se que o princípio da proporcionalidade possui dois desdobramentos normativos: a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente.

Na proibição do excesso, a qual é dirigida tanto para o legislador como para o magistrado, busca limitar o *jus puniendi* do Estado, evitando a penalização de condutas sem relevância necessária ao Direito Penal, bem como evitando que as condutas delitivas venham a ser sancionadas de forma excessiva, face um exagero na valoração.<sup>43</sup>

O exagero na penalização e na aplicação do regime mais gravoso imposto pela tipificação de delito hediondo é premente. Constate que a pena mínima de 10 anos é superior a pena mínima do homicídio simples (6 anos), bem como é muito próxima da pena mínima do homicídio qualificado (12 anos).

Não se nega a importância do bem jurídico tutelado pelo tipo do art. 273, mas está se valorando de forma muito mais acentuado um crime de perigo do que um crime dano que busca tutelar a vida (art. 121 do CP), isso se fazer uma interpretação sistemática do Código Penal (BRASIL, 1940).

43 O professor Luigi Ferrajoli vislumbra a pena pecuniária e a de prisão perpétua como penas violadoras do princípio da proporcionalidade e da igualdade. "Existem dois tipos de pena que parecem pela sua natureza contrários ao princípio de proporcionalidade e da igualdade das penas: a prisão perpétua e as penas pecuniárias. Como veremos logo abaixo, ambas as formas de pena carecem de justificação externa por motivos bem distintos: uma porque é desumana e não graduável equitativamente pelo juiz, a outra porque resulta em todo caso desproporcional por inexistir qualquer proibição penal informada pelo princípio de economia ou de necessidade. Mas ambas furtam-se ademais ao princípio igualitário da proporcionalidade: a prisão perpétua, porque tem uma duração mais longa para os condenados jovens do que para os velhos; as multas, porque seu grau aflitivo depende da riqueza do réu". (FERRAJOLI, 2006, p. 370).

### 3.4.2 DO NÚCLEO DO TIPO

O tipo em tela é multinuclear, sendo composto pelos verbos corromper (desnaturar), adulterar (degenerar), falsificar (dar aparência de verdadeiro) ou alterar (modificar), vindo a prática de ambos constituir em um único delito.

As referidas condutas são perpetradas em relação a produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais.

No §1º-A do art. 273, tem-se uma norma pena explicativa que explicita o alcance do tipo penal em relação a medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. (BRASIL, 1940).

Os medicamentos são os produtos destinado ao combate de doenças ou com finalidade profilática.<sup>44</sup> As matérias-primas é o produto em estado bruto utilizado para a fabricação ode materiais terapêuticos e medicinais. Os cosméticos são produtos e uso externo para proteção ou embelezamento.<sup>45</sup> Os saneantes são os produtos criados com fim de higienização.<sup>46</sup> Por fim, os produtos de uso de diagnósticos são aqueles destinados para a revelação de doenças.

Equipara-se para efeito do preceito secundário do caput do art. 273 “quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado” (art. 273, §1º do CP). (BRASIL, 1940).

Nessa prescrição penal apresenta-se mais uma diversidade de núcleos do tipo: importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para venda, distribui e entrega a consumo.

Esses núcleos quando perpetrados, apesar dos produtos não estarem corrompidos, adulterados, falsificados ou alterados, mas nas seguintes condições explicitadas pelo §3º do art. 273 do CP, também se tem a infração penal:

- I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;
- II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;
- III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;
- IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;
- V - de procedência ignorada;
- VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente. (BRASIL, 1940).

44 Lei nº 5.991/73. Art. 4º. (...). I - Medicamento - produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico; (...)

45 Lei nº 6.360/76. Art. 3º. (...). V- Cosméticos: produtos para uso externo, destinados à proteção ou ao embelezamento das diferentes partes do corpo, tais como pós faciais, talcos, cremes de beleza, creme para as mãos e similares, máscaras faciais, loções de beleza, soluções leitosas, cremosas e adstringentes, loções para as mãos, bases de maquiagem e óleos cosméticos, ruges, "blushes", batons, lápis labiais, preparados anti-solares, bronzeadores e simulatórios, rímeis, sombras, delineadores, tinturas capilares, agentes clareadores de cabelos, preparados para ondular e para alisar cabelos, fixadores de cabelos, laquês, brilhantinas e similares, loções capilares, depilatórios e epilatórios, preparados para unhas e outros; (...)

46 Lei nº 6.360/76. Art. 3º (...). VII - Saneantes Domissanitários: substâncias ou preparações destinadas à higienização, desinfecção ou desinfestação domiciliar, em ambientes coletivos e/ou públicos, em lugares de uso comum e no tratamento da água compreendendo:

### 3.4.3 DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

O presente tipo penal é perpetrado na modalidade dolosa da conduta, bem como fora contemplado a possibilidade ser perpetrado culposamente.

Não há nenhum fim especial de agir (CUNHA, 2014, p. 620).

### 3.4.4 DO SUJEITO ATIVO E DO SUJEITO PASSIVO

O sujeito ativo do delito é pode ser qualquer pessoa a pessoa não se exigindo condição particular e o sujeito passivo é a coletividade, posto ser um delito vago.

### 3.4.5 DA CONSUMAÇÃO E DA TENTATIVA

Tendo em vista que o tipo penal em questão é um crime formal, tem a consumação com a simples realização de algum núcleo do tipo, “corromper”, “adulterar”, “falsificar” ou “alterar”, independentemente dos prejuízos que possa ou não se suceder.

A tentativa é admissível, por tratar-se de crime plurissubsistente.

### 3.4.6 DA CLASSIFICAÇÃO

Trata-se de um crime de perigo abstrato (dispensa a comprovação da risco ao bem jurídico); doloso (vontade consciente de realizar o delito); culposo (encontra-se previsto a modalidade culposa); comissivo (praticados por meio de uma ação) ou omissivo impróprio (é a ação praticada por meio da omissão por aqueles que têm o dever de garante); de forma livre (pode ser perpetrado por qualquer forma de execução); instantâneo (os efeitos do crime não se prolongam no tempo); formal (resultado não é elemento fundante para a consumação); plurissubsistente (conduta dividida em vários atos); comum (pode ser perpetrada por qualquer pessoa); vago (sujeito passivo do crime é destituído de qualquer personalidade jurídica) e unissubjetivo (pode ser cometido por uma ou mais indivíduos).

### 3.4.7 DAS PENAS

No preceito secundário do tipo penal do art. 273 o legislador fixou pena de 10 a 15 anos de reclusão. (BRASIL, 1940).

No caso de o delito ser perpetrado na modalidade culposa a pena será de detenção de 1 a 3 anos. Também, sucedendo-se morte a pena é dobrada passando para 2 a 4 anos.

A fira que apenas no caso do delito na sua modalidade culposa pode se socorrer da suspensão condicional do processo (pena mínima de até 1 ano) da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95).

### 3.4.8 DA AÇÃO PENAL

A ação penal adequada ao presente delito é a ação penal pública incondicionada, ou seja, ação manejada pelo membro do Ministério Público, independentemente representação da vítima.

### 3.4.9 CASO REAL

Infelizmente, em decorrência da escassez de álcool em gel e álcool líquido 70%, principalmente no primeiro mês da pandemia, não tardou para a prática da falsificação, corrupção, adulteração ou alteração do álcool<sup>47</sup> sendo veiculado na imprensa casos de pessoas vendendo álcool acendedor (80%) como se fosse álcool 70%, álcool com percentagem inferior a 70%, álcool adicionado a outros produtos, como gel de cabelo,<sup>48</sup> bem como o álcool em gel fabricado a partir do álcool combustível.<sup>49</sup>

O sujeito que falsificou o álcool ou adulterou responde pelo art. 273, *caput* do CP e aquele que vendeu, expo a venda, tem em depósito ou distribuiu será tipificado no art. 273, §1º do CP. (BRASIL, 1940).

## 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente ensaio trabalhou-se, especificamente e de forma detalhada, com a aplicação dos tipos penais da epidemia (art. 267), infração de medida sanitária preventiva (art. 268), omissão de notificação de doença (art. 269), crime de desobediência (art. 330), perigo de contágio de moléstia grave (art. 131), charlatanismo (art. 283) e falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273).

Constatou-se que no presente cenário da pandemia, no Brasil, hoje, seria praticamente impossível aplicar o delito de epidemia. É fundante aferir o elemento subjetivo para determinar o tipo penal a ser aplicado. De sorte, que se o agente sabe portador do COVID-19 e passa deliberadamente para um colega com a intenção que ele venha a falecer (*animus necandi*), vai se tratar de homicídio doloso do art. 121 do Código Penal.

Há, também, o delito de contágio de moléstia grave, prescrito no art. 131 do Código Penal, cuja pena é de 1 ano a 4 anos de reclusão, o qual tem o fim específico de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado. Esse delito se daria, *v.g.*, quando o sujeito ativo usasse a mão para cobrir a tosse e cumprimenta-se o sujeito passivo, o qual tem intenção de passar o COVID-19.

47 G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/04/02/coronavirus-375-frascos-falsificados-de-alcool-em-gel-sao-apreendidos-em-fabrica-clandestina-em-sp.ghtml>.

48 G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/03/26/laboratorio-clandestino-falsificava-alcool-em-gel-misturando-combustivel-com-produto-para-cabelo-em-sp.ghtml>.

49 CEARA. Disponível em: <https://www.ceara.gov.br/2020/03/30/peritos-alertam-para-os-riscos-do-alcool-em-gel-falsificado/>. SSPDS. Disponível em: <https://www.sspds.ce.gov.br/2020/03/27/responsavel-por-fabrica-de-falsificacao-de-alcool-em-gel-e-autuado-por-crime-contra-a-saude-publica/>.

Sucedendo-se a efetiva a contaminação, pode se ter as seguintes possibilidades a depender do resultado: lesão corporal simples (art. 129 do Código Penal), o qual seria absorvido pelo delito do art. 131, por ser mero exaurimento do mesmo; lesão corporal grave (pena de 1 ano a 5 anos de reclusão) ou gravíssima (pena de 2 ano a 8 anos de reclusão), os quais constituem delitos mais graves do que o de perigo; lesão corporal seguida de morte quando o resultado morte da vítima for culposa (pena de 4 a 12 anos de reclusão).

Em relação a infração de medida sanitária preventiva esse delito deve ser o de maior ocorrência, posto que todos os Estados e diversos Municípios decretaram normas para enfrentamento do COVID-19.

A notificação compulsória constitui dado fundamental para os gestores de saúde no que tange a tomada de decisão no combate ao coronavírus, de sorte que a omissão prescrita no art. 269 do Código Penal ganha um novo escopo valorativo de forma que a sanção penal prescrita não retrata a importância do referido tipo penal.

No que tange ao crime de desobediência em obediência ao princípio da vedação do *bis in idem* só se poderia pensar nessa tipificação caso não fosse a hipótese, no caso concreto, de se enquadrar a conduta no tipo penal do delito de infração de medida sanitária preventiva

Existindo a finalidade de transmitir o COVID-19, ter-se-ia o tipo do art. 131.

Não havendo a finalidade específica de transmissão do COVID-19 e alguém que seja portador do coronavírus (e saiba que está com o mesmo) e venha a sair as ruas sem o devido cuidado (ausência de equipamentos individuais de proteção – EPI, por exemplo), pode acabar respondendo pelo delito do art. 132 do Código Penal<sup>50</sup> que se refere a expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente (pena de 3 meses a 1 ano de detenção), o qual se consuma com a mera exposição, independentemente do contágio, desde que a conduta não constitua delito mais grave. Ou seja, este se constitui em um delito subsidiário.

Ocorrendo a efetivo contágio o delito deixa de ser o prescrito no art. 132 do Código Penal e vem por subsumir em lesão corporal culposa do art. 129, §6º do Código Penal (pena de 2 meses a 1 ano de detenção) (BRASIL, 1940).

Por fim, a pandemia constitui-se em um contexto propício a prática do charlatanismo, onde se anuncia curas e imunizações ao coronavírus, bem como a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto de álcool em gel e álcool líquido 70%, destacando-se que esse último delito se constitui em crime hediondo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 10 jul. 2020.

50 Código Penal. Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

Penal - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais. (BRASIL, 1940).

BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm). Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm). Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Portaria Interministerial nº 5, de 17 de março de 2020. Dispõe sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-5-de-17-de-marco-de-2020-248410549>. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

**CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. *Abuso de autoridade: lei 13.869/2019 - comentado artigo por artigo. Salvador: Juspodivm, 2020.***

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18. ed. Saraiva: São Paulo, 2006.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FELIX, Yuri. *Crimes hediondos*. 7. ed. São Paulo: RT, 2011.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código penal e sua interpretação*. 8. ed. São Paulo: RT, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. v. I.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. v. II.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. v. IV.

LIMA, Renato Brasileiro. *Nova lei de abuso de autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020.

MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado: parte especial*. 5. ed. São Paulo: Método, 2013. v. 2.

MASSON, Cleber. *Direito Penal esquematizado: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Método, 2013. v. 3.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson. *Curso de Direito Penal: parte geral: teoria geral do crime*. Curitiba: Juruá, 2016. v. I.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson. *Curso de Direito Penal: parte geral: Teoria da Pena*. Curitiba: Juruá, 2017. v. II.

NUCCI, Guilherme de Souza. A pandemia do coronavírus e a aplicação da lei penal. *Revista dos Tribunais*, n. 1015, p. 349-352, 2020.

RIO GRANDE DO NORTE. Decreto nº 29.583, de 1º de abril de 2020. Consolida as medidas de saúde para o enfrentamento do novo coronavírus (COVID-19) no âmbito do Estado do Rio Grande do Norte e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado*, Natal, RN, 1 abr. 2020. Disponível em: [http://diariooficial.rn.gov.br/dei/dorn3/docview.aspx?id\\_jor=00000001&data=20200402&id\\_doc=678994](http://diariooficial.rn.gov.br/dei/dorn3/docview.aspx?id_jor=00000001&data=20200402&id_doc=678994). Acesso em: 10 jul. 2020.

RONDÔNIA. Decreto nº de 24.919, de 5 de abril de 2020. Dispõe sobre o Estado de Calamidade Pública em todo o território do Estado de Rondônia, devido o término do prazo de vigência estabelecido no caput do artigo 3º do Decreto nº 24.887, de 20 de março de 2020 e revoga dispositivos do Decreto nº 24.887, de 20 de março de 2020. *Diário Oficial do Estado*, Porto Velho, RO, 5 abr. 2020. Disponível em: <http://ditel.casacivil.ro.gov.br/COTEL/Livros/Files/D24919.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 2005. v. I.

**Dados do processo editorial**

- Recebido em: 04/09/2020
- Controle preliminar e verificação de plágio: 12/11/2020
- Avaliação 1: 12/05/2021
- Avaliação 2: 12/05/2021
- Decisão editorial preliminar: 22/08/2021
- Retorno rodada de correções: 30/08/2021
- Decisão editorial final: 31/08/2021

**Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

# DIREITO À SAÚDE E O CUSTEIO PÚBLICO DAS/OS PACIENTES INFECTADAS/OS PELO COVID-19: UMA ANÁLISE JURÍDICO-CIRCUNSTANCIADA DO PACTO FEDERATIVO SOB A ÓTICA DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL<sup>1</sup>

THE RIGHT TO HEALTH AND PUBLIC COSTING OF INFECTED PATIENTS BY COVID-19: A LEGAL-DETAILED ANALYSIS OF THE FEDERATIVE PACT FROM THE CONSTITUTIONAL PROTECTION PERSPECTIVE

RAINER BOMFIM<sup>2</sup>

LUIS FELIPE COSTA LOPES<sup>3</sup>

ALEXANDRE GUSTAVO MELO FRANCO DE MORAES BAHIA<sup>4</sup>

## RESUMO

Sob a vertente metodológica jurídico-sociológica, realiza-se uma análise sobre o custeio público das/os pacientes com enfoque no pacto federativo que é estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A hipótese do trabalho é que o custeio das despesas das/os pacientes é feito a partir da repartição de competências entre os entes da federação, de maneira comum, sustentando o sistema proporcionalmente aos seus orçamentos. O trabalho justifica-se tendo em vista a pandemia instalada pelo COVID-19 e os impactos de despesas que isso traz ao Sistema Único de Saúde. Conclui-se que o custeio do direito à saúde brasileira é um bom exemplo para demonstrar o pacto federativo. Ele faz parte de um mecanismo de cooperativismo federativo em que os entes, União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, têm competência comum para tratar da temática. Com isso, o custeio do Sistema Único de Saúde, programa criado para garantir universalidade no acesso à saúde gratuita e políticas públicas voltadas para saúde, deve partir dos três entes da federação.

**Palavras-chave:** direito constitucional; direito à saúde; Sistema Único de Saúde; custeio público.

- 1 Parte desse trabalho é realizado com aporte público oriundo de financiamento de pesquisa pelo CNPq concedida ao primeiro e terceiro autor e conta com financiamento da CAPES – código de financiamento 001 concedido ao segundo autor.
- 2 Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, com bolsa CAPES. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Bacharel em Direito pela UFOP. Professor da graduação em Direito da Rede Doctum - Unidade João Monlevade/MG. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2934-0653>.
- 3 Graduando em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Pesquisador de Iniciação Científica com bolsa CNPq. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5058-6033>.
- 4 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor do mestrado acadêmico Novos Direitos, Novos Sujeitos UFOP. Professor da graduação da UFOP e do IBMEC-BH. Bolsista de Produtividade CNPq. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5461-7848>.

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

BOMFIM, Rainer; LOPES, Luis Felipe Costa; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. Direito à saúde e o custeio público das/os pacientes infectadas/os pelo COVID-19: uma análise jurídico-circunstanciada do pacto federativo sob a ótica da proteção constitucional. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 4, p. 234-247, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i4.8541>.

## ABSTRACT

*Under the juridical-sociological methodological approach, an analysis is made of the public costing of patients with hangings in the federative pact that is established in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. The hypothesis of the work is the costing of the expenses of patients are made based on the division of competences among the federation entities, in a common way, supporting the system in proportion to their budgets. The work is justified in view of the pandemic installed by COVID-19 and the impact of expenses that bring to the Unified Health System. It is concluded that as a way to demonstrate this federative pact, there is the cost of the right to Brazilian health . It is part of a federative cooperative mechanism, in which the entities, unions, states, municipalities and the Federal District, are competent to deal with the theme. With this, the funding for the Unified Health System, a program created to guarantee universality in access to free health and public policies aimed at health, must come from the three entities of the federation.*

**Keywords:** constitutional right; right to health; Unified Health System; public cost.

## 1. INTRODUÇÃO

Em 2020 instaurou-se uma crise sanitária advinda do COVID-19. Em 11 de março de 2020 a Organização Mundial da Saúde declarou a situação de pandemia sanitária, haja vista que, em vários países, haviam casos de contaminação pelo vírus (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2020). Uma série de medidas foram adotadas, como a restrição de circulação e até decretação de *lockdown* para prevenção do avanço dessa doença (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2020).

Sobre isso, para garantir o acesso ao Direito à saúde, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil (CFRB/88), deve-se entender como funciona o custeio desse direito, tendo em conta o complexo de regulamentos que o regem, entes que formam sua estrutura econômica e políticas que garantam seu acesso de maneira universal e gratuita.

O Sistema Único de Saúde (SUS) brasileiro alça-se em um árduo desafio de enfrentar condições precárias para tamanha demanda de uma pandemia global. Se no período pré-pandêmico já existia uma situação preocupante de custeio, agora, sofre com deficiência de instrumentos e condições de trabalho, fruto de uma política histórica de contingenciamento.

O decreto de calamidade pública, por outro lado, normatizado pelo poder legislativo flexibilizou as ações dos governos para o enfrentamento ao COVID-19. Entretanto, recai-se sobre o questionamento de como o SUS se sustenta, bem como quem são os atores por trás das ações e garantias do direito à saúde imbuídos no sistema.

Para isso, a divisão de competências provinda do pacto federativo responderá os questionamentos. Os três entes federativos, União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, formam uma rede complementar visando garantir o disposto constitucional de acesso à saúde de qualidade.

Dessa maneira, questionam-se quais são os moldes do custeio das/os pacientes infectadas/os pelo COVID-19 frente à capacidade de ação e responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público.

Desta forma, sob uma vertente metodológica jurídico-sociológica, apresenta-se que os moldes dos custeios dos pacientes são feitos a partir da repartição de competências entre os entes da federação, de maneira comum, sustentando o sistema proporcionalmente aos seus orçamentos.

## 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais são aqueles atribuídos aos indivíduos e à sociedade, dentro do ordenamento jurídico constitucional, por meio da construção jurídico-histórico-social pela norma máxima de um país (BONAVIDES, 2011). De tal maneira, esses também são os Direitos Humanos<sup>5</sup> que passam pelo crivo constitucional, sendo a partir daí parte do ordenamento jurídico.

Tradicionalmente, os Direitos Fundamentais são divididos em gerações ou dimensões (BONAVIDES, 2011). Na primeira geração, destacam-se os direitos atinentes à esfera de autonomia da pessoa e expansão de seus poderes (liberdades individuais). Por outro lado, os direitos de segunda geração são aqueles que buscam estabelecer uma liberdade real e igualitária para todos, estando diretamente relacionados com os Poderes Públicos. Por sua vez, os direitos de terceira geração são conhecidos como aqueles relativos às demandas particulares ou coletivas, uma vez que são concebidos para a proteção da sociedade como um todo (BOM-FIM; BAHIA, 2019).

Em expansão às gerações tradicionalmente apresentadas, Bonavides (2011) traz a existência de direitos de quarta e quinta gerações, sendo relacionadas à informação, à democracia e ao pluralismo (BONAVIDES, 2011, p. 567). Essa conceituação é aberta para as sociedades em sua universalidade, visto que as demandas relacionadas ao futuro não são certas e constroem-se de maneiras amplas (e plurais) e um pressuposto qualitativo da convivência humana, como um elemento de conservação da espécie (BONAVIDES, 2011, p. 579)<sup>6</sup>.

5 Como traz Bonavides (2011, p. 371): "Os direitos humanos nas bases de sua existencialidade primária são os aferidores da legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que eles padeçam lesão, a Sociedade se acha enferma. Uma crise desses direitos acaba sendo também uma crise do poder constituinte em toda sociedade democraticamente organizada".

6 Vale lembrar: "A partir dessa classificação dos direitos humanos em dimensões ou gerações, não seria equivocado concluirmos que a tensão entre a sociedade civil e o Estado não se sustenta mais, tendo em vista que, como passamos da primeira para a segunda geração, o Estado não mais representa um risco. No entanto, defendemos que essa afirmação não está correta. As diversas conquistas de reconhecimento de direitos fundamentais representam o resultado dos movimentos constitucionais ao longo dos tempos, significando, cada uma delas, um importante passo rumo ao desenvolvimento social. No entanto, esse não foi um caminhar em linha reta e, por isso mesmo, não podemos dizer que chegamos ou estamos perto de chegar a um ponto final. Apesar disso, ainda hoje encontramos na literatura jurídica os direitos fundamentais classificados ou divididos em gerações ou dimensões, como se as etapas de desenvolvimento dos direitos fundamentais tivessem ocorrido de forma rigorosamente estanque, como rupturas sucessivas. Da mesma forma, não podemos compreender os direitos fundamentais através de uma evolução histórica. (...) [E]ntendemos que a concepção de direitos humanos em uma geração não deve significar o abandono das conquistas, dos direitos anteriormente reconhecidos em prol dos direitos de uma geração subsequente. Pelo contrário, os direitos fundamentais de uma geração somam-se à seguinte. Cada nova conquista implica necessariamente em uma releitura das dimensões anteriores" (BAHIA; GOMES. 2014).

### 3. DIREITO À SAÚDE

O Direito à saúde desenvolveu-se no movimento constitucionalista a partir do séc. XX, em que se superou a ideia que deveria existir somente um Estado absenteísta e garantidor de direitos fundamentais como a liberdade e propriedade, deixando a sociedade às mazelas sociais advindas desse modelo (FERNANDES, 2017).

Assim, passa-se, naquela época, à construção do que alguns autores chamam de direitos de 2º geração (ou dimensão) (BONAVIDES, 2011). Conforme diz Bernardo Fernandes (2017): “Trata-se dos direitos à saúde, trabalho, educação, lazer, previdenciário, entre outros. São tradicionalmente intitulados de direitos sociais, culturais e econômicos”.

A partir desse pequeno recorte histórico, segue-se ao questionamento sobre o que seja saúde. De fato, o conceito de saúde pode gerar várias interpretações em vários sentidos, sendo um para sociologia, antropologia, biologia e demais ramos. Para o Direito, no Brasil, nos auxilia a chegar ao conceito o que fora definido pela Organização Mundial da Saúde e a lei do Sistema Único de Saúde.

É indiscutível que o direito à saúde relaciona-se de forma direta com o direito à vida. Todavia, não é nada fácil, nem simples, desenvolver um conceito jurídico do que seja saúde. Segundo Reissinger, o principal conceito se dá a partir do próprio preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde: “estado completo de bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou enfermidades. “A Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), por outro lado, apresenta uma leitura que engloba ainda no conceito de saúde um conjunto de ações públicas que assegurem uma vida digna e a autonomia dos sujeitos beneficiários. Por isso mesmo, fala-se em medidas de *saúde preventiva* e medidas de *saúde curativa*: o primeiro conceito se revelaria como um status *positivus libertatis* - na leitura de Jellinek, conectado à noção de *mínimo existencial* -, enquanto o segundo, um status *positivus socialis* (isto é, um direito social, propriamente dito) (FERNANDES, 2017, p.728).

