

ORGANIZAÇÃO: FÁBIO PERIANDRO
DE ALMEIDA HIRSCH

COVID-19 E O DIREITO NA BAHIA

Estudos da comunidade da UNEB em
homenagem à memória de
Ruivaldo Macedo Costa

Ainah Hohenfeld Angelini Neta
Aléssia Pâmela Bertuleza Santos
Ana Clara Barbosa Paiva Santos
Ana Beatriz Lisboa Pereira Melo
Ana Paola Santos Machado Diniz
Brenda Costa Santos Correia
Bruna Oliveira
Bruna Reijane dos Santos Andrade
Carlos Eduardo Soares de Freitas
Caroline Silva Arize Santos
Celso Antonio Favero
Claudia de Faria Barbosa
Cloves dos Santos Araujo
Déa Carla Pereira Nery
Fábio Periandro de Almeida Hirsch
Fernanda Pimentel Sá
Gabriela Silva e Lima
Guilherme Guimarães Ludwig
langre dos Santos Pereira
João Vitor de Jesus Santos
José Renato Oliva de Mattos Filho
Laíze Lantyer Luz

Lêda Lessa Andrade Filha
Lívia Yasmin Carvalho Silva
Lorruama Carine do Vale Costa
Lucas Duailibe Maia
Marcelo Fernandez Urani
Marcelo Pinto
Maria Paula Silva da Costa
Maria Victoria Gallo Santos
Mariana Bezerra Silva
Mariana Rodrigues Veras
Milene Diane dos Santos de Almeida
Robert de Jesus Almeida
Sara da Nova Quadro Côrtes
Sérgio São Bernardo
Suzane Luz Pereira Santos
Tatiana Teixeira dos Santos
Urbano Félix Pugliese do Bomfim
Vanesca Freitas Bispo
Victor Chang Almeida Carvalho

Fábio Periandro de Almeida Hirsch (Organizador)

COVID-19 E O DIREITO NA BAHIA

**Estudos da comunidade da UNEB
em homenagem à memória de
Ruivaldo Macedo Costa**

Salvador

2020

Editora Direito Levado a Sério

Salvador, Bahia

direitolevadoaserio@gmail.com

ISBN 978-65-87020-01-3

Data do fechamento desta edição: 06/07/2020

Esta publicação poderá ser reproduzida e distribuída livremente, desde que em sua integralidade e de maneira gratuita, sendo vedada qualquer forma de comercialização, bem como modificação, edição, redução ou fragmentação, sem a prévia e expressa autorização da Editora Direito Levado a Sério.

A violação dos direitos autorais é crime, tipificado na Lei nº 9.610/1998 e punido na forma do art. 184 do Código Penal Brasileiro.

SUMÁRIO

SUMÁRIO	4
NOTA DO ORGANIZADOR	6
DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO E A PANDEMIA DO COVID-19: UMA ANÁLISE DAS POSSIBILIDADES DE FEITURAS DE TESTAMENTOS EM PERÍODOS DE DISTANCIAMENTO SOCIAL	8
RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR VIOLAÇÃO ÀS NORMAS DA OMS: UMA ANÁLISE DO CASO CHINA	26
GRATUIDADE DA JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA: POR UM AMPLO ACESSO À JUSTIÇA	40
IMPACTOS DA PANDEMIA DA COVID-19 NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS À LUZ DOS INSTITUTOS DA FORÇA MAIOR E DA ONEROSIDADE EXCESSIVA	56
REFLEXÕES SOBRE OS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR NAS SITUAÇÕES DE CONTAMINAÇÃO DO EMPREGADO PELO COVID-19	87
A RELEVÂNCIA DA INTERVENÇÃO SINDICAL E DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA EM TEMPOS DE COVID-19: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS 927 E 936/2020 SOB A ÓTICA DOS JULGAMENTOS DO STF	123
SUBNOTIFICAÇÕES E O DIREITO DE SABER: COVID19 E OUTROS CASOS	150
MOVIMENTOS SOCIAIS E LEITURAS PARA O NOSSO TEMPO	163
COVIDIÁRIO: CENÁRIOS E LIÇÕES PANDÊMICAS	170
AS INSTITUIÇÕES ESTÃO FUNCIONANDO? E DAÍ? REFLEXÕES SOBRE O ESTADO E AS FORMAS DE GOVERNANÇA NA CRISE DO COVID-19	175
A VIOLENCIA CONTRA A MULHER EM TEMPOS DE PANDEMIA	190

ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA 936/2020 COM O SISTEMA JURÍDICO-TRABALHISTA	204
A SENTENÇA DE MORTE PRISIONAL DO VÍRUS DA (IN)VISIBILIDADE	215
A PANDEMIA A PARTIR DO ESTADO DE EXCEÇÃO EM GIORGIO AGAMBEN	220
A BOA-FÉ OBJETIVA COMO ELEMENTO HERMENÊUTICO INTEGRATIVO DA TEORIA DA IMPREVISÃO PARA REVISÃO CONTRATUAL EM TEMPOS DE PANDEMIA	229
COVID-19, FOME E DESPERDÍCIO DE ALIMENTOS: A SOBERANIA ALIMENTAR COMO ALTERNATIVA PARA ENFRENTAR A RAZÃO MERCADOLÓGICA NA CIRCULAÇÃO DE COMIDA	251
DIREITO DO CONSUMIDOR EM TEMPOS PANDÊMIICOS	267
ABOLITIO CRIMINIS TEMPORALIS E MELHOR APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PARA OS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19: UMA PROPOSTA DE DESCOMPRESSÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO POR RAZÃO DA URGÊNCIA SANITÁRIA	280
O DIREITO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA EM TEMPOS DE CORONA VÍRUS (COVID-19): UMA ANÁLISE DE SUA EFETIVIDADE	293
A QUESTÃO DAS MENSALIDADES ESCOLARES FACE A PANDEMIA E A NECESSÁRIA ANÁLISE ECONÔMICA	302

NOTA DO ORGANIZADOR

O livro que agora é entregue para a comunidade jurídica soteropolitana, baiana e nacional é fruto da disposição de docentes da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) associados a colegas da mesma instituição mas que estão lotados nos demais *campi* no interior do nosso estado. Ao nosso lado, e para nossa alegria, estudantes ainda cursando a faculdade, egressos e professores de fora da UNEB também se uniram em prol do ideal de pensar o direito e as consequências da pandemia da COVID-19.

A proposta foi muito bem aceita e o resultado enche a mim e, certamente, a todos os co autores do mesmo sentimento (falo por procuração tácita, tenho certeza!). O livro revela diversos enfoques acerca das resultantes do estado de exceção que se instalou no mundo e no Brasil inteiro com a adoção de medidas institucionais e privadas no enfrentamento das graves consequências do coronavírus.

Os números são alarmantes e o auxílio esperado pela sociedade advindo da Academia não poderia ser outro: pensar os problemas, propor soluções, questionar os erros e desvios, enaltecer as boas práticas, fortalecer a ciência no epicentro da crise.

Inexiste fenômeno que não ostente resultados positivos e negativos. A pandemia da COVID-19 trouxe desafios relevantes, gerando a necessidade premente de algumas reinvenções na docência. A virtualização da vida ganhou um novo e corrido significado. Os problemas, como a falta da sala de aula e os cuidados com os infectados e com quem se inclui em grupos de riscos, viraram oportunidades de desenvolvimento, vias de melhora para cada qual dos atores sociais dentro da Universidade.

A ideia do livro partiu dessas premissas. Foi prontamente abraçada por tantos valorosos “cúmplices”. E, por um infortúnio, o seu resultado servirá para uma justa homenagem ao colega de docência (e meu contemporâneo da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Salvador) Ruivaldo Macedo Costa, docente da UNEB que nos deixou ao longo da elaboração. O legado de estudo, dedicação e serenidade de Ruivaldo ganha esta singela lembrança e registro, estendendo à sua família nossos mais sinceros

votos que a dor da ausência física seja o mais rápido possível substituída pela saudade e lembranças dos belos momentos vividos.

Por fim, não poderia deixar de fazer o registro a cada co autor (pela atenção com os prazos e pela qualidade dos escritos); à Xodó Design, na pessoa de Carla Conchita – responsável pela diagramação, capa, sumarização e por fazer meus dias mais felizes (é minha mulher!), bem como a Rodrigo Andrade, que acreditou no projeto e por meio da sua Editora Direito Levado a Sério concretiza em versão digital o presente *E Book*, a ser distribuído para as críticas e estudos.

Esperamos que o livro eletrônico seja útil, agregue valor às discussões e permita debates e reflexões que auxiliem na melhora da vida tão sofrida do povo brasileiro, nordestino e baiano! Axé para quem é de axé; amém para quem é de amém; paz para todos nós!

Salvador, no dia da Independência da Bahia, no ano da pandemia (02 de julho de 2020).

Professor FÁBIO PERIANDRO DE ALMEIDA HIRSCH

DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO E A PANDEMIA DO COVID-19: UMA ANÁLISE DAS POSSIBILIDADES DE FEITURAS DE TESTAMENTOS EM PERÍODOS DE DISTANCIAMENTO SOCIAL

Ainah Hohenfeld Angelini Neta¹

Lucas Duailibe Maia²

RESUMO: A política de distanciamento e isolamento social adotada pelos governantes brasileiros como forma de combater a pandemia do coronavírus no país tem provocado grandes alterações na dinâmica da sociedade e, conseqüentemente, nos marcos legais que a regulamentam. Nesse contexto, o presente artigo, ao partir da premissa de que o Direito deve se adequar a realidade social para que não se torne inócuo a esta, pretende, de forma a garantir a liberdade testamentária prevista no Código Civil, investigar as possibilidades de se realizar a feitura de testamentos durante este período atípico que o país atravessa. Para tanto, este escrito, que divide-se em duas partes, busca, em um primeiro momento, analisar as diversas formas de testamento dispostas no atual diploma civil, para que, assim, diante de um cenário mais propício em relação a Sucessão Testamentária no país, possa-se, em um segundo momento, enfrentar o aludido questionamento, de modo a analisar as possibilidades conferidas pelo ordenamento jurídico brasileiro de se testar durante a pandemia do COVID-19.

Palavras-chave: Direito; Sucessões; Testamento; Covid-19; Isolamento Social.