Além disso, destaca-se que o Direito à saúde, como um dos direitos sociais, encontra-se, então, entre os Direitos Fundamentais. Diante disso, reserva-se o mínimo existencial para que se consiga efetivar o direito à isonomia, impedindo distinções para acesso à rede pública de saúde, por exemplo. (NOVELINO, 2016, p. 799).

Acompanhando tal entendimento, então, o Direito à saúde detém as características que têm todos os Direitos Fundamentais: relatividade, imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, entre outros que foram debatidos no tópico anterior (FERNANDES, 2017 e BONAVIDES, 2011). Por conseguinte, o texto constitucional que trata sobre o direito ora estudado:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Em um primeiro momento, nota-se que o Direito à saúde é um direito de todos. De outro lado, superou-se, há muito, a ideia de que direitos sociais formam norma(i)s meramente programáticas (de “eficácia limitada”) e, logo, de um lado, dependentes da “boa vontade” do legislador e, de outro, não *sindicáveis* judicialmente. Todos os direitos fundamentais têm aplicação

imediate (art. 5º, §1º) e a Constituição igualmente criou mecanismos para resguardar isso. Ainda que se possa discutir em que medida afirmar, um tal direito, pode impor prestações positivas para o Estado “custe o que custar”, é certo que um mínimo de eficácia ele tem de ter – o que vai ser conhecido como *mínimo existencial*.

Diante disso, é possível que o Poder Judiciário garanta tal direito, haja vista o mandamento constitucional de que o Poder Público deve agir para sua promoção (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1057), ainda que seja sempre necessário lembrarmos a advertência de Canotilho segundo a qual, quando se trata de direitos econômicos, sociais e culturais, há que se atentar para a particularidade de sua constituição, a fim de se evitar a confusão entre “direitos sociais e políticos” e “políticas públicas de direitos sociais” (CANOTILHO, 2008, p. 99).

Para a interpretação do “dever do Estado”, retirado do dispositivo constitucional, reluz o mandamento do Constituinte para a tomada de ação do Poder Público. Sendo assim, União, Estados, Municípios e Distrito Federal devem em comum promover a garantia do direito à saúde em todas suas etapas, seja na redução de doenças, tratamentos e afins (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1058).

Por conseguinte, o Poder Constituinte da CRFB/88 trouxe que o Direito à saúde deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas. Isso significa que o administrador público deve acompanhar os avanços tecnológicos e diretrizes da medicina. Sendo assim, além da função de distribuir, passa a dever alocar, segundo as adversidades sanitárias que venha ter.

Ademais, as políticas devem agir visando à redução do risco da doença e de outros agravos. Com isso, não só diretamente o Poder Público deva agir na saúde, mas em todos os fatores que condicionem o tratamento e prevenção de doenças, como o investimento em saneamento básico (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1059).

A Constituição impõe aos poderes públicos a adoção de políticas sociais e econômicas de caráter preventivo e.g., redução do risco de doença e de outros agravos) e reparativo. O princípio do acesso universal igualitário às ações serviços de saúde, enquanto concretização do princípio da isonomia CF, art. 5.º), impõe aos poderes públicos o dever de agir fornecendo a todos prestações materiais e jurídicas adequadas à promoção e proteção da saúde, bem como sua recuperação nos casos de doença, independentemente da situação econômica do indivíduo Subsequentemente a isso, o direito à saúde deve ser garantido por meio de políticas que visem ao acesso universal e igualitário (NOVELINO, 2016, p. 806)

Conforme se depreende do texto exposto, os poderes e entes federativos comungam de esforços para garantir o funcionamento do sistema, que é universal, acessível e deve atender eficazmente o direito garantido na Constituição. As ações de promoção, proteção e recuperação da saúde devem ser desempenhadas com responsabilidade e com base em uma gestão pública responsável e gerencial, organizando a distribuição de rendas. Dessa forma, nos explica Gilmar Mendes:

O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e manutenção das políticas públicas de saúde já existentes – o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da Federação – do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o

problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados. Numa visão geral, o direito à saúde há de se efetivar mediante ações específicas (dimensão individual) e mediante amplas políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (dimensão coletiva). Nessas perspectivas, as pretensões formuladas e formuláveis tanto poderão dizer respeito a atos concretos como a políticas e ações administrativas que contribuam para a melhoria do sistema de saúde, incluídas aqui as normas de organização e procedimento (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1060).

Por tudo isso, entende-se que o direito à saúde no Brasil depende tanto de ações individuais, como de políticas públicas de promoção da saúde, em todas as suas dimensões. Assim, o sistema que garantirá esse direito, é rodeado por diretrizes e ações cujo objetivo é torna-lo acessível e universal, participando do pacto federativo por meio da contribuição dos entes federativos (MORAES, 2018, p. 1144-1145).

#### 4. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E O PACTO FEDERATIVO

A República Federativa do Brasil guarda em seu nome a forma de Estado adotada no país. O Poder Constituinte cuidou de estabelecer o princípio federativo, conforme se vê no Art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal...” (BRASIL, 1988).

As coletividades, ao se reunirem (na forma de entes federados), não perdem sua personalidade jurídica, mas apenas algumas prerrogativas em benefício do todo (o Estado Federal). A mais relevante perda é a **soberania** já que apenas o Estado Federal será reputado como soberano para o plano do Direito Internacional. No plano interno, portanto, falamos, antes, em **autonomia** dos entes federados. Nesses termos: “Por isso mesmo, podemos dizer que, no Estado Federal, há um governo central (ordem jurídica central) e vários governos locais (ordens jurídicas parciais), todos exercendo, em condições de igualdade e com fundamento imediato na Constituição, o poder político”. A ideia de Federação está necessariamente correlacionada com a noção de **território**, como limite espacial do exercício da soberania estatal. Na Federação, encontramos um processo de **descentralização política** no qual temos a retirada de competências de um centro para transferi-las para novos centros, o que irá gerar não uma unidade central, mas outras entidades parciais, cuja capacidade foi concedida diretamente pela Constituição (FERNANDES, 2017, p. 302).

Para estabelecer a divisão de funções, existe um rol de competências previsto constitucionalmente e direcionado para cada ente (repartição horizontal de competências). Ocorre, no entanto, que há também competências comuns e concorrentes na Constituição brasileira. Dessa forma, embora os entes federativos tenham autonomia, existe um cooperativismo federativo, que exige ações mútuas para avanço social (chamado de repartição vertical de competências). Assim, contrapõe-se ao federalismo dual tradicional, cuja premissa é de que cada ente atua em esferas distintas e circundadas por suas próprias competências, sem ações legislativas ou administrativo-públicas conjuntas.

Portanto, temos que o Brasil adota um sistema complexo de repartição de competências, trabalhando tanto a repartição horizontal (de competências enumeradas e remanescentes) quanto a repartição vertical (de competências concorrentes e comuns), tendo o objetivo de desenvolver um federalismo de equilíbrio (ainda em processo!), no qual permeiam competências privativas (ou exclusivas), remanescentes, comuns e concorrentes entre os entes que compõem a Federação (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal) (FERNANDES, 2017, p. 885).

Como forma de exemplificar tal distribuição de competências existente no ordenamento jurídico brasileiro tem-se o direito à saúde:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

[...]

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...]

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; (BRASIL, 1988).

Percebe-se, nos dispositivos constitucionais reproduzidos acima, que a saúde faz parte da pauta legislativa e administrativa da União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Posto isso, para a ação conjunta desses entes, cuidou o Constituinte de criar o Sistema Único de Saúde, cujo objetivo é garantir acesso universal e igualitário, para vacinas, consultas, exames e tratamentos gratuitos, fiscalização, entre outras funções discriminadas na Constituição e leis infraconstitucionais que regulam o sistema.

Segundo o art. 198 da CRFB/88, o SUS é formado de forma regionalizada e hierarquizada, de maneira que forma um sistema único, como já dito. Assim, reforça-se a ideia de que todos os entes federativos participam de sua formação/custeio, expondo a competência comum prevista nos art. 23 da Carta Magna.

Um dos pontos basilares do SUS é sua descentralização, por entender-se que, com essa, aspectos regionais de cada região, em um país marcado pela heterogeneidade, seriam preservados. Nesse aspecto, a importância da municipalização do financiamento e uma consequente diminuição centralizadora tornam-se relevantes (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1061).

Consoante a isso, impõe que a União, Estados, Municípios e o Distrito Federal passem determinada renda, prevista em lei, para manutenção e sustento do SUS. Não o fazendo, o administrador estadual incorre na possibilidade de Intervenção Federal, conforme art. 34 da CRFB/88. Da mesma forma, por meio da Emenda Constitucional nº 29/2000, os Estados passaram a poder intervir nos Municípios e a União, nos Municípios em territórios federais, caso não haja cumprimento do devido repasse para o setor (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1062).

O repasse de cada ente foi definido na Lei Complementar n. 141:

A lei dispõe que, anualmente, a União aplicará em ações e serviços públicos de saúde o correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (art. 5º, *caput*). Os Estados e o Distrito Federal deverão aplicar, no mínimo, 12% da arrecadação de impostos a que se refere

o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea a do inciso I e o inciso II do *caput* do art. 159, todos da Constituição Federal (art. 6º), enquanto Municípios e Distrito Federal deverão aplicar, no mínimo, 15% da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea b do inciso I do *caput* e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal (art. 8º). Os recursos para serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde da União serão repassados ao *Fundo Nacional de Saúde* e às demais unidades orçamentárias que compõem o Ministério da Saúde (art. 12). O rateio dos recursos da União será transferido diretamente aos respectivos fundos de saúde dos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios e observará as necessidades de saúde da população, as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica, espacial e de capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde (art. 17). (...) O rateio dos recursos dos Estados, transferidos aos Municípios seguirá, por sua vez, o critério de necessidades de saúde da população e levará em consideração as dimensões epidemiológica, demográfica, socioeconômica e espacial e a capacidade de oferta de ações e de serviços de saúde, observada a necessidade de reduzir as desigualdades regionais (art. 19) (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1063).

Por tudo isso, percebe-se que o SUS, além de fazer um gerenciamento da saúde brasileira, detendo competências de regulamentação, fiscalização e afins, faz parte do pacto federativo, uma vez que impõe aos entes aplicarem recursos e trabalharem por uma saúde que realmente condicione a dignidade da pessoa humana, garantindo aplicabilidade e eficiência aos direitos humanos.

## 5. PANDEMIA E AS CIDADES: O ESTADO DE *LOCKDOWN*

Como forma de prevenção e reação ao COVID, os países adotaram uma série de restrições de locomoção e isolamentos sociais. Além disso, disseminaram-se métodos de higienização de locais públicos, adoção de álcool em gel, uso de máscaras e diversas outras ferramentas para combate ao COVID (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2020). Para coadunar com essas medidas, os Estados e MUNICÍPIOS adotaram restrições de circulação mais severas, com a possibilidade até de aplicação de multas para seu descumprimento.

As medidas que o *lockdown* impõe são mais severas, por agirem justamente em situações extremas, em que se requer medidas mais enérgicas para solução do problema. O fato que desperta curiosidade é a constitucionalidade desse estado de *lockdown*, pois a Constituição prevê expressamente a liberdade de ir e vir como direito fundamental.

Na legislação brasileira não havia normas que descrevessem claramente quais medidas poderiam ser tomadas pelo Poder Público em caso de algo como uma pandemia. Dessa forma, adotou-se o Estado de Calamidade pública, instituído por meio do Decreto Legislativo 06/2020. Com tal medida, possibilitou-se que o Poder Público se articulasse de maneira mais eficaz, possibilitando melhor o manejo dos gastos para atendimento do setor da saúde e medidas financeiras de apoio social. A partir da lei 13.979/2020 o Congresso tentou articular-se para conter a pandemia e contribuir com a solução da calamidade pública instaurada. Valendo-se da competência constitucional para editar norma geral sobre saúde que possui a União, como vimos, o Congresso regulamentou ações e políticas que poderiam ser adotadas

nos âmbitos nacional, regional e local de combate à pandemia. Na lei estão previstas medidas que se assemelham com o *lockdown*, tais como o estabelecimento de “toque de recolher”, fechamento das vias e espaços públicos, proibição de funcionamento de estabelecimentos, entre outras ações. A partir daí os entes da Federação, em suas respectivas esferas poderiam criar normas suplementares e ações específicas de acordo com cada situação.

No entanto, as medidas adotadas pelo Executivo Federal foram na contramão daquela lei; por exemplo, editou Medidas Provisórias que iam em sentido contrário, buscando, por exemplo, recentralizar as decisões nas mãos do Presidente da República (BAHIA; SILVA, 2020, p. 12-13).

Assim, nota-se que as medidas do *lockdown*, à primeira vista, parecem confrontar com o direito constitucional das liberdades individuais. Sem embargo, o direito de ir e vir não se perfaz absoluto. Sendo assim, tal como qualquer outro direito fundamental, ele é passível de sofrer limitações e restrições (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 529).

O *lockdown* é capaz de contribuir com as ações governamentais para combate ao COVID-19, vez que permite uma reação enérgica do Poder Público, sobrepesando o direito à saúde como prioridade. Com isso, garante que as ações de combate tracem proibições, imponham sanções administrativas, restrinjam horários e reduzam a circulação de pessoas, indo, portanto, em sentido contrário a fatores de transmissão do vírus.

## 6. COVID-19 E O CUSTEIO DAS/OS PACIENTES INFECTADAS/OS

A CFRB/88 possui diversos direitos cuja aplicabilidade se dá de forma progressiva. Sendo assim, ela possui característica de ser uma constituição programática, direcionando a atuação dos três poderes, aqui particularmente, do Legislativo, que tem o dever de criar políticas de aprofundamento/crescimento da fruição de direitos fundamentais, qualquer que seja a orientação ideológica da maioria dos parlamentares. Assim sendo, faz parte de seu texto normativo um extenso conteúdo detalhado de direitos, cuja ordem é para o Poder Público atingir a máxima eficácia desses direitos e já se partindo do suposto de que todos eles têm “aplicação imediata” (art. 5º, §1º) (BRASIL, 1988) (mínima que seja).

Tradicionalmente, diz-se que os direitos sociais e, sobretudo, o Direito à saúde, são condicionados à existência de recursos financeiros e humanos para seu sustento. Diante disso, esses direitos ficariam submetidos à reserva do possível para se estabelecer, a cada momento, seu alcance (BARROSO, 2009, p. 24). A reserva do possível deve ser “trabalhada como uma espécie de teste da razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos existentes” (FERNANDES, 2017, p. 713). Vale anotar, no entanto, que todos os direitos fundamentais implicam em custos para o Estado. Afinal, para se garantir um direito como a propriedade, o Estado também tem de gastar dinheiro de tributos com estruturas como cartórios, Judiciário, Ministério Público, Polícias, presídios, etc. (HOLMES; SUNSTEIN, 2011). A grande questão aqui é o quanto se está disposto a gastar e/ou a se sacrificar em nome de “austeridade fiscal”: normalmente, em tempos de crise econômica

são aqueles (os direitos sociais, econômicos e culturais) e não estes (como o direito individual à propriedade) que são “sacrificados”<sup>7</sup>.

Assim é que, com a pandemia do Covid-19, inevitavelmente surge o questionamento acerca do custeio com vacinas, medidas protetivas, com pacientes infectados pelo vírus – além dos questionamentos sobre a “saúde do mercado” com as medidas restritivas de circulação. Mas, para isso, necessita-se identificar quem são os personagens por trás dos polos passivos das ações. Conforme a OMS, é a sexta vez que uma Emergência da Saúde Pública com implicações internacionais é declarada, tendo antes o vírus H1N1, Ebola, Poliovírus, Zika vírus e agora o COVID-19 (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2020). Os reflexos do COVID são sentidos em todas as esferas sociais. Destaca-se, pois, a importância das atitudes dos governos nesse momento crítico. Todos os poderes são acionados para ação, cada qual colaborando com seus esforços para controlar o nível de infectadas/os e o alto nível de letalidade do vírus.

Em tempos normais passamos à análise conforme diz Luís Roberto Barroso:

A Lei nº 8.080/90 procurou ainda definir o que cabe a cada um dos entes federativos na matéria. À direção nacional do SUS, atribuiu a competência de “prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional” (art. 16, XIII), devendo “promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal” (art. 16, XV). À direção estadual do SUS, a Lei nº 8.080/90, em seu art. 17, atribuiu as competências de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde. Por fim, à direção municipal do SUS, incumbiu de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde (art. 18, I e III). Como se observa, Estados e União Federal somente devem executar diretamente políticas sanitárias de modo supletivo, suprimindo eventuais ausências dos Municípios. Trata-se de decorrência do princípio da descentralização administrativa. Como antes ressaltado, a distribuição de competências promovida pela Constituição e pela Lei nº 8.080/90 orienta-se pelas noções de subsidiariedade e de municipalização. A mesma lei disciplina ainda a participação dos três entes no financiamento do sistema. Os temas do financiamento e da articulação entre os entes para a administração econômica do sistema, porém, não serão objeto de exame neste estudo. Veja-se, portanto, que o fato de um ente da Federação ser o responsável perante a população pelo fornecimento de determinado bem não significa que lhe caiba custeá-lo sozinho ou isoladamente. Esta, porém, será uma discussão diversa, a ser travada entre os entes da Federação, e não entre eles e os cidadãos (BARROSO, 2009, p.16)

Portanto, o custeio do sistema parte dos três entes, em cooperação, mas quem é mais atingido diretamente pela execução de toda máquina do Sistema Único de Saúde são os Municípios. Assim sendo, para garantir acesso à saúde de qualidade e que atenda a quem necessita, é comum deparar-se com ações que engendram, no polo passivo, os Municípios e, em menor medida, os Estados para assistência econômica. No entanto, os três entes é que devem se articular para manutenção do sistema, na medida de suas possibilidades de orçamento, o que deve implicar em um maior comprometimento da União, em termos absolutos proporcionais.

7 Por uma reconstrução do direito de propriedade, sob novas bases, vale a pena ver o excelente texto de Diogo Bacha e Silva (2016).

Nesse mesmo sentido julgou o Supremo Tribunal Federal ao afirmar no RE. n. 8515.178, de relatoria do Min. Luiz Fux, que se permite figurar no polo passivo qualquer um dos três entes federativos, isolados ou em solidariedade dentro do litígio judicial.

DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. (BRASIL, 2015)

A tese vencedora trazida pelo relator coincide com o que aqui já foi dito, sendo, pois, a divisão de competências estabelecidas pelo Poder Constituinte, que normatizou ser comum a responsabilidade dos entes federativos para custeio e promoção efetiva do direito à saúde<sup>8</sup>.

Por outro lado, o momento que se instaurou em 2020 remonta tempos atípicos e, dessa forma, surgem novas legislações para combate ao COVID, bem como ações que necessitam de medidas urgentes e amparadas legalmente. Para isso, o Congresso Nacional decretou e o Presidente da República sancionou a Lei Complementar n. 173, de maio de 2020, cujo conteúdo se refere tanto às medidas para enfrentamento ao COVID-19, quanto, de um lado, às questões de financiamento de Estados e Municípios e, de outro, à suspensão de cobrança de dívidas destes para com a União, durante o período da pandemia. Em seu bojo, reafirma-se o Decreto Legislativo n. 6, de 2020, cujo teor é de estabelecer o estado de calamidade pública. Sobre isso, explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O estado de **calamidade pública** está definido pelo Decreto no 7.257, de 4-8-10, que regulamenta a Medida Provisória no 494, de 2-7-10 (convertida na Lei no 12.340, de 1o-12-10), para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC. O artigo 2º define a **situação de emergência** como “situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido” (inciso III; e **estado de calamidade pública** “situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido” (inciso IV) (PIETRO, 2018, p. 485, grifos nossos).

Portanto, entende-se que o decreto de calamidade pública busca auxiliar o Poder Público no enfrentamento a momentos de instabilidade social, como o COVID, seja facilitando as medidas fiscais, desburocratizando as licitações para compras emergenciais, e outros pontos afetos à Lei Complementar n. 173 citada acima.

Parece, ainda, ser obscuro, se o decreto de calamidade pública e a atual situação pandêmica do Brasil, advinda do vírus, interferem no custeio das/os pacientes infectadas/os pelo COVID-19, tendo em vista as criações recentes de normas administrativas e legislativas, que surgem para auxiliar no combate.

8 O grande problema tem sido, no entanto, o fato de que, como dito, ainda que os três entes da Federação sejam responsáveis, os Municípios é que, por estarem mais próximos da prestação da saúde, são os mais visados em ações judiciais. No entanto, são os que têm menor capacidade orçamentária. Some-se a isso o fato de que, a partir da Constituição de 1988, não só a União vem aumentando aquelas receitas que não necessita compartilhar com os demais entes, como também sucessivas emendas vêm diminuindo o compromisso daquela com o custeio da saúde. Cf. PINTO; BAHIA; SANTOS, 2017.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é dotada de supremacia no ordenamento jurídico nacional. Sendo assim, todas as normas infraconstitucionais, que contradizerem a referida norma, são passíveis de Controle de Constitucionalidade. Diante disso, observa-se que a Lei Complementar não poderia alterar uma matéria afeta da CRFB/88, pois, em o fazendo, incorreria na inconstitucionalidade.

Assim, a lei que cuida das medidas de enfrentamento ao COVID, não trata de nenhuma matéria de competência e direito à saúde, pois, para fazê-lo, deveria haver uma Emenda Constitucional para tal. Sendo assim, o pacto federativo de cooperativismo quanto à matéria de direito à saúde e a competência comum se mantém até o presente momento, cabendo a divisão entre os entes do custeio do SUS e do tratamento à saúde, como já explicado nas linhas acima.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa maneira, sem o objetivo de esgotar a presente discussão, visto que o texto é escrito durante a pandemia, conclui-se que o Direito à saúde traz diversas medidas programáticas, que levam o Poder Público ao dever de prestar, para o cidadão, uma condição de acesso, tratamento, prevenção e todos os aspectos que circundam a saúde. Para tanto, os entes federativos devem se articular para promoção de tal direito constitucional.

Em um ponto intermitente, tem-se como ferramenta de uso dos governos municipais a possibilidade de decretar o *lockdown* das cidades, em que a liberdade de locomoção será restringida frente à garantia do direito à saúde. As adoções dessas ações permitem a prevenção ao COVID, de tal forma, que tem amparo legal, com reações mais severas aos seus descumprimentos, como a imposição de multas.

Nesse mesmo ponto, remete-se ao pacto federativo, pois nele, os países que adotam a forma de Estado Federação, possuem uma descentralização do Poder Político. Para isso, estabelecem entes cuja intenção é deter autonomia, mas não soberania. Sendo assim, possuem autogoverno, autogestão e compartilham de legislação específica local, embora delimitados pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Assim, como forma de demonstrar esse pacto federativo, tem-se o custeio do direito à saúde brasileira. Ele faz parte de um mecanismo de cooperativismo federativo, em que os entes, União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, têm competência comum para tratar da temática. Com isso, o custeio do Sistema Único de Saúde, programa criado para garantir universalidade no acesso à saúde gratuita e políticas públicas voltadas para saúde, deve partir dos três entes da federação.

Nesse aspecto, em momentos como a pandemia do Covid-19, em que se estabelecem diversas medidas para o enfrentamento do vírus, devem os entes estar alinhados na frente de batalha, de modo que os três são responsáveis, não cabendo tais ações tão somente ao município ou qualquer um dos dois outros entes.

## REFERÊNCIAS

- BACHA E SILVA, Diogo. Constitucionalismo latino-americano e direito à propriedade: incursões teóricas em direitos fundamentais sob uma nova perspectiva. *Libertas: Revista de Pesquisa em Direito*, v. 2, n. 1, 31 dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br:8082/pp/index.php/libertas/article/view/293/270>. Acesso em: 23 abr. 2020.
- BACHA E SILVA, Diogo; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco Moraes. Direito à saúde, jurisdição constitucional e estado de emergência constitucional: uma perspectiva crítica da pandemia. *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/50341/34048>. Acesso em: 10 mar. 2021.
- BAHIA, Alexandre; GOMES, Renata. Tensões dialéticas da modernidade ocidental: uma análise crítica a partir de uma perspectiva democrática. In: BALESTERO, Gabriela; BEGALLI, Ana Silvia (orgs.). *Estudos de Direito Latino Americano: efetividade dos direitos fundamentais*. Brasília: Kiron, 2014, v. II, p. 339-358.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos, e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito Social*, Rio de Janeiro, n. 34, 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94.147, rel. min. Ellen Gracie, j. 27-5-2008, 2ª T, DJE de 13-6-2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp?item=31&tipo=CJ&termo=s>. Acesso em: 23 abr. 2020.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 855178 PE – Pernambuco 0005840-11.2009.4.05.8500. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 16/03/2015. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628839/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-855178-pe-pernambuco-0005840-1120094058500/inteiro-teor-311628848>. Acesso em: 23 abr. 2020.
- BOMFIM, Rainer; BAHIA, Alexandre G. Melo Franco de Moraes. Inconstitucionalidade por omissão. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 6, n. 01, p. e249, 9 jul. 2019. Disponível em: <http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/249>. Acessado em: 10 maio 2018.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 23 abr. 2020.
- CANOTILHO, J. J. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed.; SP: RT, 2008.
- LEITE, Marcelo Lauer. Liberdades de reunião e locomoção não estão sujeitas a Lockdwn. *Revista Consultor Jurídico*, 21 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/liberdades-reuniao-locomocao-nao-sujeitas-lockdown>. Acesso em: 15 ago. 2020
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- BULOS, Uadi Lammêgo; *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPO-DIVM, 2017.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo 21 Editores, 2011.
- LIMA VAZ, C. A. A Aplicação Limitada da Reserva do Possível. *Libertas*, v. 2, n. 1, 31 dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufop.br:8082/pp/index.php/libertas/article/view/301/278>. Acesso em: 23 abr. 2020.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PINTO, Élide Graziane; BAHIA, Alexandre; SANTOS, Lenir. O financiamento da saúde na Constituição de 1988: um estudo em busca da efetividade do direito fundamental por meio da equalização federativa do dever do seu custeio mínimo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 16, p. 209-237, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

#### **Dados do processo editorial**

- Recebido em: 29/05/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 29/05/2021
- Avaliação 1: 23/08/2021
- Avaliação 2: 23/08/2021
- Decisão editorial preliminar: 29/08/2021
- Retorno rodada de correções: 29/08/2021
- Decisão editorial/aprovado: 31/08/2021

#### **Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

# O REFÚGIO EM TEMPOS DE PANDEMIA NO BRASIL

THE REFUGE IN TIMES OF PANDEMIC IN BRAZIL

HÉVERTON LOPES REZENDE<sup>1</sup>

VALTER MOURA DO CARMO<sup>2</sup>

## RESUMO

Atualmente, cerca de 26 milhões de refugiados estão se deslocando ao redor do mundo em busca de proteção a sua integridade física. Mas as migrações sofreram impacto significativo desde 2020, em razão da pandemia de COVID-19 que se alastrou pelo mundo, o que motivou os países a fecharem suas fronteiras aos “não nacionais”. Trata-se de assunto contemporâneo que está refletindo na capacidade de resposta do Poder Público em face das demandas diversas dessas pessoas. Nesse sentido, o objetivo geral deste artigo é identificar as principais Políticas Públicas implementadas em relação aos refugiados no Brasil durante a pandemia de COVID-19. Foi empregado o método dedutivo e a técnica bibliográfica. Os resultados denotam que a vacinação e a concessão do auxílio financeiro foram implementados de forma tímida e letárgica; além disso o fechamento das fronteiras pode ser encarado como uma violação ao Princípio do non-refoulement.

**Palavras-chave:** refugiados; pandemia; políticas públicas.

## ABSTRACT

*Currently, around 26 million refugees are moving around the world in search of protection for their physical integrity. But migrations have suffered a significant impact since 2020, due to the COVID-19 pandemic that has spread across the world, which has motivated countries to close their borders to “non-nationals”. This is a contemporary issue that is reflecting on the Government’s ability to respond to the diverse demands of these people. In this sense, the general objective of this article is to identify the main Public Policies implemented in relation to refugees in Brazil during the COVID-19 pandemic. The deductive method and the bibliographic technique were used. The results show that vaccination and the granting of financial assistance were implemented in a timid and lethargic manner; furthermore, the closing of borders can be seen as a violation of the Principle of non-refoulement.*

**Keywords:** refugees; pandemic; public policy.

1 Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Mestre em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR e Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidad del Museo Social Argentino, UMSA, Argentina. ORCID iD: <http://orcid.org/0000-0002-7630-3978>.

2 Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR; mestrado em Direito Constitucional pela UNIFOR com período sanduíche na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC e doutorado em Direito pela UFSC, tendo realizado o doutorado sanduíche na Universidade de Zaragoza (Espanha) com bolsa do PDSE da CAPES e período de investigação na Universidade Federal da Paraíba - UFPB com bolsa do PROCAD da CAPES. Realizou estágio de pós-doutorado na Universidade de Marília - UNIMAR com bolsa do PNPd da CAPES. Professor Assistente Doutor da UNIMAR, sendo professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito. Membro do Conselho Fiscal do CONPEDI. Membro da Comissão de Estudo de Identificação e Descrição da ABNT. Editor da Estudos: Revista de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas da UNIMAR e editor-adjunto da Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4871-0154>.

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

REZENDE, Héverton Lopes; CARMO, Valter Moura do. O refúgio em tempos de pandemia no Brasil. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 4, p. 248-263, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i4.8568>.

## 1. INTRODUÇÃO

Em que pese as migrações façam parte da história do ser humano, atualmente os fenômenos migratórios têm ganhado muito destaque, principalmente quando se trata de migrações forçadas, as quais decorrem de fatores alheios à vontade do indivíduo.

Aproximadamente oitenta milhões de pessoas estão deslocadas ao redor do mundo e, desse percentual, cerca de 26 milhões são refugiados, ou seja, pessoas que foram compelidas a migrar por motivo de perseguição em razão de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, dentre outros fatores (UNHCR, 2020).

As migrações sofreram grande impacto no ano de 2020 e continuam reduzidas até os dias atuais em razão da pandemia de COVID-19 que se alastrou pelo mundo, o que ensejou o fechamento de fronteiras dos países aos “não nacionais”.

Nesse sentido, o objetivo geral desta pesquisa é identificar as principais políticas públicas adotadas pelo governo brasileiro no contexto da pandemia, com um recorte às ações direcionadas aos refugiados.

Assim sendo, como objetivos específicos têm-se: a) discorrer sobre o refúgio na legislação brasileira; b) apresentar as consequências da pandemia nas migrações e as medidas implementadas para mitigação dos seus efeitos.

Trata-se de assunto contemporâneo que impacta diretamente a capacidade de resposta do Poder Público em face das demandas diversas da população envolvida; razão pela qual é importante descobrir como a República Federativa do Brasil tem abordado esse tema durante a pandemia e quais medidas efetivas foram adotadas. Para tanto, a metodologia aplicada envolve o método dedutivo e pesquisa bibliográfica.

## 2. O REFÚGIO NO BRASIL

Conforme Bauman (2017, p. 69-70) as migrações acompanham a história da humanidade, de forma que a população de todos os países atualmente é formada por um conjunto de diásporas, culminando numa diversidade étnica, religiosa e de estilo de vida (BAUMAN, 2011, p. 15); além da influência do imperialismo e o neocolonialismo, fruto de expansões territoriais ocorridas principalmente nos últimos séculos.

Note-se que a relevância do tema no mundo contemporâneo decorre do fato de que as migrações estão aumentando cada vez mais, ano após ano. Para se ter uma ideia do que está ocorrendo no mundo, até 2019, 272 milhões de pessoas estavam vivendo fora do seu país de nascimento, o que representa 3,5% da população do planeta (IOM, 2020, p. 2). Mas o que mais chama a atenção é o fato de que esse número aumentou exponencialmente desde o ano de 2010, com acréscimo de cerca de 51 milhões de migrantes (IOM, 2020, p. 21).

As migrações podem ocorrer de forma voluntária, quando uma pessoa pretende sair de seu lugar de origem por vontade própria, sem que tensões ou pressões externas a sua von-

tade tenham contribuído para sua decisão de migrar, ou seja, a motivação está relacionada a razões que somente a essa pessoa se referem.

Ou ainda podem ser classificadas como forçadas, quando o indivíduo é compelido a migrar a fim de assegurar sua integridade física, seja pela ação de forças geopolíticas e econômicas globais com a ocorrência de violações aos seus direitos (SAID; AVERY, 2017, p. 117), ou em razão de crises econômicas, desastres ambientais, conflitos armados, dentre outros, que transformaram a vida dessa pessoa no local de origem severamente penosa e inconveniente. E é nesse contexto de migrações forçadas que surgem os migrantes em vulnerabilidade, como os deslocados internos, deslocados ambientais, apátridas e os refugiados.

Conforme relatório do ACNUR, até o final de 2019, quase oitenta milhões de pessoas estavam em situação de deslocamento ao redor do mundo. Desses migrantes, o número de pessoas em situação de refúgio é superior a 26 milhões (UNHCR, 2019, p. 2).

Quase setenta por cento desses refugiados são provenientes de cinco países, a saber: Síria, com 6,6 milhões; Venezuela, com 3,7 milhões; Afeganistão, com 2,7 milhões; Sudão do Sul, com 2,2 milhões; e Mianmar, com 1,1 milhão de pessoas. Todos os países citados estão em situação de guerra ou atravessando grave crise humanitária (UNHCR, 2019, p. 3).

A condição de refugiado foi tratada de forma genérica pela primeira vez no Estatuto dos Refugiados, elaborado na Convenção de Genebra de 1951, que elencava seus direitos e deveres, já que os tratados anteriores eram aplicáveis tão somente a grupos específicos, como alemães e armênios. Todavia, havia uma limitação temporal determinando que seria aplicável aos fluxos de refugiados ocorridos antes de 1951, bem como permitia aos Estados que estabelecessem uma espécie de limitação geográfica aos acontecimentos ocorridos na Europa (RAMOS, 2017, p. 277).

Essas limitações duraram até 1967, quando foram suprimidas pelo Protocolo adicional à Convenção. Para Jubilut (2007, p. 113), um dos maiores méritos da Convenção de 1951 e do referido Protocolo de 1967 foi exatamente o estabelecimento de critérios para o reconhecimento do status de refugiado, abrangendo o indivíduo que sofre “perseguição” por motivo de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas.

A Convenção de 1951 elenca também um Princípio do Direito Internacional muito importante no contexto do refúgio: o *non-refoulement*, ou da proibição da devolução ou rechaço, previsto em seu art. 33, que assim dispõe: “nenhum dos Estados contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada” em virtude dos motivos acima descritos. Tamanha é a sua importância, que o Princípio também está previsto no art. 22.8 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e no art. 13 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

Destarte, certamente em razão do surgimento de novas situações que ensejaram deslocamentos forçados, a evolução sobre o assunto continuou com a aprovação da Convenção da Organização da Unidade Africana em 1969 (que entrou em vigor em 1974), a qual estabeleceu a definição ampliada de refugiado, considerando como tal aquele que foi obrigado a deixar sua residência habitual para buscar refúgio em outro Estado, em razão da ocorrência de graves violações de direitos humanos (RAMOS, 2017, p. 278).

E, dez anos mais tarde, em 1984, a definição ampliada foi acolhida pela Declaração de Cartagena, que estabeleceu que a definição de refugiado deveria conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, além de enquadrar como refugiados as pessoas que fugiram de seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas por violência generalizada, conflitos internos, agressão estrangeira, violação maciça dos direitos humanos ou ainda outras circunstâncias que perturbaram gravemente a ordem pública (RAMOS, 2017, p. 278).

No contexto brasileiro, o país tem histórico de boa receptividade às migrações, e a maior prova disso é a miscigenação da população brasileira, com influência principalmente de indivíduos europeus, japoneses e africanos, mormente nos últimos dois séculos. E, atualmente, tem se tornado um dos destinos mais procurados por solicitantes de refúgio na América Latina, com aumento significativo no fluxo de imigrantes nas últimas décadas.

O que corrobora essa afirmação é o fato de que no ano de 2019 foram apresentados 82.552 pedidos de refúgio (SILVA; CAVALCANTI; OLIVEIRA; MACÊDO, 2020, p. 18). E entre o período compreendido de janeiro de 2017 e dezembro de 2020, foram reconhecidos como refugiados no Brasil 49.493 pessoas (MJSP, 2020).

Entretanto, em que pese essa tradição de receptividade aos estrangeiros, bem como o fato de o Brasil ter ratificado a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 há décadas, não houve a implementação imediata de uma política efetiva de acolhida a refugiados, sendo tal fato alterado somente na década de 1970, quando ainda existia a limitação geográfica aos acontecimentos ocorridos no continente europeu (JUBILUT, 2007, p. 171).

Um passo relevante nessa temática foi a elaboração de projeto de lei que dispunha sobre o Estatuto dos Refugiados, o qual se consolidou na Lei nº 9.474, promulgada em 1997, representando um marco na proteção aos direitos dos refugiados no Brasil (JUBILUT, 2007, p. 175). Anos mais tarde, em 2017, foi promulgada outra lei importante: nº 13.445/2017 (Lei de Migração) e seu Decreto regulamentar, que disciplinam outros aspectos relevantes relacionados à situação migratória, como a emissão do visto de acolhida humanitária.

No art. 1º da Lei nº 9.474/1997, é apresentada a definição de refugiado de forma bastante abrangente, englobando todo indivíduo que, em razão de fundado temor de perseguição por motivos de religião, raça, grupo social, nacionalidade ou opiniões políticas, estando fora de seu país de nacionalidade, não queira ou não possa ter a proteção desse país (BRASIL, 1997). Influenciado pela Declaração de Cartagena de 1984, e adotando a definição ampliada de refúgio, o mesmo dispositivo legal prevê ainda que também pode ser reconhecido como refugiado aquele indivíduo que é obrigado a sair de seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro, em razão de grave e generalizada violação de direitos humanos; e prevê também a mesma proteção ao apátrida, que, estando fora de seu país de residência habitual, não queira ou não possa regressar a ele em função de perseguição pelas razões descritas no parágrafo anterior.

Com efeito, um aspecto interessante da lei foi a instituição do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE). Dentre as principais atribuições desse Comitê estão a análise do pedido, o reconhecimento e a perda, em primeira instância, da condição de refugiado. Para Leão (2011, p. 167-168), o CONARE é um órgão de deliberação coletiva, cujo modelo de traba-

lho é tripartite, mediante a participação do Estado, ACNUR e da sociedade civil, cuja atuação tem elevado conteúdo humanitário.

Assim, o procedimento para a solicitação de refúgio ocorre da seguinte forma: ao ingressar no território brasileiro, o migrante pode manifestar sua vontade em solicitar refúgio à autoridade migratória, a qual está encarregada de prestar as informações necessárias, inclusive sobre a gratuidade do procedimento, não podendo em hipótese alguma deportá-lo para a fronteira de território em que sua liberdade ou vida estejam ameaçadas pelos motivos que ensejam o pedido de refúgio, salvo se o solicitante for considerado perigoso para a segurança do Brasil.

Apresentada a solicitação de refúgio, a Polícia Federal emitirá um protocolo da solicitação, bem como Documento Provisório de Registro Nacional Migratório, sendo concedida ainda a autorização para residência provisória. O processo tramita no SISCONARE, que é uma plataforma digital que possibilita maior celeridade, bem como maior facilidade para formalização do pedido de refúgio, além de transparência ao processo (BRASIL, 2021).

A partir do protocolo de solicitação, será possível ao migrante requerer uma carteira de trabalho provisória, abrir conta bancária em Instituição Financeira e se inscrever no cadastro de pessoas físicas (CPF) perante a Receita Federal do Brasil (RFB), conforme art. 21 da Lei nº 9.474/1997, 119 do Decreto nº 9.199/2017, e art. 3º do Decreto nº 9.277/2018.

E, se negativa for a decisão do CONARE acerca do refúgio, caberá ainda um recurso administrativo ao Ministro da Justiça no prazo de quinze dias da respectiva notificação (cuja decisão será irrecorrível na via administrativa). Nesse caso, o solicitante de refúgio continuará com sua permanência assegurada no Brasil, nos termos do art. 30 da Lei nº 9.474/1997, até o julgamento do recurso. Se mantido o indeferimento, estará submetido à Lei de Migração, devendo regularizar seu status migratório ou deixar o país voluntariamente, sob pena de deportação.

Nesse contexto, o maior contingente de solicitantes de refúgio que aportam no Brasil é proveniente da Venezuela. Esse fluxo migratório de venezuelanos é um dos episódios mais recentes envolvendo deslocamentos forçados no continente americano. Explanar-se-á, portanto, essa situação.

Para Silva e Nogueira (2019, p. 106), há um caos socioeconômico e político no país, o que implicou o agravamento das condições de vida da população, gerando a atual crise humanitária com o deslocamento forçado de milhões de pessoas.

Estima-se que há mais de 3,6 milhões de venezuelanos deslocados no exterior. (SILVA; CAVALCANTI; OLIVEIRA; MACÊDO, 2020, p. 10.), mas indícios apontam para um número bem maior, em razão da dificuldade em obter dados precisos relacionados a migrantes em situação irregular, dentre eles muitos são indígenas.

Um dado relevante reportado no relatório da OIM aponta que o Brasil recebeu 609.049 venezuelanos entre janeiro de 2017 e agosto de 2020, com um número de saída na ordem de 346.574 e, conseqüentemente, haveria um saldo migratório de 262.475 (ODP, 2020).

Em vista dessa situação atípica vislumbrada no continente, aos nacionais de países fronteiriços onde não esteja em vigor o Acordo de Residência para Nacionais dos Estados Partes do MERCOSUL e países associados, situação que se amolda ao caso dos venezuelanos, o

Ministério da Justiça e Segurança Pública expediu a Portaria Interministerial nº 9/2018, que regulamenta a autorização de residência, que pode ser solicitada se o interessado estiver em território nacional (BRASIL, 2018).

Sendo assim, após o trâmite legal, o visto é emitido com prazo de dois anos, podendo ser prorrogado por prazo indeterminado, sendo garantido ao migrante o livre exercício de atividade laboral.

E também assiste ao venezuelano o direito de solicitar o refúgio no Brasil, pois sua situação se amolda ao que dispõe o art. 1º, III da Lei nº 9.474/1997, tendo em vista que a causa desse deslocamento é a grave e generalizada violação de direitos humanos naquele país. Até mesmo porque o Brasil já reconheceu, por meio do Decreto nº 9.285/2018, que o fluxo migratório dos venezuelanos é decorrente de crise humanitária.

Nesse sentido, o Brasil tem tentado responder à demanda: note-se que entre janeiro de 2017 e dezembro de 2019, 94,2% dos pedidos de refúgio deferidos no Brasil (ou seja, 46.647) foram em favor de venezuelanos (MJSP, 2020), sendo 20.902 pedidos deferidos somente em 2019 (SILVA; CAVALCANTI; OLIVEIRA; MACÊDO, 2020, p. 20).

Lado outro, os deslocamentos de pessoas tendem a ser mais desordenados, principalmente quando há incidência de uma emergência, como uma crise humanitária, o que pode ser facilmente observado nas mídias. A falta de um preparo prévio ou logística adequada potencializa a situação de vulnerabilidade dos migrantes, que ficam mais propícios a sofrerem violações aos seus direitos fundamentais.

Nessas circunstâncias, além de encarar uma difícil e penosa jornada, enfrentando frio, sede, fome e violências que nem se pode imaginar, essas pessoas estão suscetíveis à interferência de grupos criminosos que seduzem as vítimas com falsas promessas de favorecimento ou ajuda humanitária, quando na verdade são iscas para o desenvolvimento da exploração humana, em diversos aspectos.

Ademais, Castro (2020, p. 12) salienta que no norte do país não há abrigo para todos os migrantes que ingressam em território nacional, e boa parte passa a constituir a população de rua, além daqueles que são obrigados a procurar um abrigo noturno provisório, organizado pelo Exército atrás da rodoviária de Boa Vista, onde podem apenas passar a noite (CASTRO, 2020, p. 12).

Conforme estimativa da OIM, em junho de 2020, havia 1.233 venezuelanos desabrigados em Pacaraima e 2.375 em Boa Vista, totalizando 3.608 pessoas, dos quais, 1.328 são crianças (OIM, 2020).

A maioria dos migrantes venezuelanos entrou no Brasil pelo Estado de Roraima. Esse fluxo massivo no Estado tem causado grande oferta de mão de obra no mercado de trabalho local, mas tem aumentado a demanda por serviços públicos de forma quase insustentável, em razão dos recursos disponíveis atualmente na região. Assim, o governo vem trabalhando para realocar os venezuelanos de forma voluntária para outras partes do Brasil, onde há maiores condições para absorção da população migrante (ILO, 2019, p. 1).

Mas alguns migrantes, em razão de desconfiança das autoridades, decidem adentrar o território brasileiro pelo Norte e rumar em direção a outras regiões a pé, alheios ao processo

de interiorização ofertado pelo governo brasileiro. Esses migrantes são conhecidos como “caminhantes”, e percorrem centenas de quilômetros até encontrar um local onde se sentem mais seguros, após meses de exposição a riscos durante a caminhada.

### 3. MIGRAÇÕES EM TEMPOS DE PANDEMIA NO BRASIL

A COVID-19 é uma doença causada pelo novo coronavírus, denominado SARS-CoV-2. A OMS tomou conhecimento desse novo vírus em dezembro de 2019, após autoridades chinesas divulgarem casos misteriosos de pneumonia em Wuhan, na China (OPAS, 2020a, p. 9); (G1, 2020a).

A situação tornou-se alarmante devido à constatação de que, dentre os que desenvolvem os sintomas da doença, cerca de 15% ficam gravemente doentes e precisam de suporte de oxigênio, e outros 5% também ficam gravemente doentes, mas necessitando de cuidados intensivos (OPAS, 2020a, p. 9).

Foi em 30 de janeiro de 2020 que a Organização Mundial de Saúde declarou que o surto dessa doença constitui uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (OPAS, 2020b), e em 11 de março de 2020 declarou a situação como uma pandemia (OPAS, 2020b).

Fraga e Oliveira, (2020, p. 198) apresentam uma síntese da mobilização do governo brasileiro à época:

No Brasil, em 03 de fevereiro de 2020, a Portaria nº 188 do Ministério da Saúde (MS, 2020a) declarou emergência em saúde pública de importância nacional (ESPIN) em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (COVID-19). Em 06 de fevereiro de 2020, a Lei nº 13.979 (BRASIL, 2020a), objetivando a proteção da coletividade, dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19).

Para se ter uma dimensão da pandemia, até o dia 25 de março de 2021, havia 124.535.520 de casos confirmados (54.589.001 somente nas Américas), incluindo 2.738.876 de mortes ao redor do mundo. No Brasil, na mesma data, foram reportados 12.130.019 de casos confirmados, incluindo 298.676 mortes (WHO, 2021).

A COVID-19 afetou as migrações, não apenas pela vulnerabilidade que causou, mas também porque os governos dos países decidiram fechar suas fronteiras aos migrantes, como o que ocorreu no Brasil em 2020, quando, autorizado pelo art. 3º, VI da citada Lei nº 13.979/2020, regulamentou o fechamento das fronteiras por meio de Portarias, a exemplo daquelas de nº 648, 518, 470, 456, 125/2020, dentre outras, disciplinando determinadas restrições ao ingresso em território nacional por vias terrestre, marítima e aérea.

Tais restrições foram justificadas no próprio instrumento “por motivos sanitários relacionados com os riscos de contaminação e disseminação do coronavírus”, o que leva a crer que a concepção dos governantes é de que o “perigo vem de fora”, e que o fechamento das fronteiras, até mesmo aos solicitantes de refúgio, seria medida salutar, quando na verdade estamos diante da violação ao Princípio do *Non-refoulement*; e o que corrobora essa constatação é que

desde o início das restrições ao ingresso de migrantes, dezenas de pessoas que tentavam ingressar no Brasil, incluindo crianças, foram devolvidas até a fronteira (NASCIMENTO, 2020).

Para se ter uma ideia do impacto, o volume mensal médio de movimentos no Brasil no ano de 2019 foi de aproximadamente 2,5 milhões, enquanto, nos meses de abril e maio de 2020, esse número ficou em torno de 90 mil, caindo ainda para cerca de 40 mil em junho e julho. E mesmo com o aumento das movimentações em agosto daquele ano, permaneceram por volta de 200 mil, ou seja, muito aquém da média para o mesmo período no ano anterior. (CAVALCANTI; OLIVEIRA, 2020, p. 19).

Segundo os mesmos autores, praticamente todos os tipos de movimentação de fronteira no Brasil tiveram uma queda substancial, entretanto a redução foi maior para pessoas em trânsito e turistas. Além do mais, a única categoria que teve aumento foi a dos “não nacionais” deportados, expulsos ou extraditados, e isso pode estar relacionado às penas previstas nas portarias que passaram a vigor a partir de março de 2020 (CAVALCANTI; OLIVEIRA, 2020, p. 19-20).

Os efeitos sobre a dinâmica das solicitações de refúgio foram muito expressivos, de forma que o Brasil, antes se posicionando como o país que mais recebia migrantes em vulnerabilidade no continente, passou a apresentar números compatíveis com o início da década de 2010, muito antes da crise humanitária na Venezuela. A queda nas solicitações entre 2019 e 2020, considerando os meses entre janeiro e agosto, foi de 56,7% (CAVALCANTI; OLIVEIRA, 2020, p. 27-28).

Segundo Ventura (2016, p. 62), “a associação entre o estrangeiro e a doença acompanha a história das epidemias e faz parte do processo de construção das identidades nacionais no Ocidente”, de modo que potenciais violações aos direitos humanos podem ser perpetradas sob a forma de restrições impostas aos estrangeiros.

Restrições relacionadas a viagens podem ser ineficazes diante da dinâmica atual de transmissão das doenças infectocontagiosas, as quais podem ser disseminadas não apenas pelas pessoas, mas também em razão do comércio internacional de produtos (VENTURA, 2016, p. 68). Além disso, as restrições podem ser maléficas à implementação de ajuda humanitária, e propiciar prejuízo à economia da região afetada (VENTURA, 2016, p. 68). Dessa forma, o maior inimigo são as causas da persistência e propagação da doença, que devem ser combatidas pelos Estados (VENTURA, 2016, p. 70).

Conforme Tedesco:

A contenção pura e simples de imigrantes e o seu retorno forçado pode produzir mortes, confinamentos em espaços insalubres e diminutos, contingentes de estrangeiros em países que não são os seus, os impedimentos de uma migração regular e segura, dentre outros processos que expressam a biopolítica direcionada aos imigrantes, pode fazer com que esses encontrem canais alternativos para entrar em países de destino e engrossar o contingente de irregulares ou em campos de refugiados já constituídos tornando ainda mais vulneráveis ao vírus o contingente lá existente em razão das precárias condições de vida e de cumprimento de medidas que são recomendadas pela OMS de distanciamento físico, etc. (TEDESCO, 2020, p. 99)

Nesse sentido, Ruseishvili (2020, p. 162-163) apresenta algumas lições que podem ser extraídas da relação da pandemia da COVID-19 e as migrações. Dentre elas, citamos: a) a mobilidade é distribuída de forma desigual, pois aparentemente o principal disseminador do

vírus internacionalmente não é um refugiado, cuja migração se ocorre de forma forçada; mas sim uma pessoa que viaja sem grandes dificuldades e com velocidade, a exemplo dos turistas; b) o fechamento das fronteiras não impede as pessoas de migrarem, mas aumenta os riscos relacionados à migração, principalmente em razão da utilização de rotas clandestinas (como o que ocorreu em relação aos venezuelanos em 2020).