1. INTRODUÇÃO

O mundo foi assolado nos últimos meses por algo só pensado nos livros de literatura distópica ou mesmo nos filmes de ficção científica. Um vírus com capacidade de proliferação rápida e com razoável grau de letalidade levou boa parte da sociedade mundial a enfrentar distanciamento e isolamento social.

Neste cenário presente/futurístico tem sido necessário repensar nossos comportamentos sociais. De acordo com Boaventura de Souza Santos:

Existe um debate nas ciências sociais sobre se a verdade e a qualidade das instituições de uma dada sociedade se conhecem melhor em situações de normalidade, de funcionamento corrente, ou em situações excepcionais, de crise. Talvez os dois tipos de situação sejam igualmente indutores de

¹ Advogada; Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Especialista em Docência do Ensino Superior pela Fundação Visconde de Cayru, Professora Assistente do curso de Direito da Universidade Estadual da Bahia - UNEB; Sócia fundadora do escritório Angelini e Pereira Advogados Associados; Presidente da Comissão de Direito das Sucessões do IBDFAM/BA; Membro da Comissão de Direito de Família da OAB/BA.

² Graduando do curso de Direito da UNEB – Universidade do Estado da Bahia

conhecimento, mas certamente que nos permitem conhecer ou relevar coisas diferentes. Que potenciais conhecimentos decorrem da pandemia do coronavírus?³

Pois então, no campo específico do Direito, área das ciências sociais encarregada do regramento das relações, muitas dúvidas têm surgido sobre a efetividade de determinados institutos jurídicos durante a pandemia.

É certo que o Direito tem o papel de conformar relações gerando um sentido de certa paz social. Neste sentido, a segurança e estabilidade de seus institutos são importantes para garantir este ar de tranquilidade na sociedade. Por isso mesmo não se pode impor ao Direito mudanças bruscas em suas normas e institutos, visto que isso contribuiria para um grande desequilíbrio nas relações e insegurança jurídica.

Por outro lado, o Direito, por óbvio, também não pode se colocar absolutamente alheio às alterações da sociedade, sobretudo àquelas que implicam em mudanças profundas dos comportamentos sociais, sob pena de causar grande insegurança jurídica. Esta é a situação que vivenciamos hoje em razão da pandemia da COVID-19.

Nesse sentido, Giselda Hironaka, ao tratar especificamente sobre o Direito Civil, ensina que este deve estar “em constante movimento, em operosa dinâmica, e atento sempre às contínuas necessidades de transformação da vida dos homens, tudo para o efeito de melhor adequação à realidade, em cada um de seus múltiplos e incessantes estágios”⁴.

Em relação a este referido ramo jurídico, que tem por fito regular as “relações jurídicas comuns de natureza privada”⁵, nota-se, atualmente, que a política de distanciamento e isolamento social adotada pelos governantes brasileiros, como forma de achatar a curva de contaminação por COVID-19 e evitar o colapso do sistema de saúde nacional, ao promover a modificação de inúmeras relações cotidianas, tem acarretado no surgimento de diversas inquietações e desafios em relação a diversos de seus ramos, como por exemplo, nas questões relacionadas as famílias, contratos, sucessões, entre outras.

Diante deste cenário, e do já exposto acerca da imprescindibilidade de adequação da ciência jurídica a sociedade no qual está inserida, revela-se necessário que os civilistas brasileiros realizem reflexões acerca de como adequar os institutos do âmbito cível a nova realidade brasileira, caracterizada, nestes tempos, pelo isolamento social, para que, assim, o referido ramo jurídico consiga resolver os problemas e

³ SANTOS, Boaventura de Souza. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Edições Almedina, 2020.

⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no *século XXI*. In: *SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO CIVIL, 2001. Anais eletrônicos...*

⁵ *Ibidem*.

questionamentos provenientes deste cenário atípico e, desta forma, consiga conferir mais segurança jurídica aos cidadãos.

Neste contexto é que se insere o presente artigo, que se propõe a analisar o Direito Sucessório na perspectiva da liberdade testamentária, já que esta foi absolutamente impactada no país, principalmente pela interrupção dos serviços cartorários e “restrições para sair de casa e interagir socialmente com outras pessoas”⁶, em decorrência da necessidade de isolamento social, fazendo surgir, desta forma, a seguinte indagação: E agora, como realizar a feitura de um testamento durante o período de distanciamento social?

Por fim desta introdução, cabe ressaltar que para realizar a reflexão e análise da supracitada problemática, o artigo em questão, que divide-se em dois tópicos, primeiramente buscará examinar as possíveis formas de testamento previstas no Código Civil de 2002, para que, assim, diante de um cenário mais cognoscível em relação a Sucessão Testamentária no país, possa-se, em um segundo momento, enfrentar o aludido questionamento, de modo a analisar as possibilidades conferidas pelo ordenamento jurídico brasileiro de se testar durante a pandemia do COVID-19.

2. A SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA: UMA BREVE ANÁLISE DE SUAS MODALIDADES

2.1 Aspectos Gerais da Sucessão Testamentária

A terminologia “sucessão”, que provém “do latim *sucessio*, do verbo *succedere*”⁷, significa, genericamente, a “substituição de pessoas ou de coisas, transmissão de direitos, encargos ou bens, numa relação jurídica de continuidade”⁸.