Nessas rotas clandestinas, o perigo é iminente, seja pela vulnerabilidade provocada pelo deslocamento em rios, matagais, florestas, mas também pela exposição aos “coiotes”, que oferecem algum tipo de “auxílio” para a travessia, mediante contraprestação em dinheiro. Ao chegar ao Brasil o problema continua, pois devido a sua entrada “irregular”, enfrentam dificuldades para a regularização migratória, com risco elevado de deportação. Veja-se o que demonstram Souza e Leite (2021):

O Brasil deportou 2.901 pessoas em 2020, segundo dados da Polícia Federal obtidos pela GloboNews. Trata-se de um aumento de 5.708% na comparação com 2019, quando 36 estrangeiros foram deportados do país. A deportação é o processo de devolução compulsória de um estrangeiro que entra ou permanece irregularmente no território de um país. **De acordo com a Polícia Federal, o crescimento é resultado das portarias que barraram a entrada de estrangeiros no Brasil por causa da pandemia da Covid-19.** Em 2020, cerca de 30 portarias foram criadas com esse objetivo. Com a limitação no número de voos para o Brasil, muitas dessas deportações ocorreram em casos em que estrangeiros tentaram entrar pela chamada fronteira seca (terrestre) do Brasil com outros países e acabaram sendo barrados. (grifo nosso).

Em razão dos fatores apresentados e do risco de serem compelidos a retornar, diversos imigrantes venezuelanos optam pela “migração informal”, retardando sua apresentação perante a PF, na esperança de um dia se regularizar. Isso se conseguirem ingressar em território nacional, após o Governo Federal reforçar o controle das fronteiras em fevereiro de 2021, determinando o uso da Força Nacional de Segurança Pública em apoio ao Estado do Acre, Unidade Federativa fronteira ao Estado do Amazonas, por onde comumente ingressava um número considerável de migrantes em situação de vulnerabilidade, conforme Portaria MJSP nº 62/2021 (BRASIL, 2021a).

O sofrimento suportado pelos migrantes em situação de vulnerabilidade, seja pelas condições pré e pós-migratórias, pode ocasionar consequências graves para a saúde mental dessas pessoas, conforme Galina, Silva, Haydu e Martin (2017, p. 304). Esse sofrimento está relacionado, dentre outros fatores, aos de choque cultural, linguagem, xenofobia, o que certamente demanda um cuidado especial, principalmente com todo o impacto provocado por esses tempos estranhos.

Diante desse contexto, por que fechar as fronteiras aos refugiados? Porque no Brasil as fronteiras dos aeroportos foram abertas em diversas ocasiões, enquanto a terrestre permanecia fechada aos venezuelanos? Seriam os refugiados os transmissores da doença ao redor do mundo, ou seriam os milhares de turistas? Certamente um dia alguém terá que responder a essas perguntas e assumir sua responsabilidade.

Interessante apontar aqui uma reflexão feita por Behrman (2019, p. 59) no sentido de que a legislação nem sempre é pensada na proteção total ao refugiado, mas tem um viés de extensão da influência do Estado sobre esse refugiado; sendo assim a lei pode ser um mero mecanismo de controle.

Conforme Agamben já apontava, o Estado frequentemente reduz as pessoas necessitadas a mera existência biológica, como um *homo sacer*, numa vida que sequer merece ser vivida; as quais são abandonadas e entregues ao que Foucault denominou de biopolítica (AGAMBEN, 2004, p. 117).

Essa reflexão é relevante, principalmente nesse período de pandemia, com tantos atos normativos sendo expedidos, cuja finalidade é restringir a mobilidade dos migrantes em situação de vulnerabilidade.

Tudo isso em desacordo com o que dispõem as diretrizes da Resolução nº 4/2020 da CIDH, que estabelece que os grupos sociais que tenham sido contaminados com a Covid-19, especialmente os que estão em situação de vulnerabilidade, como os migrantes, devem ter uma atenção prioritária, pois se encontram numa situação em que correm risco de não ter seus direitos humanos assegurados, em especial à saúde e à vida (CIDH, 2020).

Além do mais, para os que já se encontram em processo de integração em território brasileiro, uma situação peculiar que merece ser destacada diz respeito ao término da validade dos documentos de migrantes durante a pandemia, como o RNM, protocolo de refúgio ou carteira de trabalho, o que ocasionou diversos transtornos a eles, a exemplo da dificuldade para aberturas de contas bancárias e recebimento de benefícios sociais, como o auxílio emergencial (FIGUEIREDO; STOCHERO, 2020). Isso demandou até mesmo a intervenção da DPU para auxiliá-los, conforme será narrado no tópico específico mais adiante.

Mas uma situação crítica ocorrida durante a pandemia no Brasil se relaciona ao sistema de ensino, que atingiu de forma contundente todos os estudantes (imigrantes ou não). As aulas tiveram que ser suspensas durante meses, o que forçou as escolas e universidades a implantarem aulas no sistema virtual, de forma síncrona e assíncrona.

Todavia, novos problemas surgiram, mormente em relação às pessoas mais vulneráveis financeiramente, o que, por óbvio, atingiu famílias de refugiados e solicitantes de refúgio em processo de integração, que sem ter acesso à internet, dispositivos eletrônicos e ambientes adequados, apresentaram dificuldades no aprendizado (G1, 2020b; IDOETA, 2020).

É certo que a Lei nº 9.474/1997 prevê as denominadas Soluções Duráveis aos refugiados, as quais são Políticas Públicas descritas nos artigos 42 a 46 da lei, destinando-se às medidas para repatriação, reassentamento e à integração local de refugiados.

Dentre as soluções duráveis, em âmbito nacional, a integração local é a que tem o maior impacto, pois sua finalidade é promover a imersão dos refugiados no país de acolhimento, tanto no acesso a políticas públicas como ao mercado de trabalho, para que possam desenvolver sua autossuficiência, resguardados seus direitos fundamentais. Entretanto, seus direitos trabalhistas nem sempre estão devidamente protegidos (AMORIM; NUNES FILHO; FÉLIX, 2019, p. 53).

Para Moreira (2014, p. 93), a integração local constitui-se de um processo complexo que abrange múltiplos fatores, dos quais estão os socioeconômicos, políticos, culturais, inclusive com a participação da sociedade civil e de organizações não governamentais nas estratégias de acolhimento.

A “Operação Acolhida” é uma importante política pública coordenada pelo governo federal desde fevereiro de 2018, com apoio da ONU e da sociedade civil, com a finalidade de prestar

assistência humanitária aos migrantes que aportam nas fronteiras do país com a República da Venezuela, não apenas em sua acolhida propriamente dita, mas também na implementação das primeiras medidas de integração em território nacional.

Por razões óbvias, a atuação da operação ficou bastante comprometida durante a pandemia, mas outras ações foram adotadas, como será demonstrado a seguir.

Quanto à assistência financeira, uma das medidas mais importantes foi o auxílio emergencial no valor inicial de R\$ 600,00, criado pela Lei nº 13.982 de 02 de abril de 2020 para garantir as condições mínimas de sobrevivência aos residentes no Brasil, independentemente de sua nacionalidade ou situação migratória, uma vez que os impactos da pandemia na economia afetaram empregos e renda, inclusive dos grupos mais vulneráveis, como os refugiados e solicitantes de refúgio, sem prejuízo da percepção de outros benefícios sociais.

Inicialmente, alguns entraves ao recebimento do benefício ocorreram, pois parte dos beneficiários portavam documentos migratórios vencidos. Mas foram solucionados após manifestação da Defensoria Pública da União por meio do Ofício Circular nº 3578466/2020 – DPU SP/GABDPC SP/10FMIG SP direcionado às agências da CEF.

Nesse documento, a DPU salientava que o benefício não deveria ser recusado em virtude da apresentação de protocolos de refúgio vencidos, uma vez que o atendimento da Polícia Federal havia sido suspenso à época, bem como todos os prazos migratórios.

E, a fim de evitar outros prejuízos aos migrantes, a DPU também se manifestou por meio do Ofício Circular nº 3870322/2020 - DPGU/SGAI DPGU/GTMR DPGU, direcionado às instituições de ensino, empregadores, gestores de serviços públicos e demais interessados (DPGU, 2020a), asseverando que, enquanto perdurarem os efeitos da pandemia, os documentos dos migrantes, mesmo vencidos, devem ser aceitos em todo o país, o que certamente contribuiu para o deslinde de imbróglis burocráticos.

Anota-se que, por meio da Lei Complementar 173, de 27 de maio de 2020, o Governo Federal liberou também crédito de R\$ 60 bilhões aos Estados e Municípios para auxílio, em decorrência da queda de arrecadação provocada pela pandemia, a fim de reforçar, dentre outras ações, àquelas focadas na saúde.

Alguns meses mais tarde, por meio da Portaria nº 468 de 13 de agosto de 2020, o governo federal efetuou um repasse emergencial específico de R\$ 9.100.800,00 para a oferta de ações socioassistenciais nos estados, Distrito Federal e municípios que receberão migrantes e refugiados oriundos de fluxo migratório provocado por crise humanitária agravada pela emergência na Saúde (BRASIL, 2020).

A distribuição foi efetuada no montante previsto na referida Portaria a: I - os Estados do Acre e Roraima; e II - os Municípios de Manaus/AM, Araçariquama/SP, Teresina/PI, Recife/PE, Imperatriz/MA, Manacapuru/AM, Parintins/AM, Santarém/PA, Campina Grande/PB, Chapecó-SC, Itapiranga/SC, Porto Alegre/RS, Ji-Paraná/RO, Assis Brasil/AC, Rio Branco/AC, Mossoró/RN e Natal/RN.

Nessa seara, a Lei nº 13.979/2020 estabeleceu ainda diversas medidas para enfrentamento dessa emergência em saúde pública. Entretanto, a vacinação, medida mais esperada pela maioria dos brasileiros nos últimos meses, somente se iniciou em território nacional em

17 de janeiro de 2021, mas com número de doses insuficiente para atingir até mesmo o grupo prioritário, que lamentavelmente não inclui os refugiados.

Pensamos que a inclusão de grupos de migrantes vulneráveis no plano de vacinação pode ser uma estratégia interessante para conter a propagação da COVID-19. Mike Woodman do ACNUR, asseverou que essa seria a “chave” para acabar com a pandemia. Para ele, “a exclusão de refugiados, outras pessoas deslocadas ou não nacionais dos planos de vacinação acarreta o risco de transmissão contínua nessas populações, com repercussões na população nacional” (GAYNOR, 2021). Ademais, há certos riscos de proteção tangíveis associados a uma eventual exclusão de refugiados, desde consequências para sua saúde, trabalho, acesso a serviços, educação e meios de subsistência, mobilidade, dentre outros (GAYNOR, 2021).

Mas, independentemente do início da vacinação, como é de conhecimento público, atitudes erráticas e negacionistas praticadas por autoridades públicas, e que estimularam a desconfiança da população em relação à eficácia das vacinas, aliado ao incentivo ao uso de medicamentos sem comprovação científica, podem ter sido a receita para que a situação se agravasse.

A nosso sentir, tanto a aquisição das vacinas, quanto a implementação dos auxílios emergenciais e “socorro financeiro” aos Estados e municípios foram implementados de forma tímida e letárgica.

## 4. CONCLUSÃO

Conforme demonstrado neste artigo, existem diversas condições que motivam o deslocamento forçado, como a violação de direitos humanos, crises econômicas, desastres ambientais, conflitos armados, dentre outras situações que oferecem riscos à vida daquele que decidiu migrar. Mas nem todo deslocamento forçado enseja a proteção do refúgio.

Influenciado pela Declaração de Cartagena de 1984, o Brasil adotou a definição ampliada de refúgio, conforme previsto no art. 1º da Lei nº 9.474/1997, de forma que é considerada refugiada a pessoa que, em razão da ocorrência de violações de direitos humanos, bem como em razão de fundado temor de perseguição por motivos de religião, raça, grupo social, nacionalidade ou opiniões políticas, estando fora de seu país de nacionalidade, não queira ou não possa ter a proteção desse país.

Nesse sentido, com sua tradição de boa receptividade às migrações, o Brasil tem recebido um grande fluxo de migrantes em vulnerabilidade, principalmente provenientes da Venezuela, país fronteiriço que enfrenta grave e generalizada crise humanitária. Essas pessoas enfrentam diversos desafios na sua jornada em busca de refúgio, e frequentemente estão expostas a perigos diversos, como a fome, sede, frio e influência de grupos criminosos.

Ao chegar ao Brasil, nem sempre se deparam com situações favoráveis ao acolhimento, e parte dos migrantes acaba integrando a população de rua, ou pernoitando em abrigos provisórios, conforme números apresentados sobre os desabrigados em Roraima.

Em razão das dificuldades que passaram em seus países, e por desconfiarem das autoridades brasileiras, muitos preferem não aguardar os processos de interiorização e decidem

percorrer centenas de quilômetros na intenção de aportar em cidades ao sul do país, para ali se estabelecer. Entretanto, esse deslocamento aumenta muito sua vulnerabilidade, principalmente nestes tempos de pandemia.

Lamentavelmente, as migrações foram severamente impactadas em razão da COVID-19 que atingiu o Brasil nos primeiros meses de 2020 e, até a presente data, ceifou a vida de aproximadamente 380 mil pessoas no Brasil.

Desde então, medidas controversas foram adotadas pelo governo brasileiro, como o fechamento das fronteiras terrestres aos venezuelanos (enquanto as fronteiras aéreas estão abertas a turistas), bem como a colocação de entraves à regularização migratória daqueles que ingressaram de forma “não regular”, até mesmo com a deportação de centenas de pessoas, o que certamente constitui uma violação ao Princípio do *non-refoulement*.

Além disso, tanto a aquisição das vacinas, quanto a implementação dos auxílios financeiros e “socorro” aos Estados e municípios foram implementados de forma muito tímida e com atraso, o que comprometeu as capacidades de resposta do Poder Público, não apenas em relação à questão migratória, mas na gestão dessa calamidade.

Por essa razão, é de fundamental importância que no ano de 2021 as ações do Poder Público sejam mais bem coordenadas, com foco no combate à doença e nas medidas para sua contenção, acompanhadas de uma revisão da postura em relação aos migrantes em vulnerabilidade que aportam nas fronteiras brasileiras solicitando refúgio.

Considerando todo o exposto, ressalta-se que foi possível atender ao objetivo proposto; e as críticas apresentadas, principalmente em relação ao fechamento injustificado das fronteiras aos refugiados, certamente contribuirão com a academia no estudo dessa temática, fomentando o debate e promovendo reflexões.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

AMORIM, Antônio Leonardo; NUNES FILHO, Aldo Almeida; FÉLIX, Ynes da Silva. Trabalho seguro e protegido do migrante em conformidade com a meta 8 dos objetivos de desenvolvimento sustentável da ONU. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 14, n. 2, p. 39-55, jul./dez. 2019. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v14i2.6266>. Disponível em: <http://revista.fumec.br/index.php/meritum/article/view/6266>. Acesso em: 18 abr. 2021.

BAUMAN, Zygmund. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Tradução Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Estranhos à nossa porta*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BEHRMAN, Simon. Refugee Law as a Means of Control. *Journal of Refugee Studies*, Oxford, v. 32, n. 1, p. 42-62, mar. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1093/jrs/fey016>. Disponível em: <https://academic.oup.com/jrs/article-abstract/32/1/42/4983069?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm). Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020*. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm). Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997*. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm). Acesso em: 19 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Cidadania/Gabinete do Ministro. Portaria nº 468, de 13 de agosto de 2020. *Diário Oficial da União*: Edição 155-A, Seção 1 - Extra, Brasília, p. 1, 13 ago. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-468-de-13-de-agosto-de-2020-272047948>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Sisconare*: o sistema de refúgio no Brasil. 2021. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/sisconare>. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública/Gabinete do Ministro. Portaria MJSP nº 62, de 12 de fevereiro de 2021. *Diário Oficial da União*: Edição 32, Seção 1, Brasília, p. 102, 18 fev. 2021a. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-mjsp-n-62-de-12-de-fevereiro-de-2021-304167450>. Acesso em: 24 fev. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça/Gabinete do Ministro. Portaria Interministerial nº 9, de 14 de março de 2018. *Diário Oficial da União*: Edição 51, Seção 1, Brasília, p. 57, 25 mar. 2018. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/6653698/do1-2018-03-15-portaria-interministerial-n-9-de-14-de-marco-de-2018-6653694](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/6653698/do1-2018-03-15-portaria-interministerial-n-9-de-14-de-marco-de-2018-6653694). Acesso em: 15 jan. 2021.

CASTRO, Mariana. Militarização e Necropolítica da Fronteira: as respostas do Brasil à crescente migração venezuelana. *Mural Internacional*, Rio de Janeiro, v. 11 p. 1-15, nov. 2020. DOI: <https://doi.org/10.12957/rmi.2020.48787>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/muralinternacional/article/download/48787/35877>. Acesso em: 05 jan. 2021.

CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Wagner Faria de. Os efeitos da pandemia de COVID-19 sobre a imigração e o refúgio no Brasil: uma primeira aproximação a partir dos registros administrativos. In: CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de; MACÊDO, Marília Fernandes Rodrigues de. (coord.). *Imigração e Refúgio no Brasil*. Relatório Anual 2020. Brasília: OBMigra, 2020. p. 17-39. (Série Migrações). Disponível em: [https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/dados/relatorio-anual/2020/OBMigra\\_RELAT%C3%93RIO\\_ANUAL\\_2020.pdf](https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/dados/relatorio-anual/2020/OBMigra_RELAT%C3%93RIO_ANUAL_2020.pdf). Acesso em: 10 fev. 2021.

CIDH. *Resolução nº 4 de 27 julho de 2020*. Direitos humanos das pessoas com covid-19. Comissão interamericana de direitos humanos. Disponível em: [www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-4-20-es.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-4-20-es.pdf). Acesso em: 02 jan. 2021.

DPGU. *Ofício nº 3870322/2020 - DPGU/SGAI DPGU/GTMR DPGU*. Brasília DF: Defensoria Pública-Geral da União, 11 ago. 2020 a. Disponível em: <https://d28.923.myftpupload.com/wp-content/uploads/2020/08/Oficio-Circular-DPU-prorrogacao-de-validade-de-documentos.pdf>. Acesso em: 1 jan. 2021.

FIGUEIREDO, Patrícia; STOCHERO, Tahiane. Em meio à pandemia, SP recebeu 2 mil imigrantes venezuelanos; estrangeiros relatam discriminação em agências. *G1*, 26 ago. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/08/26/em-meio-a-pandemia-sp-recebeu-2-mil-imigrantes-venezuelanos-estrangeiros-relatam-discriminacao-em-agencias-bancarias.ghtml>. Acesso em: 14 dez. 2020.

FRAGA, Felipe Vilas Bôas; OLIVEIRA, Bruno Bastos de. *O consumo colaborativo como mecanismo de desenvolvimento sustentável na sociedade líquido-moderna*. Uberlândia: LAECC, 2020.

G1. Cronologia da expansão do novo coronavírus descoberto na China. *G1*, 22 jan. 2020a. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/01/22/cronologia-da-expansao-do-novo-coronavirus-descoberto-na-china.ghtml>. Acesso em: 01 jan. 2021.

G1. Sem acesso à internet, alunos ficam sem poder estudar durante a pandemia da Covid-19 no Piauí. *G1*, 26 ago. 2020b. Disponível em: <https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2020/08/26/sem-acesso-a-internet-alunos-ficam-sem-poder-estudar-durante-a-pandemia-da-covid-19-no-piaui.ghtml>. Acesso em: 25 jan. 2021.

GALINA, Vivian Fadlo; SILVA, Tatiane Barbosa Bispo da; HAYDU, Marcelo; MARTIN, Denise. A saúde mental dos refugiados: um olhar sobre estudos qualitativos. *Interface*, Botucatu, n. 21, v. 61, p. 297-308, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/icse/v21n61/1414-3283-icse-21-61-0297.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2020.

GAYNOR, Tim. Incluir refugiados nos planos de vacinação é chave para acabar com a pandemia. *ACNUR Brasil*. 29 jan. 2021. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2021/01/29/incluir-refugiados-nos-planos-de-vacacao-e-chave-para-acabar-com-a-pandemia/>. Acesso em: 1 fev. 2021.

IDOETA, Adamo. 'Sem wi-fi': pandemia cria novo símbolo de desigualdade na educação. *BBC BRASIL*, 3 out. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54380828>. Acesso em: 15 jan. 2021.

ILO (International Labour Organization). *Livelihoods for migrants and refugees in Brazil*. Switzerland: ILO; UNHCR, 2019. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_emp/documents/publication/wcms\\_675251.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_675251.pdf). Acesso em: 01 jan. 2021.

IOM (International Organization for Migration). *World Migration Report 2020*. Geneva, 2019. Disponível em: [https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr\\_2020.pdf](https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2020.pdf). Acesso em: 15 dez. 2020.

JUBILUT, Líliliana Lyra. *O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/O-Direito-Internacional-dos-Refugiados-e-sua-Aplica%C3%A7%C3%A3o-no-Ordenamento-Jur%C3%ADdico-Brasileiro.pdf>. Acesso em: 17 set. 2020.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. CONARE: 14 anos de existência. *Revista do IBDH*, Fortaleza, v. 11, n. 11, p. 167-178, 2011. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/194/192>. Acesso em: 10 fev. 2021.

MJSP (Ministério da Justiça e Segurança Pública). *Projeto de cooperação para análise das decisões de refúgio do Brasil*. 2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiNTQ4MTU0NGltYzNkMi00M2MwLWFhZWMtMDBiM2I1NWVjMTY5liwidCI6ImU1YzM3OTgxLTY2NjQtNDEzNC04YTBJLTU1NDNkMmFmODBiZSIsImMiOjph9>. Acesso em: 28 jan. 2021.

MOREIRA, Julia Bertino. Refugiados no Brasil: reflexões acerca do processo de integração local. *REMHU*, Brasília, n. 43, p. 85-98, 2014. DOI: <https://doi.org/10.1590/1980-85852503880004306>. Disponível em: <https://remhu.csem.org.br/index.php/remhu/article/view/471>. Acesso em: 15 nov. 2020.

NASCIMENTO, Aline. No AC, cerca de 40 imigrantes foram deportados pela PF desde o início da quarentena. *G1*, 13 ago. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/ac/acre/noticia/2020/08/13/no-ac-cerca-de-40-imigrantes-foram-deportados-pela-pf-desde-o-inicio-da-quarentena.ghtml?fbclid=IwAR0gdo4-GAf3j7PaprwN6VJUIHLXmz87cPpo-T3vNijHfEfYkaxcFlgpSrw>. Acesso em: 01 dez 2020.

ODP. *Brasil - Migração venezuelana janeiro 2017/agosto 2020*. The operational data portal. out. 2020. Disponível em: <https://data2.unhcr.org/en/documents/details/82502>. Acesso em: 01 dez. 2020.

OIM. *Estimativa do número de refugiados e migrantes venezuelanos desabrigados em Pacaraima*. 26 jun. 2020. Facebook: OIM. Disponível em: <https://www.facebook.com/OIMBrasil/photos/pcb.1188243608208276/1188243481541622>. Acesso em: 11 jan. 2021.

OPAS (Organização Pan-americana da saúde). *Manejo clínico da COVID-19: Orientação provisória 27 de maio de 2020*. 27 mar 2020a. Disponível em: [https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52285/OPASWBRACOVID-1920075\\_por.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52285/OPASWBRACOVID-1920075_por.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 01 dez. 2020.

OPAS (Organização Pan-americana da saúde). *OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia*. 11 mar. 2020b. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812). Acesso em: 01 dez. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. Novas Tendências do Direito dos Refugiados no Brasil. In: JUBILUT, Líliliana Lyra; GODOY, Gabriel Gualano de. (org.). *Refúgio no Brasil: Comentários à Lei 9.474/97*. São Paulo: Quartier Latin/ACNUR,

2017. p. 273-304. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Ref%C3%BAgio-no-Brasil-Coment%C3%A1rios-%C3%A0-lei-9.474-97-2017.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2020.

RUSEISHVILI, Svetlana. Quatro lições da pandemia sobre a mobilidade no mundo contemporâneo. In: BAENINGER, Rosana Aparecida; VEDOVATO, Luís Renato; SHAILEN, Nandy (coord.) ZUBEN, Catarina Von; MAGALHÃES, Luís Felipe; PARISE, Paolo; DEMÉTRIO, Natália; DOMENICONI, Joice. (org.). *Migrações internacionais e a pandemia de Covid-19*. Campinas: NEPO/UNICAMP, 2020. p. 160-166. Disponível em: <https://www.nepo.unicamp.br/publicacoes/livros/miginternacional/miginternacional.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2021.

SAID, Salam; AVERY, Helen. Higher education for refugees: the case of syria. *Policy & Practice: a development education review*, v. 24, p. 104-125, 2017. Disponível em: <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1174341/FULLTEXT01.pdf>. Acesso em: 15. jan. 2021.

SILVA, Fernanda Claudia Araujo da; NOGUEIRA, Joselia Da Silveira. O fracasso da economia venezuelana e a repercussão do fluxo migratório: contradição à ocorrência da migração brasileira para a Venezuela sob a ótica a descrição de Saskia Sassen. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; BORGES, Maria Creusa De Araújo; BENTES, Natalia Mascarenhas Simões. (org.). *Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI*. Florianópolis: CONPEDI, 2019, v. 1. p. 101-116. Disponível em: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/048p2018/44953rck/AJT-Fx45TGa1DQBOQ.pdf>. Acesso em 10 ago. 2020.