Dentre tantas noções atribuídas ao referido termo, destaca-se, para este artigo, apenas o seu sentido estrito, isto é, “a sucessão *mortis causa*, [...] que decorre da morte, do falecimento, do fim da pessoa natural”⁹, com, a conseqüente, substituição do *de cuius* por seus herdeiros.

Nesta supracitada acepção é que exsurge o Direito das Sucessões, que corresponde a “parte do Direito Civil que estabelece normas sobre a transmissão *mortis*

⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. *Como fazer testamento em momento de isolamento social*. 2020.

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. *Manual de Direito Civil*: volume único. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 1.949.

⁸ OLIVEIRA, Euclides; AMORIM, Sebastião. *Inventário e partilha: teoria e prática*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.35

⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.14.

causa do acervo patrimonial”¹⁰. Este também é o entendimento de Paulo Lôbo, que, de maneira mais completa, define o Direito Sucessório como “o ramo do Direito Civil que disciplina a transmissão dos bens, dos valores, direitos e dívidas deixados pela pessoa física aos seus sucessores, quando falece, além dos efeitos de suas disposições de última vontade”¹¹.

A partir da análise do regramento do Direito Sucessório brasileiro, previsto no quinto, e último livro, “da Parte Especial da L.10.406/2002, logo antes das Disposições Finais e Transitórias do referido diploma”¹², observa-se que o direito pátrio, “procurando conciliar a autonomia privada e a especial proteção da família (CF, art. 226), consagra um sistema dual sucessório”¹³, isto é, compreende duas modalidades de sucessão *causa mortis*: a sucessão legítima, que decorre de laços de parentesco, e a sucessão testamentária, como exercício da autonomia privada do sujeito.

Giselda Hironaka bem se refere aos aludidos modos de sucessão, ao dispor que:

[...] A sucessão pressupõe a morte que, natural ou presumida, põe fim à existência da pessoa natural. Mas não basta a morte. A sucessão pressupõe, ainda, a vocação hereditária que pode ter sido instituída pelo de cujus quando em vida (fonte imediata), de forma ampla ou restrita, decorrente do poder de designar herdeiros, ou ainda por disposição legal supletiva (fonte mediata). O poder de designar herdeiros encontra, no mais das vezes, limitação na legislação ou nos costumes de todos os povos, tendo havido épocas em que tal limitação foi absoluta, mormente em decorrência de motivos de ordem religiosa. Contudo, a ausência do poder de designar herdeiros não acarreta a ausência do pressuposto da vocação hereditária. Herdeiro há. O que não há – em certas épocas ou lugares – é a liberdade de instituí-lo segundo critérios que o autor da herança julgasse apropriados. Presentes, portanto, ambos os pressupostos – morte e vocação hereditária – legitimada estará a sucessão¹⁴. (grifo nosso).

A sucessão testamentária, objeto deste artigo, é aquela em que os herdeiros são chamados a suceder o autor da herança, em função das disposições de vontade deste,

¹⁰ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: direito das sucessões*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 30.

¹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: sucessões*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 12.

¹² RIBEIRO, Raphael Rego Borges. *Reprodução Assistida Post Mortem: a atribuição de direitos sucessórios após a morte de um dos genitores*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 72.

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Sucessões*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 1.949

¹⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito sucessório brasileiro: ontem, hoje e amanhã*. In: Congresso Anual da Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung (Associação de Juristas Alemanha-Brasil), realizado na cidade de Dresden (Alemanha), 2001. Anais eletrônicos...

que serão subscritas em um codicilo¹⁵ ou em um testamento, que posteriormente será melhor abordado neste artigo.

Tal modalidade sucessória funciona como um importante instrumento de planejamento sucessório *post mortem*, já que por valorizar e refletir o princípio constitucional da autonomia da vontade, permite que o autor da herança tenha uma grande liberdade para planejar a transferência de seu patrimônio aos seus herdeiros, de modo a

evitar conflitos, assegurar que aspirações fundamentais da vida da pessoa sejam executadas após o seu falecimento, garantir a continuidade de empresas e negócios, permitir uma melhor distribuição da herança entre os sucessores, bem como buscar formas de gestão e de transmissão do patrimônio que tenham a menor carga tributária possível¹⁶.

Advém que, apesar do autor da herança ter esta autonomia e liberdade para dispor de seu patrimônio pela sucessão testamentária, a lei brasileira limita, diante da previsão constitucional do art. 5º, inciso XXX da CF/88, que considera a herança como um direito fundamental, a disposição patrimonial do testador, em caso de existência de herdeiros necessários, a metade de sua herança¹⁷, já que a outra metade, denominada de legítima, ficará reservada para estes sujeitos¹⁸.

Nesse sentido, bem explica Andrea Melo de Carvalho ao afirmar que

sobre o conteúdo das disposições testamentárias, deve ser observado, inicialmente, a existência de herdeiros necessários, eis que, nessa situação, a legítima (50% do patrimônio particular do testador) deve ser reservada, não podendo as disposições testamentária exceder esse importe. Caso não tenha herdeiros necessários, está livre para testar sobre todo o seu patrimônio¹⁹.

Além desta limitação material, destaca-se que o atual diploma civil impõe restrições de natureza formal às disposições testamentárias, como, por exemplo, a exigência de instrumento escrito para a sua celebração, que devem ser cumpridas sob pena de nulidade e, conseqüentemente, de seu afastamento.