SILVA, Gustavo Junger da; CAVALCANTI, Leonardo; OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de; MACÊDO, Marília Fernandes Rodrigues de. *Refúgio em Números*. 5. ed. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Comitê Nacional para os Refugiados. Brasília, DF: OBMigra, 2020. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros>. Acesso em: 28 dez 2020.

SOUZA, Viviane; LEITE, Isabela. Deportações de estrangeiros crescem 5.708% no Brasil em 2020: No ano passado, 2.901 pessoas foram deportadas, ante 36 em 2019, segundo levantamento da GloboNews. *G1*, 21 fev. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/02/21/deportacoes-de-estrangeiros-crescem-5708percent-no-brasil-em-2020.ghtml>. Acesso em: 24 fev. 2021.

TEDESCO, João Carlos. *Desejados e expulsos: trabalhadores imigrantes na/como pandemia, notas de uma leitura conjuntural*. Passo Fundo: Acervus, 2020.

UNHCR (United Nations High Commissioner for Refugees). *Global Trends: Forced Displacement in 2019*. Disponível em: <https://www.unhcr.org/5ee200e37.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Impacto das crises sanitárias internacionais sobre os direitos dos migrantes. *Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 23, p. 61-75, 2016. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2016/09/5-sur-23-portugues-deisy-ventura.pdf>. Acesso em: 1 jan. 2021.

WHO. World health Organization. *WHO Coronavirus Disease (COVID-19) Dashboard*. 26 fev. 2021. Disponível em: <https://covid19.who.int>. Acesso em: 26 fev. 2021.

#### Dados do processo editorial

- Recebido em: 17/06/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 17/06/2021
- Avaliação 1: 18/06/2021
- Avaliação 2: 20/07/2021
- Decisão editorial preliminar: 20/07/2021
- Retorno rodada de correções: 03/09/2021
- Decisão editorial/aprovado: 03/09/2021

#### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

# MEDIAÇÃO ESCOLAR ON-LINE: INSTRUMENTO DA POLÍTICA PÚBLICA NACIONAL DE COMBATE E PREVENÇÃO AO CYBERBULLYING EM TEMPOS DE PANDEMIA

ON LINE SCHOOL MEDIATION: NATIONAL PUBLIC  
POLICY INSTRUMENT FOR COMBAT AND PREVENTION  
OF CYBERBULLYING IN PANDEMIC TIME

ANDREA CARLA DE MORAES PEREIRA LAGO<sup>1</sup>  
IVAN DIAS DA MOTTA<sup>2</sup>

## RESUMO

**Objetivo:** Esta pesquisa tem por objetivo analisar o fenômeno social do *Cyberbullying* e a Política pública nacional de combate e prevenção deste, com a finalidade de aferir sua efetividade, especialmente em tempos de COVID-19, em que grande parte das escolas brasileiras se viram obrigadas a readequar suas práticas de ensino para o meio digital e as aulas passaram a ser ministradas por meio do ambiente virtual.

**Metodologia:** O presente estudo se assentará numa pesquisa desenvolvida segundo o método de abordagem dedutivo, de procedimento histórico e comparativo, utilizando-se de explanação jurídico interpretativa, exegética, sistemática e crítica, cuja técnica do estudo fundamentar-se-á na pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira.

**Resultado:** Como resultado verificou-se que a existência de uma política nacional que conceitua e caracteriza a intimidação sistemática (*Bullying* e *Cyberbullying*), que classifica o fenômeno social e promove campanhas de capacitação de docentes e equipes pedagógicas e de orientação aos alunos é fundamental. Contudo,

1 Possui Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1992); Pós-Graduação "Lato Sensu" em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas Sócio-Econômicos (1998); Mestrado em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (2011); Doutorado em Ciências Jurídicas pela Universidade do Minho, Portugal (2019); É Professora do Mestrado em Ciências Jurídicas da universidade Unicesumar (2021); Docente do curso de graduação em Direito da universidade UNICESUMAR (2008); Pesquisadora do JusGov - Research Centre for Justice and Governance - Universidade do Minho-PT (2019); Líder do Grupo de Pesquisa "Clínica Jurídica Unicesumar" (CNPQ); Conciliadora e Mediadora Judicial (CNJ); Coordenadora do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC Extensão Unicesumar; Conciliadora e Mediadora do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC Extensão Unicesumar; Coordenadora das Clínicas Jurídicas do curso de Direito da Universidade Cesumar; Sócia-administradora da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Mota & Lago LTDA; Advogada militante desde o ano de 1993, com atuação nas áreas de Direito de Família, Direito Empresarial, Direito Urbanístico-Imobiliário e Direito Digital, especialmente, ODR (On Line Dispute Resolution). LATTES: <http://lattes.cnpq.br/0750822062238058>.

2 Professor Permanente do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá – Unicesumar. Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1996), mestrando em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998) e doutorado em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000), Pós-doutorado em Direito Educacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001). Atualmente é professor permanente do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Maringá, integrando a linha de pesquisa "Instrumentos para Efetivação dos Direitos da Personalidade". Possui atuação profissional na área da advocacia e consultoria em Direito Educacional. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/1508111127815799>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-75156187>. E-mail: [ivan.iddm@gmail.com](mailto:ivan.iddm@gmail.com).

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

LAGO, Andrea Carla de Moraes Pereira; MOTTA, Ivan Dias da. Mediação escolar on-line: instrumento da política pública nacional de combate e prevenção ao cyberbullying em tempos de pandemia. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 4, p. 264-280, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i4.8657>.

apurou-se que a referida política pública apresenta lacunas no que diz respeito à forma de tratamento que deve ser dispensado à violência praticada, assim como à vítima e àquele que pratica o *cyberbullying* no âmbito escolar.

**Contribuições:** O presente estudo aponta para a necessidade das instituições de ensino adotarem os modelos educativos da Educação em Direitos Humanos (EDH), em especial, a educação de valores, a educação socioemocional e a educação para a resolução não violenta de conflitos, por se tratarem de modelos que propiciam o respeito à dignidade humana e que promovem a vivência dos valores da liberdade, justiça, igualdade, solidariedade, cooperação, tolerância e da paz, bem como implementar programas de Mediação escolar mediante o uso da tecnologia (*Online Dispute Resolution – ODR*) em função da educação escolar em tempos de COVID-19, como forma de restaurar e reparar as vítimas, responsabilizar os agressores e solucionar o fenômeno social do *cyberbullying* perpetrado no âmbito escolar.

**Palavras-chave:** Covid-19; violência escolar; *cyberbullying*; políticas públicas; mediação escolar.

## ABSTRACT

**Objective:** *This research aims to analyze the social phenomenon of Cyberbullying and the national public policy to combat and prevent it, in order to assess its effectiveness, especially in times of COVID-19, when most Brazilian schools were forced to adapt its teaching practices for the digital environment and classes started to be taught through the virtual environment.*

**Method:** *The present study is going to be based on research developed according to the method of deductive approach, historical and comparative procedure and interpretive, exegetical, systematic and critical legal explanation, which is going to be based on national and foreign bibliographic research.*

**Results:** *As a result, it was found that the existence of a national policy that conceptualizes and characterizes systematic intimidation (Bullying and Cyberbullying), which classifies the social phenomenon and promotes training campaigns for teachers and pedagogical teams and provides guidance to them is fundamental. However, the aforementioned public policy has gaps with regard to the form of treatment that should be given to the violence practiced, as well as to the victim and to those who practice cyberbullying in the school environment.*

**Contributions:** *This study points to the need of educational institutions to adopt the educational models of Education on Human Rights (HDI), specially, the education of values, socio-emotional education and education for the non-violent resolution of conflicts, as they are models that provide respect for human dignity and that promote values of freedom, justice, equality, solidarity, cooperation, tolerance and peace, as well as implementing online school mediation programs in the ODR perspective, due to the pandemic, as a way to restore and repair the victims, hold the aggressors responsible and solve the social phenomenon of cyberbullying perpetrated in the school environment.*

**Keywords:** *Covid-19; school violence; cyberbullying; public policy; school mediation.*

## 1. INTRODUÇÃO

A pandemia provocada pelo Covid-19 forçou o mundo todo a utilizar o universo digital. A escola, não foi exceção. Nesse sentido, desde o final do ano de 2019, início de 2020, as escolas se viram obrigadas a readequar suas práticas de ensino para o meio digital.

Segundo a pesquisa TIC Educação 2019 (TOKARNIA, 2020), a maioria das escolas no país sequer possuía plataformas específicas para o ensino *on-line* e grande parte dos estudantes não tinha em casa, acesso aos equipamentos adequados para acompanhar as aulas de forma remota, ou seja, pela internet.

Ademais, grande parte dos alunos e professores não estava capacitada para o uso das plataformas digitais de educação, assim como não estava preparada para compreender os riscos e perigos que o mundo digital pode produzir, como a violação de dados e o *Cyberbullying*.

De mais a mais, mesmo antes de a pandemia fechar as escolas, a violência psicológica perpetrada pelos alunos no ambiente digital já era um problema. Segundo dados de uma pesquisa<sup>3</sup> divulgada no ano de 2019 pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (Unicef), uma em cada três crianças e adolescentes em 30 países foi vítima de *Bullying on-line*. No Brasil, 37% dos entrevistados afirmaram terem sido vítimas de *Cyberbullying*.

As redes sociais também foram apontadas como o espaço virtual em que mais ocorrem casos de violência entre jovens no país. Ainda, em outro levantamento<sup>4</sup> realizado no ano de 2018 pela IPSO revelou que o Brasil está em segundo lugar no ranking dos países com mais casos de *Cyberbullying* entre crianças e adolescentes: três em cada dez pais consultados disseram que seus filhos já sofreram esse tipo de violência. A média global é de 17%.

Em contrapartida, a Lei n.º 13.185/2015 que instituiu o programa de combate à intimidação sistemática – *Bullying e Cyberbullying* – tem sido questionada pelo Senado Federal desde o ano de 2020,<sup>5</sup> ante sua falta de efetividade prática.

Logo, o presente artigo, através do método de abordagem dedutivo, se propõe a analisar o fenômeno social do *Cyberbullying*, especialmente durante a pandemia, com fins de se verificar se houve um aumento dessa prática em função das aulas remotas, bem como do aumento do tempo dos atores sociais da escola em frente das telas dos computadores e dos celulares. Ademais, tem como objetivo verificar se a Política Pública de Combate ao *Bullying e Cyberbullying*, tem sido efetiva no controle e combate desse fenômeno social, especialmente em tempos de COVID-19, e averiguar se existem outros modelos educacionais e instrumentos de solução de conflitos e da violência dentro do espaço escolar, além dos já tradicionais, que podem resolver, de modo efetivo, o fenômeno do *Cyberbullying*.

## 2. REFLEXÕES ACERCA DA VIOLÊNCIA ESCOLAR: DO *BULLYING* E *CYBERBULLYING* PERPETRADOS NO ESPAÇO ESCOLAR

A escola é a instituição moderna que, por excelência, se constitui no espaço de transmissão do conhecimento de forma sistêmica e institucional, mas também se caracteriza como sendo o espaço adequado para a socialização e para a formação da personalidade da pessoa humana. Porém, a escola, por reunir uma diversidade de pessoas, conhecimentos, valores e regras, também se torna um local propício para o entrelaçamento de ideias, interesses e necessidades e quando os atores sociais desse espaço social não estão preparados para reagir positivamente a essas diferenças, a violência se faz notar.

3 Mais de um terço dos jovens em 30 países relatam ser vítimas de *bullying on-line*. (UNICEF, 2019).

4 *Cyberbullying*. (CYBERBULLING..., 2018).

5 Senadores estudam aprimorar lei para facilitar identificação de autores de *cyberbullying*. (BAPTISTA, 2020).

Uma ideia que permeia a mente de muitos atores sociais da escola é a de que a violência escolar é um fenômeno novo, mas essa ideia não é verdadeira, pois existem constatações de que existe violência nesse espaço social em específico, desde o século XIX.<sup>6</sup> Todavia, embora a violência escolar não seja um fenômeno social novo, assume trejeitos e formas consideradas novas, muito mais graves que as de outrora, como homicídios, estupros, agressões com armas brancas e de fogo, *bullying* e *cyberbullying* (CHARLOT, 2002).

No tocante à conceituação de violência escolar, alguns estudiosos desse tema, aceitam uma definição ampla que inclui atos infracionais não necessariamente passíveis de punição ou que passam despercebidos pelo ordenamento jurídico (GOTTFREDSON, 2001; ROCHE, 1996; DEARBIEUX, 1996), outros criticam a visão inflacionária da violência, em cujo conceito se incluem as incivildades ou indisciplinas (BONAFÉ-SCHMITT, 1997; PRAIRAT, 2001). Inclusive, entende-se que as incivildades ou indisciplinas, devem ser compreendidas como,

A prática de toda ação ou ato de resistência, inconformismo e confrontação, que não contraria nem a lei, nem o regimento interno da escola, mas as regras de boa convivência e civilidade, como as desordens, a falta de respeito, a desatenção, os berros, as grosserias e as palavras de baixo calão (LAGO, 2019, p. 66).

Mas é absolutamente necessário diferenciar o conceito de indisciplina ou incivildade de violência escolar, para que seja possível decidir quanto à via e ao mecanismo de intervenção mais adequado para a resolução do conflito, bem como o responsável pelo enfrentamento dos comportamentos desviantes no contexto escolar, pois

O delito e o crime (definidos pelos Códigos Civil e Penal) são assuntos de polícia e Justiça, a transgressão responsabilidade das instâncias específicas da instituição (Conselho da escola, Secretaria Municipal ou Estadual de Educação...), e a incivildade problema para os educadores. Em outras palavras, não é a escola que deve mexer no tráfico de drogas, não é a polícia que deve cuidar do insulto ao professor (senão quando represente perigo para esse) e são todos os educadores, quer na escola quer fora dela, que devem encarar o desafio das incivildades (ABRAMOVAY, 2006, p. 21).

Nessa perspectiva, entende-se, assim como Pain (1994), Ballion (1999) e Chesnais (1981), que ao conceituar violência é necessário ater-se ao “núcleo bruto” da violência, demarcado pelas categorias do Código Penal. Portanto, compreende-se a violência perpetrada no espaço escolar como,

Toda a ação ou ato de ameaça, coerção ou força, praticada no espaço escolar, por/entre/contra os atores sociais da escola, capaz de provocar danos à integridade física ou sofrimento psíquico e moral, individual, como ameaça, agressão física, homicídio, latrocínio, roubo, violência sexual, discriminação, *bullying* e *cyberbullying*, e coerção mediante o uso de arma, e ainda, capaz de provocar dano patrimonial, individual e coletivo, como furtos, roubos, atos de vandalismo, incêndio, depredação e destruição do patrimônio escolar (LAGO, 2019, p. 66)

6 O maior atentado a uma escola nos Estados Unidos ocorreu no dia 18 de maio de 1927. Andrew Kehoe, responsável pela tesouraria da escola, protestando contra o imposto de propriedade de sua fazenda agrícola, utilizou fortes explosivos para detonar a escola e tudo que estava dentro. (EXAME, 2018)

Para melhor compreender os fenômenos do *bullying* e do *cyberbullying* parte-se de um relato de uma situação real, que se revela de muito préstimo para o presente estudo, conforme se expõe:

Ryan Patrick Halligan foi um adolescente de Vermont (EUA) que cometeu suicídio aos 13 anos de idade, após ser vítima de *bullying* e *cyberbullying* por parte de seus colegas de escola. O *bullying* se iniciou no ano escolar de 1999/2000, quando um grupo de estudantes de sua classe, começaram a lhe humilhar e intimidar pelo fato deste apresentar dificuldades de aprendizagem. Em dezembro de 2002 como o recomeço do *bullying* Ryan pediu a seu pai um conjunto de equipamentos de *Kickboxing* como presente de natal para aprender a se defender. Em fevereiro de 2003 após uma briga que foi separada pelo coordenador da escola, o *bully* parou de intimidar Ryan, inclusive se tornou amigo dele. Contudo, após Ryan contá-lo algo pessoal, o “amigo” passou a usar a informação para espalhar um boato de que Ryan era homossexual. No verão de 2003, Ryan passou grande parte de seu tempo *on-line*, especialmente no AIM e outros serviços de mensagens instantâneas. Durante este período ele passou a ser vítima de *cyberbullying* por parte de colegas de classe que o sondavam para saber sobre sua sexualidade. Ademais, Ryan era admirador de uma colega da escola. Essa menina fingia estar interessada em Ryan, ao mesmo tempo, em que dizia que ele era um “perdedor” e divulgava na escola o conteúdo das conversas (incluindo as declarações pessoais de Ryan), de forma a envergonhá-lo e humilhá-lo. Após encontrar-se com essa colega da escola e ela chamá-lo pessoalmente de “perdedor”, ele disse “são garotas como você que fazem sentir vontade de me matar”. No dia 07 de outubro de 2003, enquanto o pai de Ryan se encontrava ausente por conta de uma viagem de trabalho e as demais pessoas da família se encontravam dormindo em casa, Ryan foi ao banheiro e se enforcou. Seu corpo foi encontrado na manhã seguinte. – Texto adaptado. (HALLIGAN; DICKSON, 2018).

Pelo relato acima, percebe-se que o *bullying* pode ser um fenômeno cruel e capaz de gerar consequências trágicas e irreversíveis para suas vítimas e famílias. Atinge crianças e adolescentes de escolas públicas e privadas do Brasil e, para além do Brasil. Inclusive, pode-se dizer que sua prática é tão antiga quanto o surgimento da própria sociedade. Todavia a conscientização por parte dos pais, educadores e legisladores quanto às consequências do *bullying* se deu a partir da pesquisa do médico escolar sueco Peter Heinemann no ano de 1970, que realizou pesquisas sobre o comportamento infantil no entorno das escolas e utilizou o termo *mobbing*<sup>7</sup> para descrever a perseguição de um grupo de crianças a uma única.

Na década de 1980, o psicólogo sueco Dan Olweus, perplexo com o suicídio de três crianças entre 10 e 14 anos, passou a averiguar os motivos que levaram a essa prática e encontrou, dentre outras, os maus-tratos ocasionados por seus pares na escola. A partir de então, deu início a vários estudos acerca do comportamento *bullie* na escola, se tornando o pioneiro no estudo sistematizado no *bullying*. Esse pesquisador concentrou sua atenção a um tipo específico de fato, qual seja, “um estudante está sofrendo *bullying* ou sendo vitimizado quando é exposto, repetidamente e durante um tempo, a ações negativas de um ou mais estudantes” (OLWEUS, 1993, p. 98).

7 *Mobbing* vem do verbo inglês *to mob*, cuja tradução é maltratar, atacar, perseguir (DICIONÁRIO..., 2021).

Partindo-se dessa perspectiva, conceitua-se o *bullying* escolar como:

Os comportamentos agressivos e antissociais, adotados por um ator social da escola ou um grupo que acredita que detém mais poder, contra outro ator social da escola ou outro grupo que se acredita que tenha menos poder, de forma repetitiva e com o intuito de magoar, aterrorizar, intimidar, depreciar e excluir (LAGO, 2020, p. 24).

Então, para se caracterizar o *bullying* e diferenciar essa prática de outros tipos de violência no espaço escolar é necessário:

1. Que o comportamento agressivo seja repetitivo e sistemático. Basta dizer que a vítima já sabe “o que a espera” antes mesmo de acontecer; 2. Que o comportamento do agressor seja intencional. A intenção do *bully* é causar danos ou prejudicar a vítima; 3. Deve haver desequilíbrio de força, de poder físico, psicológico ou social (LAGO, 2020, p. 25).

Desta forma, os *bullies* (agressores) amedrontam, intimidam, humilham os estudantes mais fracos e indefesos e que apresentam diferenças físicas (cor da pele, sotaque, peso, altura, etnia), sociais (aspectos econômicos e culturais) ou emocionais (personalidade ou temperamento, por exemplo), mantendo suas vítimas sob seu domínio, causando danos irreparáveis à saúde mental, física e ao desenvolvimento socioeducacional destas. Ainda, utilizam-se de insultos, palavras de baixo calão, brincadeiras com requinte de crueldade e perversidade, apelidos vexatórios, escárnios, gozações, risadas irônicas, olhares ameaçadores para desestruturar, acuar, desestabilizar sua vítima e lhe causar ansiedade, medo, insegurança, constrangimento, tensão, angústia, tristeza, mágoa e dor (LAGO, 2020).

Para Gomes e Sanzovo (2013) existe mais de um tipo de graduação de *bullying*, e enquanto o *bullying* de 1º grau é muito sério, o de 2º configura uma verdadeira vitimização psicológica, pois

Quando a vítima apresenta uma reação assertiva (afirmativa, positiva, enérgica, psicologicamente bem estruturada) frente a uma agressão ou uma brincadeira, normalmente não nasce o fenômeno do *bullying*. Se as agressões se perpetuam e a vítima passa a ter um comportamento negativo (Não reativo) surge tal processo, que pode alcançar níveis assombrosos de vitimização psicológica e até mesmo de letalidade (GOMES; SANZOVO, 2013, p. 20).

Com o intuito de se compreender a prática do *Bullying* e do *Cyberbullying* nas instituições de ensino brasileira, o Centro de Empreendedorismo Social e Administração em Terceiro Setor (CEATS), junto com a Fundação Instituto de Administração (FIA), emitiu no ano de 2010 um relatório a partir de levantamento de dados consistente em questionários aplicados entre os meses de outubro e dezembro de 2009 junto às 25 escolas convidadas a participar da pesquisa, com amostras aleatórias de alunos de 5ª, 6ª, 7ª e 8ª séries junto a cinco escolas por região geográfica do país. O resultado da pesquisa revelou:

A violência é um fenômeno relevante nas escolas brasileiras: cerca de 70% dos alunos pesquisados informam ter visto, pelo menos uma vez, um colega ser maltratado no ambiente escolar no ano de 2009. Quase 9% dos alunos afirmam ter visto colegas serem maltratados várias vezes por semana e outros 10%, que vêem esse tipo de cena todos os dias. Ou seja, cerca de 20%

dos alunos presencia atos de violência dentro da escola com uma frequência muito alta, o que é um indício de que o *bullying* está presente significativamente nas escolas investigadas (FISHER, 2010, p. 24).

A pesquisa ainda evidenciou que: 1. É maior o número de vítimas do sexo masculino; 2. O *bullying* se manifesta especialmente por meio das agressões verbais; 3. O tempo de duração mais frequente das agressões sofridas é de uma semana; 4. Os maus-tratos ocorrem com maior frequência na sala de aula e no pátio do recreio; 5. Os maus-tratos são praticados com maior frequência, por um único agressor ou um agressor principal; 6. Os alunos da 5ª e 6ª séries são os mais vulneráveis; 7. As vítimas de *bullying* concentram-se no intervalo da adolescência, entre 11 e 15 anos; 8. Não há diferenças significativas na distribuição das vítimas de *bullying* por cor/etnia; 9. Os meninos tendem a afirmar que levam os maus-tratos na brincadeira, enquanto as meninas ficam chateadas, magoadas ou tristes (FISCHER, 2010).

Outro dado interessante da pesquisa diz respeito aos maus-tratos praticados por colegas de escolas através de ferramentas da internet como e-mail, MSN e sites de relacionamento como *Facebook* e *Orkut*, pois 17% dos alunos entrevistados afirmaram ter sido vítimas de maus-tratos *on-line* pelo menos uma vez no ano de 2009. Ademais, a maior parte das agressões virtuais se deu por meio de insultos e difamação em redes sociais seguidas por invasões e roubo de senhas de e-mail (FISHER, 2010).

Observa-se com essa pesquisa que, com o avanço da tecnologia, os agressores também passaram a desenvolver novas formas de intimidação contra as suas vítimas, chamada de intimidação sistemática *on-line* ou *Cyberbullying*.

A palavra *cyberbullying* consiste na junção de duas palavras da língua inglesa: *bullying* e *cyber*. O termo *bullying* descreve o “conjunto de atos de violência física ou psicológica, intencionais e repetidos, praticados por um indivíduo ou grupo de indivíduos com o objetivo de intimidar ou agredir outro indivíduo ou grupo de indivíduos, incapaz de se defender” (FANTE, 2000, p. 34).

**Cyber é uma** contração da palavra *cybernetic* (cibernético), que na teoria da comunicação diz respeito àquilo que está ligado à rede de informação e comunicação, mais precisamente, ao âmbito da internet (PORFÍRIO, 2021). Dentro desse contexto, o *cyberbullying* pode ser descrito como uma prática que se dá quando, “[...] Alguém repetida e intencionalmente assedia, maltrata ou tira sarro de outra pessoa *on-line* ou enquanto usa telefones celulares ou outros dispositivos eletrônicos” (HINDUJA; PATCHIN, 2019).

Contudo, embora o *cyberbullying* seja considerado uma espécie de *bullying* (em seu formato virtual) contém características próprias. Destacam-se: 1. *Cyberbullying* pode acontecer a qualquer hora e tempo; 2. *Cyberbullying* não se restringe ao espaço escolar, pode ocorrer em qualquer espaço social; 3. O *cyberbullying* pode ocorrer de forma anônima, sendo que a vítima sequer pode saber quem é seu agressor; 4. As informações intimidadoras ou vexatórias das vítimas podem se espalhar com facilidade e rapidez para um público muito maior; 6. Pode ser um desafio excluir completamente as informações intimidadoras ou vexatórias das vítimas, quando elas estão na Internet (PACER’S NATIONAL BULLYING PREVENTION CENTER, 2021).

Desta forma, enquanto no *bullying* a intimidação é presencial, no *cyberbullying* a intimidação (agressão) se dá por meio eletrônico, utilizando-se das tecnologias de informação e comunicação (TIC’s). Daí suas particularidades.

Dentre as práticas mais comuns de *Cyberbullying* se encontram: I. Os insultos baseados em preconceitos em razão da etnia, orientação sexual e gênero; II. Xingar, ameaçar, espalhar fofocas e boatos por mensagens de texto para ofender, depreciar, humilhar ou difamar alguém; III. Divulgar fotos ou vídeos obtidos em momentos de intimidade, sem o conhecimento ou a autorização da pessoa, com o intuito de vingança ou para destruir a reputação da vítima; IV. Filmar com o celular várias cenas, editar e montar um roteiro em que a pessoa atacada apareça como personagem de um enredo constrangedor; e V. Roubar a senha de alguém e fazer-se passar pela pessoa enviando mensagens ofensivas ou introduzindo mudanças desfavoráveis em seu perfil nos sites de relacionamento (MALDONADO, 2011).

De mais a mais, pode-se dizer que ante suas especificidades e particularidades, o *cyberbullying* tem se manifestado por meio de diferentes modalidades, quais sejam: a) *flaming* (mensagens inflamadas ou provocações incendiárias): os diálogos começam amigáveis e tornam-se rudes, agressivos; b) *harassment*: (assédio): recebimento de mensagens de remetentes conhecidos ou anônimos, que têm o intuito de aborrecer, intimidar ou ameaçar as vítimas; c) *Cyberstalking* (perseguição): perseguição virtual onde o agressor conta com uma vigilância constante da vítima; d) *Happy Slapping* (videolinchamento): agressão física da vítima que é filmada ou fotografada por celular ou outras mídias eletrônicas e cujas imagens são publicadas na internet ou Youtube; e) *Outing* (exposição): divulgações da vida privada da vítima; f) *Denigration* (difamação): postagem de mensagens difamatórias da vítima, com o intuito de destruir a reputação daquela; g) *Slut shaming* (envergonhamento das cabras): modalidade sexista de *cyberbullying* por jovens e adolescentes mulheres que incitam o desprezo àquelas que não se enquadram nos padrões de beleza, cuidado e respeitabilidade entre o grupo; h) *Impersonation* (usurpação de identidade): diz respeito ao acesso não autorizado da conta da vítima com a divulgação das informações de foro íntimo daquela para comunidades virtuais, mediante a descoberta de sua senha pelo agressor; i) *Exclusion* (exclusão): ocorre com a exclusão ou bloqueio não autorizado de um membro participante de grupo on-line, com o intuito de marginalizar o indivíduo; e j) *Trollage* (perturbação virtual): ocorre quando um membro de determinado grupo, envia mensagens deliberadas para perturbar, causar polêmica no grupo ou se divertir, mediante provocações e insinuações de temas polêmicos (RIBEIRO, 2018).

Contudo, mesmo diante das distinções entre *bullying* e *cyberbullying*, verifica-se elementos em comum entre estes fenômenos: intencionalidade, repetição e desequilíbrio do poder (SEIXAS; FERNANDES; MORAIS, 2016). Mas no *cyberbullying*,

a) Os comportamentos agressivos são assíncronos e indiretos; b) a desigualdade de poder decorre da habilidade técnica e do anonimato do agressor na rede; c) ausência de indicadores verbais explícitos face à prática diferenciada da linguagem; d) ser uma violência de difícil contenção devido à infinitude das publicações e replicações das postagens na rede; e) complexidade e variedade de comportamento dos observadores como passivos ou ativos nas mensagens em replicações; f) *likes* (curtidas) favoráveis e desfavoráveis; h) descontrole dos observadores (anonimato); i) caráter permanente das agressões (SEIXAS, FERNANDES, MORAIS apud RIBEIRO, 2018).

Ademais, os efeitos provenientes do *bullying* ou do *cyberbullying* nas vítimas são idênticos: nocivos, devastadores, e em determinadas situações catastróficos, porque os indivíduos expostos a essas práticas, além de terem um prejuízo significativo no seu desenvolvimento educacional, são mais suscetíveis às patologias psiquiátricas, como ansiedade, depressão,

transtornos alimentares, estresse pós-traumático, alcoolismo, uso de drogas, e esses transtornos se caracterizam como fatores de risco aos comportamentos suicidas não fatais, como as automutilações e fatais, como os pensamentos e as ações suicidas.

Além de que é preciso se considerar a possibilidade de retaliação, da vingança ou revide por parte da vítima, agora denominada de vítima agressora, que farta das intimidações e humilhações, conclui que mais nada pode ser feito para cessar a violência sofrida, exceto reagir violentamente às agressões sofridas. O grande problema é que as consequências da retaliação são prejudiciais a toda a comunidade escolar, pois

[...] aos agressores, podem acarretar ferimentos graves; aos espectadores, o desencadeamento da violência; à escola, o enfrentamento e cuidado com o fenômeno; e aos familiares, sofrimento e preocupações com a saúde física e mental das crianças e dos adolescentes (GOMES; SANZOVO, 2013, p. 143).

Por fim, no tocante às pesquisas recentes acerca do *Cyberbullying*, destaca-se o estudo realizado pela Intel Security denominado “Realidade cibernética: O que os pré-adolescentes e adolescentes estão fazendo *online*, maio de 2015” com 507 crianças e adolescentes entre 8 e 16 anos. Esse estudo revelou que 66% dos entrevistados já viram práticas de comportamento cruel e intimidação nas mídias sociais, enquanto 21% dos entrevistados disseram já terem sido vítimas de *cyberbullying*. Ademais,

Entre as atividades realizadas por 24% dos entrevistados em mídias sociais, que podem ser consideradas *cyberbullying*, as crianças admitiram falar mal de uma pessoa para outra (14%), zombar da aparência de alguém (13%); marcar pessoas em fotos vexatórias (7%), ameaçar alguém (3%), zombar da sexualidade de alguém (3%), postar intencionalmente sobre festas e atividades onde alguém foi excluído (2%), entre outros. As explicações dadas pelas crianças para justificar este comportamento é porque tais pessoas os trataram mal (36%), simplesmente não gostam dessas pessoas (24%) ou porque outros também estavam zombando dessas pessoas (13%) (INTEL SECURITY, 2015).

Ainda, a pesquisa realizada pelo Instituto IPSOS denominada “Visões globais do *cyberbullying*” realizada no ano de 2018 em 28 países ao redor do mundo. No total foram entrevistados 20.793 indivíduos, de 16 a 64 anos de idade. Esta demonstrou que:

A porcentagem de pais que relatam ter um filho ou conhecer uma criança em sua comunidade que passou por *cyberbullying* aumentou globalmente desde 2011. Um em cada três pais em todo o mundo (33%) relatou conhecer uma criança em sua comunidade que havia sofrido *cyberbullying*, a partir de 26 % em 2011. Entre os países pesquisados, a África do Sul mostra a maior prevalência de *cyberbullying*, com base na maioria (54%) de pais sul-africanos que sabem de uma criança em sua comunidade que foi vítima de *cyberbullying*, até 24 pontos percentuais de 2011. Globalmente, 17% afirmam que seus próprios filhos sofreram *cyberbullying*. Este número aumentou, nomeadamente na África do Sul (de 10% em 2011 para 25% agora) e na Turquia (de 5% em 2011 para 19% agora). Os Estados Unidos também registraram um aumento significativo nos pais relatando que seus filhos sofreram *cyberbullying*, até 27% este ano, ante 15% em 2011. Dois terços (65%) dos pais de uma criança que foi vítima de *cyberbullying* ou daqueles que conhecem uma criança em sua comunidade que foi vítima de *cyberbullying* relatam que o

comportamento de assédio ocorre em sites de redes sociais. Regionalmente, a América Latina experimenta a maior quantidade de *cyberbullying* em plataformas de mídia social (76%). Em geral, 51% relataram globalmente que o cyberbullying é feito por um colega de classe da criança que foi vítima de bullying (CYBERBULLING..., 2018).

No Brasil, especificamente, a pesquisa revelou que 29% dos pais ou responsáveis consultados relataram que os filhos já foram vítimas de violência *on-line*. Ademais, mais da metade desses pais afirmaram que as agressões virtuais vieram de colegas de classe do filho, a maior parte delas por meio das redes sociais.

E no ano de 2019 um levantamento feito pela Unicef (Fundo das Nações Unidas para a Infância) em 30 países com mais de 170 mil participantes entre 13 e 24 anos de idade, demonstrou que um em cada três jovens disse ter sido vítima de *bullying on-line*, e um em cada cinco relatou ter saído da escola devido ao *cyberbullying* e a violência. Além disso, no Brasil

37% dos entrevistados afirmaram já ter sido vítima de *cyberbullying*. As redes sociais foram apontadas como o espaço online em que mais ocorrem casos de violência entre jovens no País, identificando o Facebook como a principal. Além disso, 36% dos adolescentes brasileiros informaram já ter faltado à escola após ter sofrido *bullying* online de colegas de classe, tornando o Brasil o país com a maior porcentagem nesse quesito na pesquisa (UNICEF, 2019)

Portanto, estas pesquisas comprovam que o *cyberbullying* é uma realidade que bate às portas da sociedade brasileira, que influenciando a autoestima ou a capacidade de resiliência e autoconfiança de nossas crianças, adolescentes e jovens, ainda, podem provocar consequências graves na formação da personalidade infanto-juvenil, inclusive com o desenvolvimento de distúrbios psicológicos e doenças, como insônia, anorexia, depressão, baixa tolerância à frustração, irritabilidade, inclinação ao álcool e às drogas e, em casos mais extremos, levar à violência autoprovocada por meio da automutilação, ou ainda, a ideias ou comportamentos suicidas.

### 3. REFLEXÕES ACERCA DAS ESTRATÉGIAS DE PREVENÇÃO E COMBATE DO *BULLYING* E DO *CYBERBULLYING*

Ante o resultado de inúmeros estudos relacionados a prática do *bullying* e *cyberbullying* em nível mundial, bem como a constatação dessa prática no Brasil, assim como da gravidade desse fenômeno social, a legislação brasileira seguindo as normas internacionais, como a Resolução L 44 (XLUV) da ONU de 1989, a Declaração do Panamá de 2000 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), investiu em normas nacionais, como a Constituição Federal Brasileira e o Estatuto da Criança e Adolescente, que preveem os direitos e garantias que envolvem crianças e adolescentes, além de ter instituído o marco legal de prevenção e combate ao *Bullying* e *Cyberbullying* por meio do Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Lei n.º 13.185/2015).

Segundo o artigo 1.º, § 1.º da Lei n.º 13.185/2015, o *bullying* deve ser compreendido como:

Todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas (BRASIL, 2015).

O artigo 2.º desta mesma lei, caracterizou a intimidação sistemática (*bullying*) quando há violência física ou psicológica em atos de intimidação, humilhação ou discriminação e, ainda, por meio de: I - Ataques físicos; II - insultos pessoais; III - comentários sistemáticos e apelidos pejorativos; IV - ameaças por quaisquer meios; V - grafites depreciativos; VI - expressões preconceituosas; VII - isolamento social consciente e premeditado; e, VIII - pilhérias.

O parágrafo único, do artigo 2.º, por sua vez, veio determinar que o *cyberbullying* deve ser compreendido como:

A intimidação sistemática na rede mundial de computadores, quando se usam os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial. (BRASIL, 2015)

Ademais, a referida legislação atribuiu à escola, e conseqüentemente aos seus atores sociais, especialmente educadores e gestores, o dever de assegurar em seus espaços, medidas de conscientização, prevenção, diagnose e combate à violência e à intimidação sistemática ou *bullying* (Lei nº 13.185/2015, artigo 5.º).

É certo que a identificação normativa do *bullying* e do *cyberbullying* é um avanço na medida que traz uma nova ferramenta à prevenção e ao combate à intimidação sistemática perpetrada no espaço escolar. Contudo, as medidas de prevenção e combate ao *cyberbullying* adotadas pelas escolas brasileiras dentro da concepção da Lei 13.185/2015 ainda são muito incipientes, ante o número expressivo de alunos e professores, a falta de conhecimento técnico por parte dos alunos, pais e educadores acerca do fenômeno social, a falta de capacitação dos profissionais da educação, sem contar com as diferenças culturais, sociais e econômicas de cada instituição de ensino e seus respectivos atores sociais. Além disso,

[...] ao interpretar e analisar a lei, verifica-se que esta apresenta lacunas no que se refere à punição dos agressores, assim como não esclarece qual tratamento deve ser dispensado ao agressor da prática do *bullying*. A lei cita apenas que se deve “evitar a punição”, de forma que a leitura do comando poderá levar a interpretações diversas. Outro aspecto é o fato de que a lei em questão não estabelece a quem será atribuída à responsabilização dos atos ilícitos quando provocados por menor de idade. Nesta hipótese infere-se que deverá ser aplicado o Código Civil brasileiro. Em suma, a lei é muito vaga e não disciplina o fato (CARVALHO; MOREIRA; TELES, 2017, p. 38).

Ademais, também é importante ressaltar que no Brasil o *Bullying* e o *Cyberbullying* não contam com intervenção estatal de cunho repressivo-punitivo.

Na atualidade, essas práticas são punidas levando-se em consideração as condutas tipificadas nos artigos 138, 139 e 140, sendo respectivamente a calúnia, a injúria e a difamação, ou a ameaça e ainda o constrangimento ilegal. Contudo, faz-se necessário ressaltar que na Reforma do Código Penal, cujo projeto se encontra em trâmite no Senado Federal, a comissão responsável optou pela nomenclatura “intimidação vexatória” tendo a seguinte descrição:

Ameaça

Art. 147 (...)

#### **Intimidação vexatória**

§ 2º Intimidar, constranger, ameaçar, assediar sexualmente, ofender, castigar, agredir, segregar a criança ou o adolescente, de forma intencional e reiterada, direta ou indiretamente, por qualquer meio, valendo-se de pretensa situação de superioridade e causando sofrimento físico, psicológico ou dano patrimonial.

**Pena:** prisão de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (BRASIL, 1940)

No que diz respeito a projetos de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal sobre cyberbullying, no período de 2015 a 2017, observa-se a existência de dez projetos de Lei. Mas, embora esses projetos de lei apresentem conteúdos correlatos à violência, não se comunicam entre si, em razão de suas tramitações legislativas se darem em níveis de poder distintos. Ademais, nem todos os projetos preveem políticas direcionadas ao *cyberbullying* e contém em seu bojo, princípios, normas, órgãos, práticas e meios que promovam e assegurem o tratamento dessa violência entre os atores sociais da escola, no seu espaço social.

## **4. MEDIAÇÃO ESCOLAR: INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO E COMBATE AO *CYBERBULLYING* ESCOLAR E DE PROMOÇÃO DA CULTURA DE PAZ**

Conforme explanado nos tópicos acima, o *cyberbullying* é compreendido como a intimidação sistemática realizada através de mensagens de texto pelo computador ou celular, por meio de e-mails, redes sociais ou sites, com o objetivo de humilhar, difamar, ameaçar e aterrorizar a vítima. Trata-se de um fenômeno complexo que não possui causa única e que é influenciado por diversos fatores que atuam em múltiplas dimensões: individual, familiar, comunitário e social.

Dados nacionais e internacionais têm identificado a alta prevalência desses comportamentos no espaço escolar, especialmente, entre os alunos. Isso posto, tem-se que os principais meios de enfrentamento e prevenção desse tipo de violência, como a própria Lei nº 13.185/2015 determina são: 1. A capacitação de docentes e equipes pedagógicas; 2) campanhas de educação, conscientização e informação; 3) instituição de práticas de conduta e orientação de pais, familiares e responsáveis diante da identificação de vítimas e agressores; 4) promoção da assistência psicológica, social e jurídica às vítimas e aos agressores; 5) promoção da cidadania, da capacidade empática e o respeito a terceiros, nos marcos de uma cultura de paz e tolerância mútua; 6) repressão dos agressores e restauração das vítimas através de mecanismos e/ou instrumentos alternativos que promovam a efetiva responsabilização e a mudança de comportamento hostil (Artigos 4º e 5º).

Contudo, é necessário ressaltar, que a capacitação acima apregoada de docentes e equipes pedagógicas, assim como a orientação de pais e alunos, deve se dar por meio da Educa-

ção para a Paz com vias a implementação de uma cultura de paz nas escolas. Inclusive, é isso que determina a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (LDB). Vejamos:

Art. 12. Os estabelecimentos de ensino, respeitadas as normas comuns e as do seu sistema de ensino, terão a incumbência de: IX - promover medidas de conscientização, de prevenção e de combate a todos os tipos de violência, especialmente a intimidação sistemática (**bullying**), no âmbito das escolas; X - estabelecer ações destinadas a promover a cultura de paz nas escolas. (BRASIL, 1996).

Contudo, a paz é um conceito complexo e dinâmico, que no terreno educativo dá margem a muitas interpretações.

Logo, no presente estudo utiliza-se o modelo sociocrítico de Educação para a Paz<sup>8</sup>, que dentre seus elementos constitutivos se destacam: a) Educação em Direitos Humanos; b) Educação de Valores; c) Educação Socioemocional; e, d) Educação para a Resolução Não Violenta dos Conflitos.

No que diz respeito à Educação em Direitos Humanos, implementada pelo Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) de 2006, pode-se dizer que é uma educação voltada à

[...] formação de uma cultura de respeito à dignidade humana através da promoção e da vivência dos valores da liberdade, da justiça, da igualdade, da solidariedade, da cooperação, da tolerância e da paz. Portanto, a formação desta cultura significa criar, influenciar, compartilhar e consolidar mentalidades, costumes, atitudes, hábitos e comportamentos que decorrem, todos, daqueles valores essenciais citados – os quais devem-se transformar em prática. (BENEVIDES, 2007, p. 1)

A Educação de valores, por sua vez, se dispõe a nortear todas as ações da escola, com fins à formação ética do aluno para o exercício continuado da cidadania e da democracia, posto que “[...] A formação integral da pessoa humana somente poderá se dar, de forma efetiva, se houver a educação/formação da estrutura cognitiva e moral do indivíduo, pois estas se encontram intimamente associadas” (LAGO, 2019, p. 193). Já a Educação Socioemocional, refere-se ao processo de entendimento e manejo das emoções, assim como o desenvolvimento das seguintes competências: autoconsciência, autogestão, consciência social, habilidades de relacionamento e tomada de decisão responsável (BASE..., 2021).

Por último, o estudo dos conflitos e das suas formas de resolução, são os elementos primordiais para qualquer educação que pretenda construir ou fabricar a paz. Sob esse prisma, a Educação para a Resolução Não Violenta de Conflitos oportuniza que os educadores, “[...] apliquem técnicas que permitam ao aluno compreender aqueles conflitos mais imediatos, nos quais estão envolvidos direta ou indiretamente, para sistematizar seu estudo e a resolução dos problemas”. (RAYO, 2004, p. 129).

E é justamente na perspectiva da Educação para a Resolução Não Violenta de Conflitos que se vislumbra a Mediação Escolar, um instrumento ou mecanismo a ser implementado nas instituições escolares, que proporciona a prática do diálogo, estimula a resolução dos confi-

8 “(...) um processo educativo, dinâmico, contínuo e permanente, fundamentado nos conceitos de paz positiva e na perspectiva criativa do conflito, como elementos significativos e definidores, e que, mediante a aplicação de enfoques socioafetivo e problematizantes, pretende desenvolver um novo tipo de cultura, a cultura da paz, que ajude as pessoas a desvendar criticamente a realidade para poder situar-se diante dela e atuar em consequência” (JARES, 2002, p. 148).

tos de forma pacífica, interfere nos níveis de violência, contribui para a melhoria da qualidade do ensino e da aprendizagem, desenvolve as habilidades socioemocionais, prepara o aluno para a autonomia e vivencia na prática a Educação em Direitos Humanos e para a Paz (LAGO, 2019, p. 231).

Isso se dá, porque a Mediação escolar trabalha os valores da cooperação, tolerância, respeito, identidade e o reconhecimento do outro, e acaba por,

- 1) Favorecer e estimular a comunicação entre as partes em conflito, o que traz consigo o controle das interações destrutivas; 2) Levar a que ambas as partes compreendam o conflito de uma forma global e não apenas a partir da sua própria perspectiva; 3) Ajudar na análise das causas do conflito, fazendo com que as partes separem os interesses dos sentimentos; 4) Favorecer a conversão das diferenças em formas criativas de resolução do conflito; 5) Reparar, sempre que viável, as feridas emocionais que possam existir entre as partes (LAGO, 2019, p. 230)

Por consequência, a mediação escolar intervém no clima escolar, privilegia a comunicação interpessoal, possibilita a reflexão e a tolerância, pratica as habilidades sociais, ensina estratégias de adequação e autocontrole, e desenvolve nos alunos a responsabilidade individual e social.

Por fim, necessário ressaltar que em tempos de Pandemia, em que muitas escolas têm oferecido a continuidade da educação por meio de recursos tecnológicos de forma remota, ou seja à distância, e os alunos estão cada vez mais conectados aos grupos de *WhatsApp* e mergulhados no ambiente *on-line*, é preciso que a escola e os pais estejam atentos à exposição das crianças e adolescentes ao *cyberbullying*. Inclusive, a Organização das Nações Unidas (ONU) já chamou a atenção das comunidades educacionais, para o avanço do *cyberbullying* durante a quarentena do COVID-19 (BRAUN; SAMPAIO, 2020).

Por esta razão, é preciso que escola, assim como os pais ou responsáveis, estejam comprometidos com a educação digital de seus alunos e filhos, a começar por uma **supervisão** mais rigorosa, pela criação de redes de apoio por parte das instituições de ensino, composta por pedagogos, psicólogos e orientadores educacionais, para averiguar e tratar de eventuais práticas de *cyberbullying* por e contra alunos, incentivar as práticas educacionais da Educação para a Paz, especialmente, da Educação em Direitos Humanos; Educação de Valores, Educação Socioemocional e Educação para a Resolução Não Violenta dos Conflitos, e por fim, criar espaços institucionais remotos, a exemplo das salas de videoconferência, em que se possam desenvolver a Mediação Escolar.

## 5. CONCLUSÕES

O *cyberbullying* escolar é uma realidade. Não é novo; tem sido executado em diversos países do mundo, especialmente no ocidente; crianças, adolescentes e jovens são o principal público alvo; e o grau de perversidade têm aumentado, a cada nova prática desse fenômeno social. A pandemia de COVID-19 também é uma realidade. Aliás, uma nova realidade em um novo mundo. Que já contabilizou mais de três milhões de óbitos por complicações da

doença no ano de 2020: mais de quatrocentos e setenta mil mortes, somente no Brasil, até junho/2021.

Na circunstância excepcional em que a sociedade vive, com isolamento social e quarentena, as instituições de ensino precisaram readequar suas metodologias de ensino. Os alunos, por sua vez, passaram a adotar de forma rotineira o uso das tecnologias, particularmente os computadores e celulares, para colmatar suas necessidades de aprendizagem, socialização e entretenimento, encontrando-se mais expostos ao *cyberbullying*.

Ante essa nova realidade, pais e cuidadores, educadores e escolas, devem adotar estratégias de prevenção, detecção e intervenção ao *cyberbullying* escolar. Por parte dos pais e cuidadores, na conscientização e intervenção nas situações efetivas desse fenômeno. Por parte das escolas, na implementação de práticas educacionais da Educação em Direitos Humanos e para a Paz, no desenvolvimento de programas de prevenção *on-line*, assim como na prática da Mediação Escolar, no formato ODR – *On-Line Dispute Resolution*<sup>9</sup>, como forma de intervenção de situações reais do *cyberbullying* escolar.

## REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, Miriam (Coord.) *Cotidiano das escolas: entre violências*. Brasília: UNESCO, Observatório de Violência, Ministério da Educação, 2006.
- BALLION, R. *La démocratie au lycée*. Paris: ESF, 1999.
- BASE Nacional Comum Curricular.2021. Disponível em: <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/implementacao/praticas/caderno-de-praticas/aprofundamentos/>. Acesso em: 2 jun. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 13.185, de 6 novembro de 2015*. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying). Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm). Acesso em: 27 maio 2021.
- BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm). Acesso em 27 maio 2021.
- BRASIL. *Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em 27 maio 2021.
- BRAUN, Julia; SAMPAIO, Jana. *O cyberbullying avança entre estudantes brasileiros na quarentena*. In: VEJA. 21 ago. 2020. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/educacao/o-cyberbullying-avanca-entre-estudantes-brasileiros-na-quarentena/>. Acesso em: 2 jun. 2021.
- BAPTISTA, Rodrigo. *Senadores estudam aprimorar lei para facilitar identificação de autores de cyberbullying*. In: SENADO NOTÍCIAS. 6 nov. 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/11/06/senadores-estudam-aprimorar-lei-para-facilitar-identificacao-de-autores-de-cyberbullying>. Acesso em: 25 de maio 2021.
- BENEVIDES, Maria Victoria. Direitos Humanos: desafios para o século XXI. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy et al (org). *Educação em direitos humanos: fundamentos teóricos-metodológicos*. João Pessoa: editora Universitária, 2007.
- BONAFE-SCHMITT, J. P. La médiation scolaire: une technique de gestion de la violence ou un processus éducatif? In: CHARLOT, B.; EMIN, J. C. (Ed.). *La violence à l'école: état des saviors*. Paris: Armand Colin, 1997.