¹⁵ O codicilo, ou pequeno códex, é um escrito informal, feito pelo codicilante, que traz em seu bojo disposições específicas de última vontade, que se relacionam, na maioria das vezes, de acordo com o art. 1.881 do CC/02, com o enterro, esmolas de pouca monta, assim como móveis, roupas ou joias, de pouco valor, de seu uso pessoal.

¹⁶ NEVARES, op. cit.

¹⁷ Esse é o entendimento que se extrai do art. 1.789 do CC/02, que alude: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”.

¹⁸ Estas pessoas a quem a lei resguarda metade da herança do *de cuius* são denominados de herdeiros legítimos necessários, sendo tal classe de sucessores formada pelos descendentes, ascendentes e cônjuge/companheira sobrevivente do falecido.

¹⁹ CARVALHO, Andrea Melo de. *Testamento em época de coronavírus*. 2020.

Outrossim, ainda neste âmbito generalista, cabe dispor ainda acerca da capacidade para testar e para suceder pela sucessão testamentária.

De acordo com o art. 1.860 do CC/02 extrai-se que não podem elaborar um testamento, os incapazes e aqueles que no ato de o fazerem não tiverem pleno discernimento, sendo, portanto, considerados nulos, sem possibilidade de ratificação, as disposições de última vontade feitas por tais sujeitos.

Assim sendo, todos aqueles que não se enquadrem nestas aludidas hipóteses poderão testar. Cumpre destacar que o maior de dezesseis anos e menor de dezoito anos, embora seja tido como relativamente incapaz²⁰, poderá realizar a feitura de seu testamento, uma vez que o parágrafo único do supracitado artigo autoriza a fazê-lo.

Também deve-se ressaltar que a mera “deficiência física, psíquica ou intelectual não é fator impeditivo do exercício de elaborar um testamento”²¹, uma vez que o Estatuto da Pessoa com Deficiência desatrelou “os conceitos de deficiência e incapacidade”²².

Ademais, em relação a capacidade de suceder por via testamentária, tem-se que, por esta modalidade privilegiar a autonomia do autor da herança, há um alargamento, em relação a sucessão legítima, de sujeitos que podem herdar por esta via. Nesse contexto, além dos sujeitos já nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão, leciona o art. 1.799 do CC/02 que pode suceder pela via legítima:

I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; II – as pessoas jurídicas; III – as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

Ocorre que esta liberdade não é ilimitada, não podendo ser estipulado cláusula testamentária em favor do

indivíduo não concebido até a morte do testador (ressalvada a prole eventual do artigo 1.799, I do Código Civil); pessoas jurídicas de direito público externo (nos termos do artigo 11, parágrafo 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro); a pessoa que a rogo escreveu o testamento, seu cônjuge ou seu companheiro, seus ascendentes e irmãos (art. 1.801, I, do CC); as testemunhas do testamento (art. 1.801, II, do Código Civil); o concubino do testador casado, salvo a exceção do artigo 1.801, III, do CC e; o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento (art. 1.801, IV, do CC)²³.

²⁰ “Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos”.

²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. op. cit. p. 2054.

²² *Ibidem*, p. 2.053.

²³ CARVALHO, op. cit.

Por fim desta parte, cumpre pontuar que tanto a capacidade para testar, quanto a capacidade para suceder via testamento, deve ser aferida no momento da elaboração do testamento, sendo irrelevantes as circunstâncias de aquisição ou perda da capacidade após este momento.

É o que bem explicam Cristiano Chaves, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald, ao versarem que

reunindo o testador os elementos da plena capacidade testamentária, a eventual superveniência de motivo incapacitante não compromete a validade do ato e, por idêntica lógica, não dispondo de plena capacidade no momento da elaboração, a ulterior aquisição de capacidade não tem o condão de convalidar o ato praticado²⁴.

Por fim, como já dito acima, no Brasil o direito à herança constitui norma de natureza fundamental²⁵, e o princípio da autonomia privada – que rege a feitura dos testamentos – é princípio norteador do direito privado brasileiro, o que ressalta a importância da discussão do Direito Sucessório, e, especialmente, da efetividade do exercício do direito de testar em tempos de isolamento social.

2.2 Testamento: um breve exame de suas principais características e modalidades

O testamento é o principal instrumento existente no ordenamento jurídico brasileiro para a efetivação da sucessão por via testamentária, e, em vista disso e pelo desconhecimento da maior parte dos brasileiros acerca das possibilidades de se planejar a transferência de patrimônio aos herdeiros ainda em vida²⁶, funciona, no país, como o dispositivo por “excelência para o planejamento sucessório”²⁷.

Tal mecanismo consiste, resumidamente, em uma declaração unilateral, que representa a manifestação de última vontade do testador, cujos efeitos serão produzidos após o seu falecimento, através do qual este estabelecerá o destino dos bens do seu patrimônio e designará seus herdeiros testamentários e legatários²⁸.

Esta também é a compreensão de Paulo Nader, que o define como uma

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. op. cit. p. 2055.

²⁵ Vide art. 5º, XXX, da Constituição Federal.

²⁶ O planejamento sucessório em vida pode ser realizado, por exemplo, por meio dos seguintes instrumentos: doação, antecipação de legítima, partilha em vida ou mesmo a criação de uma holding familiar.

²⁷ NEVARES, op. cit.

²⁸ Enquanto o herdeiro testamentário, o aquele que recebe uma porção do monte hereditário, o legatário é o herdeiro a quem o *de cuius* tenha destinado um bem individualizado de seu patrimônio.

modalidade de negócio jurídico unilateral, personalíssimo, formal, revogável, mortis causa, cujo objeto é a destinação de bens, para pessoas físicas ou jurídicas, respeitada a quota dos herdeiros necessários, ou disposição de natureza não econômica, expressamente admitida em lei.²⁹

A partir destas definições, percebe-se que o testamento é um negócio jurídico que tem como principais características ser: 1) unilateral, uma vez que “o testamento perfaz-se com uma emissão de vontade”³⁰; 2) personalíssimo, “no sentido de que há de ser feito pelo próprio testador, sem a interferência de quem quer que seja. Não permite a participação de outro agente, a qualquer título que seja”³¹; 3) gratuito, ou seja, “não comporta correspectivo”³²; 4) solene, isto é, “em todo tempo, o testamento é ato formal. A manifestação de vontade do testador há de revestir a forma prescrita em lei, sob pena de nulidade”³³; e 5) revogável, “pois o testador pode revogá-lo ou modificá-lo a qualquer momento”³⁴.

Outrossim, deve-se destacar que as disposições realizadas no mecanismo em estudo podem extrapolar a esfera patrimonial, podendo versar, a título de exemplo, acerca do reconhecimento de um filho, o reconhecimento da existência de uma união estável, perdão a alguém e etc.

A partir desta compreensão, Flávio Tartuce afirma que, nesse contexto, pode-se falar na função promocional do testamento, uma vez que este instrumento pode ter disposições de caráter existencial, “relacionado à tutela da pessoa humana, e aos direitos da personalidade, aqueles inerentes à pessoa humana, no sentido de serem originários (*inatos*)”³⁵.

Ademais, observa-se que o atual Código Civil estabelece uma liberdade testamentária, ao permitir que o interessado realize seu testamento através de um dos diversos modos previstos pelo diploma civil vigente, devendo-se esclarecer que todas estas possibilidades possuem o mesmo valor, ou seja, não há hierarquia entre elas.

Nesse contexto, vislumbra-se que no Brasil existem os testamentos ordinários, que podem ser utilizadas por qualquer pessoa capaz, compreendendo o Testamento

²⁹ NADER, op. cit., p.280.

³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições do Direito Civil: direito das sucessões. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.150.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*, p.151.

³³ *Ibidem*.

³⁴ TARTUCE, op. cit., p. 216

³⁵ *Ibidem*, p.212

Público, o Testamento Particular, e o Testamento Cerrado; e os testamentos especiais³⁶, que “são aqueles utilizados por pessoas capazes que estejam em determinadas situações excepcionais, estando impossibilitadas de testar por uma das formas ordinárias”³⁷, englobando o testamento marítimo, aeronáutico e militar, que podem ser feitos com inobservância das formalidades legais e possuem, conforme o art. 1.891 do atual diploma civil, prazo de caducidade de noventa dias contados das suas circunstâncias atípicas que a ensejaram.

Devido a importância das referidas formas de testamento ordinário para o debate a ser feito no próximo capítulo, passa-se a realizar uma breve análise individual de cada uma de suas modalidades previstas no *Codex*.

O testamento público, disciplinado entre os artigos 1.864 e 1.867 do CC/02, “é aquele que traz maior segurança para as partes envolvidas”³⁸, já que exige, para a sua realização, a sua escritura pelo tabelião ou seu substituto, em seu livro de notas (escritura), de acordo com as declarações do testador, na presença de duas testemunhas, sendo lido em voz alta e, após, assinado por todos

Já o testamento particular ou hológrafo, disposto nos artigos 1.876 à 1.880 do diploma civil vigente, por sua vez, é aquele que não exige o registro em cartório para a sua confecção, necessitando apenas ser escrito pelo testador e, posteriormente, lido, por ele, e assinado na presença de, pelo menos, três testemunhas.

Cabe ressaltar que o Código Civil, mais especificamente no art. 1.879 prevê o “testamento particular de emergência”³⁹, ou seja, dispõe sobre a possibilidade da confecção do testamento particular em casos excepcionais, sem a necessidade das referidas testemunhas, bastando, desse modo, que testador, a próprio punho, o escreva, declarando o motivo atípico que o leva a fazê-lo, e, posteriormente o assine. Ressalva-se, entretanto, que este ainda deve ser, no momento oportuno, confirmado a critério do juiz.

Cristiano Chaves, Felipe Braga Netto e Nelson Rosenvald bem explicam este permissivo, ao disporem que este “revela-se salutar e se põe a serviço da autonomia privada, na medida em que procura garantir a intenção deliberada do testador, mesmo quando ausente qualquer testemunha, por circunstâncias excepcionais”⁴⁰.

³⁶ Os testamentos especiais não serão abordados com maior profundidade neste artigo, uma vez que não constituem o objeto deste.

³⁷ NEVARES, op. cit.

³⁸ TARTUCE, op. cit., p. 224.