- CARVALHO, Lélia Júlia; MOREIRA, Denise Bastos; TELES, Claudia Alves Teles. Políticas Públicas de Combate ao *Bullying* no âmbito escolar: estratégias de enfrentamento no Brasil, Estados Unidos, Finlândia, Espanha e Portugal, *Revista Projeção, Direito e Sociedade*, v. 8, n. 2, 2017.
- CHARLOT, Bernard. A violência na escola: como os sociólogos franceses abordam essa questão. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 4, n. 8, jul/dez 2002.
- CHESNAIS, J. C. *Histoire de la violence*. Paris: Laffont, 1981.
- CRESCO, Marcelo. *Algumas reflexões sobre o CyberStalking*. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/226885184/algumas-reflexoes-sobre-o-cyberstalking>. Acesso em: 31 de maio 2021.
- CYBERBULLING: a global advisor survey. In: IPSOS. 2018. Disponível em: [https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2018-06/cyberbullying\\_june2018.pdf](https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2018-06/cyberbullying_june2018.pdf). Acesso em: 31 maio 2021.
- DEBARBIEUX, E. *La violence em milieu scolaire 1: état dès leix*. Paris: ESF, 1996.
- DEBARBIEUX, E. BLAYA, Catherine. *Violência nas escolas e políticas públicas*. Brasília: UNESCO, 2002.
- DICIONÁRIO de Inglês Online Michaelis. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/moderno/ingles/index.php?lingua=ingles-portugues&palavra=bully>. Acesso em: 28 maio 2021.
- FANTE, Cleo. *Bullying escolar: perguntas & respostas*. Porto Alegre: Artmed, 2000.
- FISCHER, Rosa Maria. *Bullying escolar no Brasil: relatório final*. São Paulo: CEATS/FIA, 2010. Disponível em: <https://docplayer.com.br/259085-Pesquisa-bullying-escolar-no-brasil-relatorio-final.html>. Acesso em: 28 de maio 2021.
- GOMES, Luiz Flávio Gomes; SANZOVO, Natália Macedo. *Bullying e Prevenção da Violência nas Escolas: quebrando mitos, construindo verdades*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GOTTFREDSON, D. *Schools and delinquency*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- HALLIGAN, John P; DICKSON, Emily B. *Ryan's Story: Loved Beyond Belief*. English Edition. EBook Kindle.
- HINDUJA, S. & PATCHIN, J. W. *Summary of Our Cyberbullying Research (2007-2019)*. In: CYBERBULLYING RESEARCH CENTER. 2019. Disponível em: <https://cyberbullying.org/2019-cyberbullying-data>. Acesso em: 31 maio 2021.
- INTEL SECURITY. *Intel Security alerta pais sobre o risco de cyberbullying na volta às aulas*. In: DIRECIONAL ESCOLAS: a revista do gestor escolar. Disponível em: <https://dizacionalescolas.com.br/intel-security-alerta-pais-sobre-o-risco-de-cyberbullying-na-volta-as-aulas/>. Acesso em: 31 maio 2021.
- JARES, Xesús. *Educação para a Paz: sua teoria e sua prática*. Porto Alegre: Artmed, 2002.
- LAGO, Andréa Carla de Moraes Pereira. *Gestão dos Conflitos e da Violência Escolar: da prevenção à resolução por meio da Mediação Escolar*. Maringá: Sinergia Casa Editorial, 2019.
- LAGO, Andréa Carla de Moraes Pereira. *Violência autoprovocada e suas implicações no espaço social da escola*. Brasília: SENAI/DN, 2020.
- MALDONADO, Maria Tereza. *Bullying e Cyberbullying: o que fazemos com o que fazem conosco?* São Paulo: Moderna, 2011.
- OLWEUS, Dan. *Bullying at School: what we know and what we can do*. EUA: Blackwell Publishing, 1993.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). *Resolução WHA49.25*. Disponível em: <https://www.cevs.rs.gov.br/upload/arquivos/201706/14142032-relatorio-mundial-sobre-violencia-e-saude.pdf>. Acesso em: 27 maio 2021.
- PACER'S NATIONAL BULLYING PREVENTION CENTER. *Cyberbullying*. 2021. Disponível em: <https://www.pacer.org/bullying/info/cyberbullying/>. Acesso em: 31 maio 2021.
- PAIN, J. *Les violences em milieu scolaire: du concept à la prévention*. Cab Sec Intérieure. Paris: IHESI, 1994.
- PORFÍRIO, Francisco. *Cyberbullying*. In: BRASIL ESCOLA. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/cyberbullying.htm>. Acesso em: 29 maio 2021.

PRAIRAT, E. *Sanction et socialisation: idées, resultants et problèmes*. Paris: PUF, 2001.

RAYO, José Tuvilla. *Educação em Direitos Humanos: rumo a uma perspectiva global*. Porto Alegre: Artmed, 2004.

RIBEIRO, Neide Aparecida. *Cyberbullying: Práticas e Consequências da Violência Virtual na escola*. 2018. Tese (Doutorado em Educação) - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2018.

ROCHE, S. *La société incivile: qu'est-ce que l'insécurité?* Paris: Le Seuil, 1996.

TOKARNIA, Mariana. *Maioria das escolas brasileiras não tem plataformas de ensino*. In: AGÊNCIA BRASIL. 9 jun. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2020-06/maioria-das-escolas-brasileiras-nao-tem-plataformas-para-ensino-online>. Acesso em: 25 de maio 2021.

UNICEF. *U-Report destaca prevalência do cyberbullying e seu impacto nos jovens (2019)*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/> Acesso em: 1 jun. 2021.

#### **Dados do processo editorial**

- Recebido em: 24/08/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 24/08/2021
- Avaliação 1: 01/09/2021
- Avaliação 2: 09/11/2021
- Decisão editorial preliminar: 10/11/2021
- Retorno rodada de correções: 11/11/2021
- Decisão editorial final: 16/11/2021

#### **Equipe editorial envolvida**

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2

# O DIREITO NA CONTEMPORANEIDADE PANDÊMICA PRECARIZANTE E A NECESSÁRIA RESSIGNIFICAÇÃO DO PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO ELEMENTO ESSENCIAL PARA A CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA

THE LAW IN PRECARIZING PANDEMIC CONTEMPORARY  
AND THE NECESSARY RESIGNIFICATION OF THE  
CONSTITUTIONAL PROCESS AS AN ESSENTIAL ELEMENT  
FOR THE IMPLEMENTATION OF DEMOCRACY

GABRIELA OLIVEIRA FREITAS<sup>1</sup>  
SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS<sup>2</sup>

## RESUMO

O presente artigo científico aborda a mudança na concepção do processo e, por consequência, da atividade jurisdicional, a partir da instituição do Estado Democrático de Direito, como forma de ressignificação do processo. A partir de tal análise, demonstra-se como essa revisitação do conceito de processo, tornou-o essencial para a concretização da democracia, superando o instrumentalismo, por se tratar de mecanismo de inclusão e participação popular contramajoritário, permitindo a discussão sobre temas que envolvem as minorias, normalmente excluídas dos procedimentos decisórios do Estado, ainda mais na contemporaneidade pandêmica e precarizante da sociedade. Para o presente estudo, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e

- 1 Doutora, Mestre e Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Coordenadora-Adjunta e Pesquisadora do IMDP - Instituto Mineiro de Direito Processual. Editora Chefe das Revistas Cadernos Jurídicos do IMDP e Revista Jurídica IMDP. Assessora Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). Professora do PPGD FUMEC. E-mail: freitasingab@ gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4971454368506778>.
- 2 Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Doutor, Mestre e Especialista em Direito Processual pela PUC Minas. Professor de Direito Processual e Metodologia da Pesquisa Jurídica na UNIVERSIDADE FUMEC. Coordenador e Professor do PPGD FUMEC. Associado fundador e Coordenador Geral do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Assessor Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG). E-mail: sergiohzh@fumec.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2720114652322968>.

### Como citar esse artigo:/How to cite this article:

FREITAS, Gabriela Oliveira; FRETAS, Sérgio Henriques Zandona. O direito na contemporaneidade pandêmica precarizante e a necessária ressignificação do processo constitucional como elemento essencial para a concretização da democracia. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, vol. 16, n. 4, p. 281-296, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i4.8756>.

o método dedutivo, partindo-se de uma perspectiva macro para uma concepção micro analítica acerca do tema-problema ora em estudo e, por fim, como procedimento técnico a análise temática, teórica e interpretativa, buscando sugestão para a solução da questão destacada.

**Palavras-chave:** contemporaneidade pandêmica e manutenção da precarização do direito processual; democracia; processo constitucional; direitos fundamentais; ressignificação democrática do processo.

## ABSTRACT

*This scientific article addresses the change in the conception of the process and, consequently, of the jurisdictional activity, from the institution of the Democratic State of Law, as a way of resignifying the process. From this analysis, it is demonstrated how this revisiting of the concept of process, made it essential for the realization of democracy, overcoming instrumentalism, as it is a mechanism of inclusion and counter-majoritarian popular participation, allowing for discussion on issues involving minorities, normally excluded from the decision-making procedures of the State, even more in the pandemic and precarious contemporaneity of society. For the present study, bibliographical research and the deductive method were used, starting from a macro perspective to a micro-analytical conception about the theme-problem under study and, finally, as a technical procedure the thematic, theoretical and interpretive, seeking a suggestion for the solution of the highlighted question.*

**Keywords:** pandemic contemporaneity and maintenance of the precariousness of procedural law; democracy; constitutional process; fundamental rights; democratic reframing of the process.

## 1. INTRODUÇÃO

Com a queda do Estado Social e instituição do Estado Democrático de Direito, tornou-se necessário visitar alguns institutos jurídicos, dentre eles o Processo, o qual ganhou uma nova perspectiva. Essa mudança tão significativa inviabiliza uma análise do direito e, por conseguinte, da atividade jurisdicional sob outra perspectiva. Isso porque os textos constitucionais incluíram diversas garantias processuais dentre o rol de direitos e garantias fundamentais.

A instituição da democracia teve por objetivo a retirada da autoridade do Estado, transferindo o poder para o povo, o que se dá não só pelo direito ao voto, mas também pela possibilidade de fiscalização dos atos do Estado pelo povo e pelo direito de participar ativamente na construção dos provimentos estatais, sejam eles emanados pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Os princípios básicos do Direito Processual passaram a ser tratados como parte do Direito Constitucional, o que modifica por completo o conceito de processo, que não pode mais ser compreendido como uma relação jurídica entre as partes, na qual um excesso de poderes, sejam eles instrutórios ou decisórios, é conferido ao órgão julgador, diante da justificativa de busca pela “justiça” e “paz social”, dentre outros escopos metajurídicos. Tal concepção do processo seria típica de um Estado Social.

Nessa nova conjuntura, o processo passa a ser compreendido como um procedimento constitucionalizado realizado em contraditório entre as partes, com o objetivo principal de garantir o efetivo exercício dos direitos fundamentais, ou seja, a partir do marco teórico da Teoria Constitucionalista do Processo, sistematizada por Hector Fix-Zamudio.

Diante de tais considerações, pretende-se analisar, no primeiro capítulo, as garantias processuais previstas nos textos constitucionais pós-regimes totalitários, que aproximam o processo do texto constitucional, e também estruturam o procedimento sobre bases democráticas.

Em seguida, serão apresentadas algumas considerações sobre a compreensão do que seja processo na matriz disciplinar do Estado Democrático de Direito, buscando esclarecer como ocorre a democratização do processo.

Por fim, analisar-se-á como essa nova concepção de processo faz com que este instituto seja essencial para a concretização da democracia no direito, abordando sua perspectiva contramajoritária, no sentido de permitir a participação popular daqueles que não conseguem se manifestar nas decisões tomadas pela maioria.

## 2. O PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os textos constitucionais analisados no tópico anterior preveem a instauração do Estado Democrático de Direito, o que, em resumo, significa que o Estado contemporâneo, e mais na atualidade pandêmica, fundamenta-se no exercício do poder pelo povo e limitação deste poder pelas normas do ordenamento jurídico, superando as noções de Estado Social e Estado Liberal. Portanto, entende-se por Estado Democrático de Direito aquele submetido às “normas do direito e estruturado por leis, sobretudo a lei constitucional”, em que se estabelece uma “estreita conexão interna entre dois grandes princípios jurídicos, democracia e Estado de Direito” (BRÊTAS, 2010, p. 54).

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias afirma que o Estado Democrático de Direito representa uma fusão entre o Estado de Direito e o princípio democrático e acrescenta que:

[...] essa fusão permite criar um sistema constitucional marcado de forma preponderante pela associação do poder político legitimado do povo (democracia) com a limitação do poder estatal pelas normas constitucionais e infraconstitucionais que integram seu ordenamento jurídico (Estado de Direito), sobretudo aquelas pertinentes aos direitos fundamentais. (BRÊTAS, 2010, p. 147).

No que se refere ao princípio democrático, deve-se observar que democracia remete, primariamente, à ideia “governo do povo”. Ou seja: democracia significa permitir a participação do povo, conferindo legitimidade à atuação do Estado nas esferas legislativa, administrativa e judicial, nos termos dispostos no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República do Brasil de 1988, segundo o qual “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (BRASIL, 1988).

Buscando conceituar democracia, Simone Goyard-Fabre afirma que esta:

[...] define a forma de um regime que, fundando a autoridade do governo no povo, garante a presença dos governados ao exercício do poder. Por outro lado, transporta e transpõe para a esfera política o caráter conflituoso das paixões humanas, de forma tal que, no mesmo movimento que suscita a

esperança da liberdade e da igualdade, faz pesar sobre a Cidade as ameaças da desrazão que o desejo insaciável do povo introduz na razão. (GOYARD-FABRE, 2003, p. 13).

Assim, nessa matriz disciplinar, o poder é exercido em razão da vontade soberana do povo, que, por meio de uma série de direitos e garantias consagrados no ordenamento jurídico, também “possui direito de fiscalizar as formas de manifestação e aplicação de tal poder” (MADEIRA, 2009, p. 22), o que garante a legitimação democrática da atuação do Estado.

É o que assevera Ronaldo Brêtas:

Tudo isso significa permanente sujeição do Estado Brasileiro ao ordenamento jurídico vigente, integrado por normas de direito (regras e princípios jurídicos), emanadas da vontade do povo, que se manifesta por meio dos seus representantes eletivos ou diretamente, por meio do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, motivo da menção explícita da Constituição brasileira ao princípio da reserva legal (ou princípio da prevalência da lei), como garantia fundamental das pessoas (artigo 5º, II), e ao princípio da legalidade, estruturante do Estado de Direito brasileiro (artigo 37). (BRÊTAS, 2006a, p. 156).

Do princípio democrático ainda resulta, no âmbito jurisdicional, o dever do Estado e o direito do jurisdicionado de buscar uma resposta às suas pretensões, com a devida fundamentação, mediante a garantia de ampla participação na construção das decisões, observado, assim, o devido processo legal.

Em razão da consagração jurídico-constitucional dessa nova principiologia, o processo deve ser analisado sob uma perspectiva democrática e, por isso, é necessário romper com as teorias do processo que permitem a concepção da atividade jurisdicional como um poder do Estado, a fim de compreendê-la como um direito fundamental. Esse rompimento deve ser estabelecido, principalmente, com a Teoria do Processo como Relação Jurídica, sistematizada por Büllow, segundo a qual o processo é uma relação jurídica entre autor, réu e juiz. Tal teoria foi trazida ao Brasil por Enrico Tulio Liebman, influenciando Alfredo Buzaid na elaboração do Código de Processo Civil de 1973 e sendo acompanhada pela intitulada Escola Paulista/Instrumentalista de Processo. (BRASIL, 1973)

O Código de Processo Civil brasileiro de 1973 sofreu, ao longo dos quarenta anos de vigência, mais de sessenta e seis leis modificadoras de seu conteúdo, sendo seis na década de 70, onze na década de 80, vinte e duas na década de 90, demonstrando forte produção legislativa, que resultou em uma descaracterização do principal mecanismo processual brasileiro. (BRASIL, 1973). Assim é que, a elaboração do novo Código de Processo Civil brasileiro, por meio da recente aprovação da Lei Federal n. 13.105/2015, encontrou sua essência fundamental na necessidade de resistemização do principal instrumento processual brasileiro e manutenção, na contemporaneidade pandêmica da precarização do Direito Processual. Ressalte-se ainda o aumento dos poderes instrutórios e decisórios do julgador, como exemplo a própria concessão de tutelas de evidência de ofício, tanto nas mãos do magistrado de primeiro grau, quanto do relator do processo nos tribunais, o que parece ser o tônus da nova codificação brasileira, com amplo prestígio ao princípio da celeridade e o vínculo infraconstitucional à teoria instrumentalista do processo (BRASIL, 2015), objeto principal de estudo no Instituto Brasileiro de Direito Processual (2015a).

Para a doutrina instrumentalista, “o conceito de jurisdição não seria jurídico, mas, político, já que ela é expressão do poder do Estado” (GONÇALVES, 2012, p. 157), fazendo com que a atividade do juiz seja influenciada por seus próprios princípios ideológicos, construída unilateralmente por sua clarividência, em uma atividade solitária e solipsista, o que não é compatível com a noção democrática de processo. Ou seja, ao tratar o processo como um instrumento de busca pela “paz social” e “pela justiça”, admite-se que o magistrado se torne a figura suprema da relação processual e atue de forma discricionária e arbitrária, buscando aplicar sua própria e subjetiva noção de “justiça”, assim desconsiderando a atuação das partes/participação popular, o que não se mostra consentâneo com a atual conjuntura constitucional do processo.

Assim, referida doutrina deve ser abandonada, uma vez que, no contexto democrático, não se pode “reduzir o processo a uma relação jurídica vista como um mecanismo no qual o Estado-juiz implementa sua posição de superioridade de modo que o debate processual é relegado a segundo plano” (NUNES, 2011, p. 49).

Como superação da mencionada teoria, na tentativa de ampliar a participação das partes no processo jurisdicional, surge a teoria estruturalista<sup>3</sup> de Elio Fazzalari, segundo o qual o processo seria o procedimento em contraditório, cuidando Fazzalari de diferenciar procedimento de processo e de elevar o contraditório à condição de pressuposto essencial para a existência de processo (FAZZALARI, 2006).

Dessarte, esclarece Fazzalari:

Existe, em resumo, o ‘processo’, quando em uma ou mais fases do iter de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar. (FAZZALARI, 2006, p. 120).

A teoria de Fazzalari é de grande relevância para a compreensão do processo democrático, uma vez que inclui o contraditório como parte do conceito de processo, concluindo que não há processo, mas tão somente procedimento, quando ausente o contraditório. A relevância dos estudos de Fazzalari não está somente na diferenciação entre processo em procedimento, mas também na inclusão da participação das partes como elemento essencial para que haja processo.

Percebe-se que, assim, iniciam-se os estudos do Direito Processual a partir de uma perspectiva democrática, fazendo com que a atividade jurisdicional deixasse de ser controlada pelo julgador, incluindo, agora, a participação e fiscalização dos interessados.

A atividade jurisdicional não pode, portanto, ser reduzida a mera “vontade do intérprete (julgar conforme sua consciência), como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva”, tendo em vista que a função do julgador se limita a ser “o aplicador da lei como intérprete das articulações lógico-jurídicas produzidas pelas partes construtoras da estrutura procedimental” (LEAL, 2010, p. 63).

3 Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Carlos Henrique Soares afirmam que a teoria elaborada por Fazzalari é denominada estruturalista, porque trata o processo como “procedimento que se desenvolve dentro da estrutura dialética e constitucionalizada do contraditório” (SOARES; BRÊTAS, 2011, p. 103).

Complementando a teoria de Fazzalari, a teoria constitucionalista do processo, marco teórico do presente trabalho, não afasta a alegação de ser o processo um procedimento em contraditório, mas acrescenta que o processo seria também uma garantia de exercício dos direitos fundamentais, o que lhe concede uma perspectiva constitucional.

É o que considera Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

[...] a teoria estruturalista de Fazzalari carece de alguma complementação pelos elementos que compõe a teoria constitucionalista, porque a inserção do contraditório no rol das garantias constitucionais decorre da exigência lógica e democrática da co-participação paritária das partes, no procedimento formativo da decisão jurisdicional que postulam no processo, razão pela qual conectada está à garantia também constitucional da fundamentação das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal, condição de efetividade e legitimidade democrática da atividade jurisdicional constitucionalizada. (BRÊTAS, 2010, p. 91).

A teoria constitucionalista do processo tem por base o estudo dialógico participativo, principal foco de pesquisa na Escola Mineira de Processo, conforme destaque no Instituto Mineiro de Direito Processual (2015b). Para tanto, comentário de Dierle Nunes:

A percepção democrática do direito rechaça a possibilidade de um sujeito solitário captar a percepção do bem viver em sociedade altamente plurais e complexas e, no âmbito jurídico, a aplicação do direito e/ou o proferimento de provimentos, fazendo-se necessária a percepção de uma procedimentalidade na qual todos os interessados possam influenciar na formação das decisões. Assim, toda decisão deve ser resultado de um fluxo discursivo balizado por um procedimento embasado nos princípios fundamentais (processo) que permita uma formação processual de todo exercício do poder. (NUNES, 2011, p. 203).

A origem dos estudos acerca do processo em conjunto com o texto constitucional remonta ao mexicano Hector Fix-Zamudio<sup>4</sup> e ao uruguaio Eduardo Couture<sup>5</sup>.

Diante dos avançados estudos do Processo constitucionalizado, José Alfredo de Oliveira Baracho afirma que “o direito processual tem linhagem constitucional, circunstância que dá maior significação à proteção efetiva dos direitos processuais, em todas as instâncias” (BARACHO, 2006, p. 14), ainda acrescentando que “o processo constitucional visa tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais” (BARACHO, 2006, p. 95).

Desse modo, tem-se que as normas processuais devem observar a supremacia da Constituição<sup>6</sup>, uma vez que o processo é considerado uma importante garantia constitucional. Por isso, as normas processuais, como já demonstrado, surgem consolidadas nos textos das

4 Fix-Zamudio, em sua obra “Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica”, de 1974, analisou a relevância que as garantias fundamentais passaram a ter nos estudos de direito processual, concluindo que, diante da existência de numerosas disposições constitucionais acerca dos direitos das partes no processo civil, torna-se impossível desvincular qualquer legislação processual de tais direitos fundamentais. (FIX-ZAMUDIO, 1974).

5 Apesar de verificar que Eduardo Couture ainda considera o processo como um instrumento da jurisdição, seguindo a orientação da Teoria do Processo como Relação Jurídica de Büllow, é possível constatar em seus estudos um esboço de um direito processual constitucional, a partir da ideia de que o processo deve ser estruturado por meio de um método dialético, permitindo que as partes e o juiz realizem o debate, tendo esclarecido Couture que a atividade jurisdicional se “serve da dialética porque o princípio da contradição é o que permite, por confrontação dos opostos, chegar à verdade” (COUTURE, 2008, p. 44).

6 Segundo José Afonso da Silva, Supremacia da Constituição significa que esta se encontra no vértice do sistema jurídico conferindo validade a todos os atos do Estado realizados conforme reconhecido no texto constitucional, na proporção em que os poderes estatais forem distribuídos (SILVA, 2007, p. 45). Afirma também José Cirilo Vargas que a “constituição é que forma o arcabouço jurídico-político de uma Nação”, traçando “os pressupostos de todos os setores da ordem jurídica”, inclusive do Processo. (VARGAS, 1992, p. 57).

Constituições do moderno Estado Democrático de Direito, “sufragando os direitos das pessoas obterem a função jurisdicional do Estado, segundo a metodologia normativa do processo constitucional” (BRÊTAS, 2010, p. 92).

Conforme informa Baracho, “o modelo constitucional do processo civil assenta-se no entendimento de que as normas e os princípios constitucionais resguardam o exercício da função jurisdicional” (BARACHO, 2006, p. 15), o que leva ao entendimento de que a jurisdição é direito fundamental, e que, por consequência, seria inviável compreender o processo como mero instrumento de sua realização, devendo ser compreendido como forma de garantia não só deste, mas de todos os direitos fundamentais positivados pelo texto constitucional.

Em consonância com tais apontamentos, André Del Negri esclarece que “são as partes processuais que orientam a fundamentação da decisão (relação jurídica entre normas), e não mais uma vontade emanada da esfera solitária de convicção do juiz” (DEL NEGRI, 2011, p. 87). Assim, percebe-se a clara vinculação do princípio do contraditório ao princípio da fundamentação das decisões, como informam Débora Fioratto e Ronaldo Brêtas:

No Estado Democrático de Direito, o contraditório deve ser compreendido como princípio de influência e de não surpresa, tornando-se base para o princípio da fundamentação da decisão e para o exercício do controle da argumentação utilizada pelo juiz. Se houver a restrição ou a supressão da garantia constitucional do contraditório, certamente, haverá a violação da garantia constitucional da fundamentação das decisões. Ao passo que se o princípio da fundamentação das decisões for respeitado, o contraditório também foi respeitado no trâmite processual. (FIORATTO; BRÊTAS, 2010, p. 132).

Assim, a inclusão no texto constitucional brasileiro, em 1988, de diversas garantias processuais, que pretendem a efetividade dos direitos fundamentais, aproxima o processo da Constituição, tornando, ainda, o texto constitucional indispensável para o devido processo, situação esta que torna clara a denominação “modelo constitucional de processo”. (BARACHO, 1984).

### 3. AS GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS

Diversos textos constitucionais preveem a instituição do Estado Democrático de Direito. Todavia, não basta a mera previsão no texto da Constituição, sendo necessário que esse mesmo texto, assim como o resto do ordenamento jurídico, institua mecanismos para o pleno e efetivo exercício da cidadania<sup>7</sup>.

Como já mencionado, a democracia não pode se limitar à vontade da maioria, mas deve permitir a inclusão de todos, com suas individualidades. Isto significa que a democracia deve estar diretamente vinculada à “prerrogativa de autoinclusão da Cidadania”, garantindo que “cada pessoa promova sua própria inserção na ordem jurídica” (GRESTA, 2014, p. 10).

7 Compreende-se cidadania como “deliberado vínculo jurídico-político-constitucional que qualifica o indivíduo como condutor de decisões, construtor e reconstrutor do ordenamento jurídico da sociedade política a que se filiou” (LEAL, 2002, p. 150-151).