³⁹ *Ibidem*, p.239.

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. op. cit., p.2.064.

Flávio Tartuce corrobora com este entendimento ao entender que

presentes circunstâncias excepcionais declaradas na cédula testamentária, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz (art. 1.879 do CC/2002). Trata-se do chamado *testamento de emergência*, que constitui uma forma simplificada de testamento particular, conforme aponta Maria Helena Diniz, citando as seguintes hipóteses de sua viabilização jurídica: *a)* situação anormal: incêndio, sequestro, desastre, internação em UTI, revolução, calamidade pública; *b)* situação em que é impossível a intervenção de testemunhas para o ato (*Código...*, 2010, p. 1.324)⁴¹

Acerca desta forma simplificada de testamento particular, cabe ressaltar, de acordo com o Enunciado 311 da VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que esta terá, assim como as modalidades testamentárias especiais, prazo de caducidade de noventa dias, contados a partir do fim das circunstâncias excepcionais que autorizam a sua confecção, isto é, da situação excepcional que impossibilitou o testador de realizar o testamento por uma das formas ordinárias.

Por fim, o testamento cerrado, também denominado de secreto ou místico, previsto nos artigos 1.868 à 1.875 do *Códex* vigente, pode ser compreendido como um misto das duas formas supracitadas, uma vez possui “uma etapa inicial submetida às regras dos instrumentos particulares, com a absoluta autonomia da vontade do testador”⁴², no qual ele deliberará “sobre sua declaração de vontade, com total e privacidade”⁴³, e um “segundo momento, no qual integrando a primeira etapa, haverá a efetiva entrega do instrumento elaborado à autoridade notarial, na presença das testemunhas”⁴⁴.

Em outras palavras, observa-se que para a feitura desta modalidade de testamento é necessário que, primeiramente, este seja escrito pelo testador, ou por alguém a seu rogo, e que, em seguida, venha a ser aprovado e lavrado pelo tabelião, na presença de 02 (duas) testemunhas.

Vale destacar ainda que o testamento cerrado possui esta nomenclatura pelo fato do tabelião não ter acesso ao conteúdo do texto e sequer arquivar cópia do testamento, apenas lavrando o auto de aprovação, e após lacrando e costurando o instrumento.

Registre-se, por fim, que em todas as formas de testamento ora expostas tem-se como elemento norteador o princípio da autonomia privada e da busca pela preservação da vontade do autor da herança, que se sobrepõem, inclusive, a alguns aspectos formais, como se discutirá adiante.

⁴¹ TARTUCE, op. cit., p. 239.

⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe. op. cit., p. 2.061.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

3. A FEITURA DE TESTAMENTOS EM ÉPOCAS DE COVID-19: UM EXAME DE SUAS POSSIBILIDADES

3.1 Uma análise do Código Civil de 2002

A política do isolamento social, adotada pelos governantes pátrios, como forma de combate a pandemia do COVID-19, alterou drasticamente a dinâmica da sociedade brasileira, em diversas de suas esferas e, por consequência, dos institutos jurídicos que a regem.

Dentre estes âmbitos jurídicos afetados, pode-se citar, para os fins deste artigo, o da liberdade testamentária, vez que a adoção desta política sanitária levou ao fechamento de instituições públicas, como os cartórios, bem como ao aconselhamento, ou até mesmo proibição, de sair de casa e se aglomerar, fazendo com que a maioria das modalidades testamentárias previstas no Código Civil, e estudadas no capítulo anterior, não pudessem ter suas formalidades atendidas.

Ocorre que, mesmo o país enfrentando o surto dessa doença e tendo adotado o isolamento social para enfrentá-la, o tempo não para, como dizia o poeta Cazuzu, ou melhor, as pessoas, que continuam com seus “anseios e angústias”⁴⁵, pretendem dar continuidade aos seus projetos, como o sucessório, que é feito no país sobretudo pelo instituto do testamento.

Assim sendo, surge aos juristas brasileiros a seguinte indagação: Como realizar a feitura de um testamento durante o período de isolamento social?

Nesse contexto, o presente artigo pretende, a partir desse momento, refletir mais profundamente acerca desta questão, de forma a buscar conferir maior segurança jurídica as pessoas que desejam testar neste período.

A partir das informações do capítulo anterior, percebe-se, a partir de um procedimento de subsunção, isto é, a mera adequação do fato a norma, que a única forma adequada para se testar no período de isolamento social pelo qual perpassa o país é o testamento particular de emergência, estipulado no art. 1.879 do atual diploma civil, já que por meio deste o testador pode sozinho escrever as suas disposições, e, por fim, assiná-las, não necessitando, dessa forma, de testemunhas para a perfeição de seu ato no mundo jurídico.

Além disso, deve o testador também declarar, em seu escrito, o motivo que o levou a realizar esta forma de testamento, devendo dispor no documento que a respectiva feitura testamentária decorreu, neste caso, da excepcionalidade do distanciamento social vivido no Brasil pela pandemia do COVID-19.