Assim, as garantias analisadas neste trabalho caracterizam pela verdadeira pretensão de construir o Estado Democrático de Direito, trazendo não só direitos fundamentais para todos, como exemplo para as demais, mas também mecanismos de garantia desses direitos.

Induvidoso que a Constituição deve não somente tutelar determinados direitos humanos, mas como também inserir em seu texto meios de garantias para que esses direitos possam ser amplamente exercidos, ou seja, a positivação dos direitos humanos é insuficiente para assegurar “a efetividade do livre exercício de tais direitos” (BARACHO, 2006, p. 53), exigindo-se que o ordenamento jurídico também crie garantias que os tornem eficazes.

No mesmo sentido, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias afirma que “de nada adiantaria um extenso rol de direitos fundamentais, se mecanismos que assegurassem sua concretização também não fossem selecionados e incluídos no texto constitucional” (BRÊTAS, 2010, p. 72).

Assim, conclui-se, conforme o ensinamento de José Cirilo Vargas, que a mera previsão e proclamação dos direitos é insuficiente, vez que é preciso “dar os meios para exercê-los, para desfrutá-los”, de modo a “afastar a ideia de mero complexo de princípios filosóficos e generosos, sem eficácia executória” (VARGAS, 1992, p. 50).

As garantias constitucionais passam a ter grande relevância no estudo do processo, tendo em vista que várias dessas garantias, apesar de previstas no texto constitucional, possuem natureza processual, motivo pelo qual, no Estado Democrático de Direito, torna-se inviável desvincular o processo da Constituição.

Neste contexto, no Brasil, este marco constitucional apenas foi efetivamente atingido em 1988, com a promulgação da atual Constituição da República, findando um longo período ditatorial. O novo texto constitucional, em seu artigo 1º, reconhece o Brasil no Estado Democrático de Direito, superando os antigos modelos de Estado, Social e Liberal, e modificando não só os limites da intervenção do Estado na esfera privada, mas também possibilitando que a atuação do Estado se tornasse a representação da vontade popular. (BRASIL, 1988).

Apesar de desde a primeira Constituição da República, promulgada em 1891, ter expressa previsão de que o texto constitucional tinha por objetivo a organização de um “regime livre e democrático”, é certo que somente com a Constituição de 1988 foram criados mecanismos para efetivar tal promessa democrática, tendo existido, até então, um verdadeiro Estado Social, com um excesso de poderes do Estado e pouca, ou quase nenhuma, participação popular.

Cabe aqui aclarar, interessante o posicionamento de Lenio Luiz Streck sobre a utilização da hermenêutica jurídica para intermediar o texto da lei e seu sentido. Para tanto:

na era das Constituições compromissórias e sociais, uma hermenêutica jurídica capaz de intermediar a tensão inexorável entre o texto e o sentido do texto não pode continuar a ser entendida como uma teoria ornamental do direito, que sirva tão somente para colocar ‘camadas de sentido’ aos textos jurídicos. No interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, o compreender não ocorre por dedução ou subsunção. Conseqüentemente, o método (ou o ‘procedimento discursivo’) sempre chega tarde, porque pressupor saberes teóricos (discursos de fundamentação) separados da ‘realidade’. Antes de argumentar, o intérprete já compreendeu. O uso da linguagem não é arbitrário, isto é, ‘a linguagem não depende de quem a usa’ (Gadamer). A compreensão antecede qualquer argumentação, porque lhe é condição de possibilidade. Portanto, é equivocado afirmar, v.g., que o juiz primeiro decide e só depois fundamenta (justifica). Na verdade, ele só decide porque já encontrou, na

antecipação de sentido, o fundamento. Mas somente é possível compreender isso a partir da admissão da tese de que a linguagem não é um mero instrumento ou uma ‘terceira coisa’ que se interpõe entre um sujeito (cognoscente) e um objeto (cognoscível). Numa palavra: o ‘abismo gnosiológico’ que ‘separa’ o homem das coisas e da compreensão acerca de como elas são não depende – no plano da hermenêutica jurídico-filosófica – de pontes que venham a ser construídas – paradoxalmente – depois que a travessia (antecipação de sentido) já tenha sido feita. (STRECK, 2006, p. 286).

Percebe-se que a inclusão no texto constitucional de diversas garantias processuais, que pretendem a efetividade dos direitos fundamentais, aproxima o processo da Constituição, tornando, ainda, o texto constitucional indispensável para o devido processo, situação esta que torna clara a denominação “modelo constitucional de processo” (BARACHO, 1984).

#### 4. A CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO POR MEIO DO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Diante da análise realizada nos tópicos anteriores, percebeu-se que, mediante a inclusão das garantias processuais nos textos constitucionais, alterou-se a compreensão do processo e da atividade jurisdicional, não mais existindo uma atividade solitária e autoritária do julgador, o qual deve garantir que as partes exerçam o contraditório, em simétrica paridade, de forma a construir conjuntamente o provimento jurisdicional.

No processo democrático, não se trata o julgador como um ator criativo, nem, por outro lado, como um burocrata, mas sim como indicado pelo Estado para exercer a função jurisdicional, preservando o exercício do contraditório pelas partes, para que estas também construam o provimento jurisdicional, de forma participada.

Apesar das previsões contidas no texto constitucional, é certo que a instauração da democracia não é automática, dependendo da verdadeira inclusão dos interessados na participação da construção das decisões estatais.

Outro ponto de destaque e essencial acréscimo para o entendimento da questão foi a contribuição de Jürgen Habermas na teoria do discurso ao dar visibilidade as minorias e ao mencionar a necessidade do processo legislativo de justificação das normas jurídicas, em que os sujeitos são ao mesmo tempo autores e destinatários das normas, como compreensão do Estado Democrático de Direito (HABERMAS, 2003, p. 191).<sup>8</sup>

Ressalta-se, também, a relação entre autonomia pública e privada, enumerada por Jürgen Habermas para o processo de legitimação como respeito aos direitos fundamentais

8 A importância da Teoria do Discurso, para Rosemiro Pereira Leal, está no fato de que “a desmitificação do Judiciário no Estado democrático de direito não se faz pela melhoria do nível técnico dos juízes e por juramentos mais fervorosos de obediência à lei e à prática de justiça, mas por sua inclusão e submissão, como instância pública, ao espaço jurídico-processual de comprometimento institucional com o direito democrático que pressupõe a compreensão da teoria do discurso como base de validade da construção jurisprudencial (jurisdiscente)” (LEAL, 2002, p. 142), sendo que quem “administra” é o processo constitucional, reservando ao magistrado o papel de partícipe (diretor dialogador do processo) da construção da decisão jurisdicional. Na modernidade o magistrado não é a “boca” da lei, e sim o seu hermeneuta, desde que entendido o referencial lógico que é o Estado Democrático de Direito, bem como a aplicação do processo constitucional. Há que se ter em mente que a lei, por si só, não dita o direito, mas o faz pela teoria do discurso. (LEAL, 2010, p. 269).

em geral, as decisões da maioria são limitadas por meio de uma proteção dos direitos fundamentais das minorias; pois os cidadãos, no exercício de sua autonomia política, não podem ir contra o sistema de direitos que constitui esta mesma autonomia. [...] O processo democrático que institucionaliza as formas comunicativas necessárias para uma formação política racional da vontade tem que satisfazer simultaneamente a diferentes condições da comunicação. (HABERMAS, 2003, p. 224-225).

Importante, nesse ponto, a ressalva de Eugênio Pacelli de Oliveira à teoria de Habermas, ao apontar impasses quando afirma que a grande maioria dos membros da comunidade não dispõe de recursos (meios instrumentais e materiais) para participar, e conseqüentemente contribuir, na formação do consenso e do seu próprio destino (construção das decisões políticas e jurídicas), permanecendo como um projeto de coexistência desejada, até que ocorra a igualdade material (“não só na lei, mas na sua capacidade de exercício da liberdade”) com transformação social e inclusão do indivíduo na comunidade jurídica. (OLIVEIRA, 2012, p. 18-19).

Pacelli, no entanto, concorda com a busca sistemática dos melhores argumentos, defendida por Habermas, pelo que se torna alternativa bastante proveitosa à atualização do Direito positivado, a falibilidade das normas jurídicas, evitando-se que a sociedade e o próprio Direito se tornem reféns da legislação que, “via de regra, o tempo cuida de demonstrar a superação de graus mínimos de reprovação social” (OLIVEIRA, 2012, p. 18-19).

Vale colacionar também a visão crítica de Karl Popper sobre a falibilidade, pelo que

[...] por falibilismo entende aqui a opinião, ou a aceitação do fato, de que podemos errar e de que a busca da certeza (ou mesmo a busca de alta probabilidade) é uma busca errônea. Mas isto não implica que a busca de verdade seja errônea. Ao contrário, a idéia de erro implica a da verdade como padrão que podemos não atingir. Implica que, embora possamos buscar a verdade e até mesmo encontrar a verdade (como creio que fazemos em muitíssimos casos), nunca podemos estar inteiramente certos de que encontramos [...] Mas o falibilismo não precisa, de modo algum, dar origem a quaisquer conclusões céticas ou relativistas. Torna-se-á isto claro se considerarmos que todos os exemplos históricos conhecidos de falibilidade humana – incluindo todos os exemplos conhecidos de erros judiciários – são exemplos do avanço de nosso conhecimento. [...] a crítica, parece, é o único modo que temos de identificar nossos erros e de aprender com eles de maneira sistemática. (POPPER, 1987, p. 395-396).

Rosemiro Pereira Leal, adotando o falibilismo de Popper, acrescenta à Teoria do Discurso o fato de que

a ligação entre poder e decisão por seqüelas históricas consolidou, na modernidade, uma compreensão distorcida do julgar em que vontade e inteligência freqüentam, por ensino de muitos, a mesma sede, que é a mente predestinada do sábio-julgador. [...] A processualidade jurídica institucionalizadora e recreativa do acervo normativo do Estado democrático é que provocaria o salto para a pós-modernidade jurídica que requer não somente características de positividade (legalidade formal da modernidade), mas agregaria conteúdos jurídicos de testificação discursiva [Popper] propiciadores de processual e incessante fiscalidade irrestrita, abstrata e concreta das bases de produção, legiferação e cumprimento (aplicação) do direito, que só assim se mostraria realizador do princípio da democracia. (LEAL, 2002, p. 27).

No presente ponto, cabe destacar a correlação da Teoria do Discurso (princípio do discurso) com o Estado Democrático de Direito (princípio da democracia) vez que ocorre, conforme observações de Rosemiro Pereira Leal, pelo processo, aqui entendido como processo constitucional. (LEAL, 2002, p. 16).<sup>9</sup>

Nesta estrutura técnica, por meio do direito ao voto, permite-se que a democracia se torne a vontade da maioria. Mas, conforme esclarece Simone Goyard-Fabre, “as virtudes da democracia são também sua fraqueza” (GOYARD-FABRE, 2003, p. 342). Isso porque, diante da diversidade de individualidades, a escolha da maioria pode ocasionar uma exclusão da minoria. Assim, a democracia não permitiria a inclusão de todos os interessados.

Para que seja possível essa inclusão, necessita-se da democratização do processo jurisdicional, o que somente é possível a partir da compreensão do processo a partir da Teoria Constitucionalista.

Acerca da inclusão dos interessados, Fix-Zamudio aponta como essencial o princípio da ampla defesa e afirma<sup>10</sup>:

Este princípio fundamental de qualquer regime democrático e que, em termos gerais, implica igualdade de oportunidades, transcendeu a esfera processual em várias direções, e uma das mais importantes é o chamado caráter dialético do processo ou “contraditório”, o qual significa que qualquer procedimento jurisdicional requer a intervenção equilibrada das partes essenciais que apresentem interesses contrapostos, e condensa a frase *audiatur et altera pars*. (FIX-ZAMUDIO, 1974, p. 63-64).

É o que também esclarecem Dierle Nunes e Alexandre Bahia:

A Democracia trabalha com a ideia de maiorias: temas são apresentados e a maioria dos votantes elege a opção vencedora. A Constituição, por outro lado, funciona como repositório de direitos fundamentais de que minorias podem se valer para se defender contra pretensões da maioria. (NUNES; BAHIA, 2010, p. 63).

A atividade jurisdicional exercida por meio do processo constitucional deve ser considerada como a função do Estado destinada à repressão de desrespeitos à ordem democrático-legal, sendo “capaz de concretizar condições de desenvolvimento humano através da tutela de direitos fundamentais” (LIMA, 2009, p. 19). Assim, permite-se que todo e qualquer cidadão, e não somente a maioria, sejam detentores dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

José Alfredo de Oliveira Baracho afirma ainda sobre processo constitucional:

O processo constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais. Suas instituições estruturais (jurisdição, ação e processo) remetem-nos à efetivação dos direitos essenciais. [...] O processo constitucional apresenta condições processuais específicas, que decorrem da legitimação e do conceito de parte. Sendo que

9 Com o esclarecimento: “A aplicação das normas jurídicas ao caso concreto depende da co-relação do discurso de justificação e do discurso de aplicação, através da argumentação jurídica e racional (fundada só em argumentos de direito — e não na moral, religião, e outra ideologias) realizada pelo consenso das partes, e não da “cabeça” do magistrado. Baseadas na lógica discursiva de Popper e reterizações de Habermas”. (LEAL, 2002, p. 16).

10 No original: “Este princípio fundamental de todo régimen democrático y que en términos generales implica la igualdad de oportunidades há transcendido el ambito procesal em varias direcciones, y uma de las mas importantes es el llamado caracter dialético del proceso o “contraditório”, el cual significa que todo procedimiento jurisdicional requiere de la intervención equilibrada de las partes esenciales que poseen intereses contrapostos, y se condensa el la frase: *audiatur et altera pars*”.

a sua instalação depende da ocorrência dos pressupostos processuais, para a correta integração da Ação, da Legitimação e do Processo. As garantias e os processos constitucionais corporificam as garantias individuais e as garantias constitucionais. Encontramos no inglês a palavra *warranty*, que quer dizer assegurar, proteger, salvaguardar (to warrant). [...] A ação processual é uma garantia básica, em qualquer de suas modalidades, como ocorre com o processo constitucional. Garante-se não somente o direito de peticionar e de ser ouvido, mas o direito ao processo. O devido processo ou o processo justo, o direito de defesa e a assistência legal, o processo como manifestação de igualdade e equilíbrio são aspectos essenciais do desenvolvimento desse tema. O processo constitucional, de diversas formas, destina-se a respaldar as garantias fundamentais, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento delas. [...] As garantias individuais, coletivas e processuais tornam possível o exercício da cidadania plena, através do processo constitucional. As garantias individuais e as sociais são consagrações que possibilitam o exercício da pluralidade dos direitos. A necessidade efetiva de dar suporte às garantias leva às indagações sobre sua codificação. [...] Todos esses temas são necessários à elaboração definitiva da Teoria geral do processo constitucional. (BARACHO, 2006, p. 46-49).

Por sua vez, Fernando Gonzaga Jayme bem destaca o processo constitucional como garantia para a efetivação dos direitos fundamentais e, dentre estes, o direito à uma decisão por um devido processo constitucional, pela função jurisdicional ou pela função administrativa (JAYME, 2000, p. 55).

E, complementa o mesmo autor, afirmando que:

a constitucionalização dos direitos fundamentais coloca o Processo Constitucional como instrumento essencial à dignidade humana, já que os textos constitucionais não mais disciplinam apenas a organização do Estado em si mesmo, mas também as relações desse com os cidadãos. O leque dos direitos constitucionalizados foi ampliado consideravelmente ao serem classificados em direitos fundamentais sociais, econômicos e políticos, demandando efetiva e contínua garantia através do Processo Constitucional. (JAYME, 2000, p. 58).

Assim, esclarece Rosemiro Pereira Leal:

O espaço-político (isegoria) de criação do direito só será continente democrático se já assegurados os conteúdos processuais dialógicos da isonomia – que são a isotopia, isomenia e isocrítica – em que haja, portanto, em sua base decisória, igualdade de todos perante a lei (isotopia), igualdade de todos de interpretar a lei (isomenia) e igualdade de todos de fazer, alterar ou substituir a lei (isocrítica). (LEAL, 2010, p. 61).

Segundo Dierle José Coelho Nunes, o “processo começa a ser percebido como um instituto fomentador do jogo democrático” (NUNES, 2011, p. 40). E, em decorrência, torna-se também uma garantia ao exercício dos direitos fundamentais. Ou seja, o processo deve ser compreendido como forma de garantia de direitos de participação e condições procedimentais que possibilitam a geração legítima do provimento jurisdicional.

A concretização da democracia exige não só que os interessados tenham o direito de se manifestar, mas sim que essa manifestação seja considerada pelo ente estatal, seja capaz de construir o provimento final com técnica e que seja eficaz para permitir o amplo exercício de todos os direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Tem-se a técnica como o conjunto de procedimentos, numa relação meio-fim, na busca de resultados úteis. Para Aroldo Plínio Gonçalves, trata-se do “conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades” (GONÇALVES, 2012, p. 23).

Para Eduardo García Máynez toda técnica tem que estar fundamentada na ciência, caso contrário torna-se incapaz de cumprir o seu destino (MÁYNEZ, 1975, p. 317).

Para tanto, tem-se a ciência como atividade de esclarecimentos e fundamentação do conhecimento ou o próprio conjunto de conhecimentos esclarecidos e fundamentados.

A norma é cânone de valorização de conduta, em que o ordenamento jurídico é o complexo de normas, de faculdades, de poderes, de deveres, o complexo de licitudes. O ilícito nele comparece, mas como a conduta que consiste na inobservância do dever.

Nesse ponto, é de se ressaltar o paradigma constitucional do processo, uma vez que influencia como também orienta a técnica de elaboração e de aplicação da norma processual. Frise-se que intimamente relacionado ao princípio do devido processo constitucional, que por sua vez é aglutinador de direitos e garantias fundamentais explícita e implicitamente elencados na Constituição, quais sejam: direito de acesso ao processo (administrativo ou judicial), com observância do tempo útil e razoável; garantia do contraditório; garantia da ampla e irrestrita defesa, por meio de advogado ou defensor público; garantia ao juízo natural; garantia à fundamentação das decisões; e, garantia da utilidade e razoabilidade do processo, com eliminação das etapas mortas do processo (BRÊTAS, 2006b, p. 229).<sup>11</sup>

Ressalta-se que o desrespeito da técnica de elaboração e de aplicação da norma processual ao paradigma constitucional do processo só não é mais grave ao Estado Democrático de Direito, se o julgador utilizar da técnica de interpretação da norma observando o princípio do devido processo constitucional adequado ao caso, em tempo pandêmico ou não.

Nesse sentido, o desafio lançado por Rosemiro Pereira Leal:

uma Teoria da Constituição, que se proponha como disciplina científica, há de explicar qual paradigma de Estado está encaminhando à compreensão de seus conteúdos programáticos. Não há uma teoria de uma constituição universal separada das teorias fundantes das instituições que compõem sua enunciação jurídica. Esse aspecto é relevante à elucidação das bases de normação jurídica instituintes das intervenções das Administrações-Governativas (ESTADOS) nos espaços natural e virtual de modo a não tolher pelo panóptico o ontóptico em seu “deixar-fazer-aparecer” por direitos fundamentais de proceder-ser-ter-haver nos espaços-tempos de compartilhamento lingüístico. A permitir que o Estado seja o mesmo em sua ortodoxia opressiva e todista, a açambarcar todos os níveis de liberdade e privacidade em nome de uma segurança pública, a CONSTITUIÇÃO em que esse ESTADO estivesse inserido não teria sido construída a partir do espaço-tempo-processualizado, não se revestindo de qualificação democrático- econômica na concepção pós-moderna de DEMOCRACIA aos moldes teóricos aqui desenvolvidos. (LEAL, 2012, p. 16).

Assim, busca-se a igualdade entre todos os cidadãos e não somente a prevalência da vontade da maioria, ao contrário do que se costuma dizer a respeito da democracia.

11 O autor destaca a “técnica” como conjunto de procedimentos logrados para atingir determinadas finalidades, observadas as garantias e direitos fundamentais constitucionais. (BRÊTAS, 2006, p. 244).

Fix-Zamudio ainda afirma que essa almejada igualdade pode ser concebida de formas diversas, de acordo com o momento jurídico-político. E destaca que, após a segunda guerra, predomina uma concepção socializadora do direito, cuidando os ordenamentos jurídicos de garantir uma igualdade real entre as partes e não meramente formal como ocorre em um regime individualista e liberal (FIX-ZAMUDIO, 1974, p. 64).

Desse modo, percebe-se que o processo jurisdicional, se analisado nessa perspectiva constitucional-democrática, é mecanismo essencial para a concretização do Estado Democrático de Direito, uma vez que permite a inclusão daqueles que não conseguem exercer sua influência no poder estatal a partir da manifestação da maioria. O processo constitucionalizado, portanto, é capaz de resolver os problemas de individualidade que prejudicam a democracia, resignificando o processo, como reflexo do mecanismo de inclusão e participação popular contramajoritário, permitindo a discussão sobre temas que envolvam minorias, normalmente excluídas dos procedimentos decisórios do Estado.

## 5. CONCLUSÃO

A Jurisdição passa a ser direito fundamental, cujo exercício deve ser democratizado, o que somente é possível por meio da adequada compreensão do princípio do contraditório, utilizando como marco teórico a Teoria Constitucionalista do Processo. Ao compreender o contraditório somente como direito de manifestação das partes interessadas, não se permite a devida democratização do processo e da atividade jurisdicional, tendo em vista que não afasta a discricionariedade e arbitrariedade do julgador e nem mesmo inclui como justificação dos atos jurisdicionais os argumentos apresentados pelas partes.

A concretização da democracia exige não só que os interessados tenham o direito de se manifestar, mas sim que essa manifestação seja considerada pelo ente estatal, seja capaz de construir o provimento final. Assim, nos atos jurisdicionais, somente é possível falar em concretização da democracia se os provimentos forem proferidos mediante a análise de todos os argumentos apresentados pelas partes interessadas, sendo vedada a decisão em dissonância com a manifestação de qualquer das partes ou que represente a opinião pessoal do julgador.

O Processo deve servir como uma instituição de cidadania democrática, inconcebível a formulação de decisões sem observância da técnica normativa estrutural, pautada principalmente no modelo constitucional do processo, em que devem ser observadas as razões de justificação deduzidas pelas partes, no procedimento em contraditório, pela simétrica paridade, em torno das questões de fato e de direito processual ou material discutidas nos autos.

Assim, a contemporaneidade pandêmica e a manutenção do quadro de precarização do Direito Processual somente será superado com a efetiva democracia participativa pelo processo constitucional, resignificando o processo, como reflexo do mecanismo de inclusão e participação popular contramajoritário, permitindo a discussão sobre temas que envolvam minorias, normalmente excluídas dos procedimentos decisórios do Estado.

## REFERÊNCIAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira Baracho. *Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- BRASIL. Constituição de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 17 out. 2021.
- BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm). Acesso em: 17 out. 2021.
- BRASIL, *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046). Acesso em: 17 out. 2021.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Direito à Jurisdição Eficiente e Garantia da Razoável Duração do Processo no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). *O Brasil que Queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. As reformas do código de processo civil e o processo constitucional. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). *Processo civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame Técnico e Sistemático do Código de Processo Civil Reformado. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana (Org.). *Processo civil reformado*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- COUTURE, Eduardo. *Introdução ao Estudo do Processo Civil: Discursos, Ensaios e Conferências*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2008.
- DEL NEGRI, André. *Processo Constitucional e decisão interna corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 1.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- FIORATTO, Débora Carvalho; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A Conexão entre os Princípios do Contraditório e da Fundamentação das Decisões no Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro*, Serro, v. 01, 2010.
- FIX-ZAMUDIO, Hector. *Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.
- FONSECA, Rodrigo Rigamonte. Isonomia e Contraditório na Teoria do Processo. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2000. v. 1.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia?* Tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GRESTA, Roberta Maia. *Introdução aos fundamentos da processualidade democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. IBDP. 2015a. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/>. Acesso em: 17 out. 2021.
- INSTITUTO MINEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. IMPD. 2015b. Disponível em: [www.imdp.com.br/home](http://www.imdp.com.br/home). Acesso em: 17 out. 2021.

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. IIDP. Disponível em: <http://iibdp.org/index.php/pt/espanol.html>. Acesso em: 17 out. 2021.

JAYME, Fernando Gonzaga. *Tribunal constitucional: exigência democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as sequelas míticas do poder constituinte originário. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná (Coord.). *Direito processual*. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC-Minas), 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: Uma Trajetória Conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LIMA, Newton de Oliveira. *Jurisdição Constitucional e Construção de Direitos Fundamentais no Brasil e nos Estados Unidos*. São Paulo: MP, 2009.

LOURENÇO, Haroldo. *Manual de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento e Cognição*. Curitiba: Juruá, 2009.

MÁYNEZ, Eduardo García. *Introducción al estudio del derecho*. 25. ed. Ciudad de México: Porrúa, 1975.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional Democrático na América Latina. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96, jul./dez. 2010.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2011.

NUNES, Dierle. Processualismo Constitucional Democrático e o Dimensionamento de Técnicas para a Litigiosidade Repetitiva: A Litigância de Interesse Público e as Tendências “não Compreendidas” de Padronização Decisória. *Revista de Processo*, [S. l.], v. 199, set. 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia Edusp, 1987. v. 2.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Manual Elementar de Processo Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Princípio do Contraditório: Tendência de Mudança da sua Aplicação. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre*, v. 28, jan./jun. 2009.

VARGAS, José Cirilo. *Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

#### Dados do processo editorial

- Recebido em: 16/11/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 16/11/2021
- Avaliação 1: 17/11/2021
- Avaliação 2: 17/11/2021
- Decisão editorial preliminar: 17/11/2021
- Retorno rodada de correções: 17/11/2021
- Decisão editorial final: 18/11/2021

#### Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2