Este é o entendimento de Ana Luiza Maia Nevares, ao versar que

⁴⁵ NEVARES, op. cit.

nenhuma das modalidades de testamentos ordinários são adequadas em momento em que as autoridades públicas recomendam o isolamento social em virtude de uma pandemia viral. Por consequência, aquele que pretender testar nesse período pode se valer do disposto no citado art. 1.879 do Código Civil, que prevê a elaboração de um testamento sem testemunhas. Para tanto, deverá preparar um escrito de próprio punho, no qual sejam expressamente declaradas as circunstâncias excepcionais de isolamento social imposto na atualidade, sendo dito escrito particular datado e assinado⁴⁶.

Concorda também com a referida compreensão Andrea Melo de Carvalho, ao dispor que pela impossibilidade de se realizar outras formas de testamento ordinário, “só sobraria como possibilidade de testar, o testamento particular presente no artigo 1.879”⁴⁷.

Deve-se ressaltar que embora esta modalidade atípica necessite, posteriormente, ser confirmada a critério do juiz, acredita-se que, pela difícil situação que atravessa o Brasil e o mundo por esta doença, os magistrados dos mais diversos tribunais terão “sensibilidade em analisar as situações que se descortinam nesse momento”⁴⁸, ou em outras palavras, estes aceitarão sem maiores empecilhos a justificativa do isolamento social provocado pela coronavírus para a feitura do testamento particular excepcional.

Além desta possibilidade testamentária, o presente artigo se propõe a investigar, a partir do princípio da autonomia privada e do diálogo das fontes, se há outra(s) possibilidade(s), além da já tratada neste artigo, de se testar nesta época de isolamento da sociedade no país.

3.2 Um exame à luz do princípio da autonomia privada

O princípio da autonomia privada, que funciona, como já mencionado neste artigo, como um corolário da Sucessão Testamentária, vem tendo sua importância, principalmente, em matéria afeita ao Direito Sucessório, realçada em decisões nos diversos tribunais pátrios⁴⁹.

Nesse sentido, observa-se que o STJ, em seus recentes julgados, tem relativizado a nulidade de testamentos, que não preencham algumas formalidades legais, desde que por meio destas disposições a autonomia privada do falecido for completamente satisfeita com os procedimentos adotados.

É o entendimento, por exemplo, que se extrai do seguinte julgado da Corte Superior:

⁴⁶ *Ibidem*

⁴⁷ CARVALHO, Andrea Melo de. op. cit.

⁴⁸ NEVARES, op. cit.

⁴⁹ Pode-se citar, a título de exemplo, os seguintes julgados: a)Apelação Cível: AC 10382140106404001 TJ-MG; b)Apelação Cível: AC 0000600-49.2013.8.17.0670 TJ-PE; c) Apelação Cível: AC 0004083-89.2016.8.07.0014 TJ-DFT, entre outros.

“(…) Especificamente em relação aos testamentos, as formalidades dispostas em lei possuem por finalidade precípua assegurar a higidez da manifestação de última vontade do testador e prevenir o testamento de posterior infirmação por terceiros. Assim, os requisitos formais, no caso dos testamentos, destinam-se a assegurar a veracidade e a espontaneidade das declarações de última vontade. Todavia, se, por outro modo, for possível constatar, suficientemente, que a manifestação externada pelo testador deu-se de forma livre e consciente, correspondendo ao seu verdadeiro propósito, válido o testamento, encontrando-se, nessa hipótese, atendida a função dos requisitos formais, eventualmente inobservados. A jurisprudência desta Corte de Justiça (a partir do julgamento do REsp n. 302.767/PR), em adoção a essa linha de exegese, **tem contemporizado o rigor formal do testamento, reputando-o válido sempre que encerrar a real vontade do testador, manifestada de modo livre e consciente.** (…)” (REsp 1419726/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 16/12/2014) (grifo nosso).

Isto porque,

[...] o que se procura, em um novo modelo de autonomia privada, compatível com o sistema jurídico implantado pelo paradigma do Estado Social, é garantir às partes um poder normativo, no dizer de Ferri, mas, sempre, nos moldes dos valores que a Constituição e, na sua esteira, as normas infraconstitucionais impõem para êxito do programa axiológico do ordenamento.⁵⁰

E neste sentido, o princípio da autonomia privada precisa estar carregado de sentido, e, especificamente com relação aos testamentos, este sentido precisa estar sempre relacionado à preservação da vontade do autor da herança.

Nesse contexto, os autores deste artigo, de forma a também privilegiar a vontade do testador no âmbito testamentário, compreendem que, nos dias atuais, o testamento particular ordinário pode ser elaborado à distância, por meio de teleconferência e com a colheita de assinaturas pela via digital.

Tal entendimento, além de levar em consideração que os referidos procedimentos “virtuais” não violam os requisitos legais⁵¹ para a feitura da modalidade testamentária supracitada, também corrobora a ideia de que os mesmos acabam por adaptar tais exigências formais ao mundo moderno, se compatibilizando, desse modo, com normas já existentes em outras fontes do ordenamento jurídico brasileiro, que permitem que procedimentos solenes sejam realizados por meios tecnológicos, como, por exemplo, o art. 105, §1º, do CPC⁵² que autoriza a procuração ser assinada digitalmente, o art. 334, §7º, também, do CPC⁵³ que permite a audiência por

⁵⁰ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.

⁵¹ Tais requisitos, dispostos no artigo 1.876 do CC, são os seguintes: a) leitura pelo testador de suas disposições perante as três testemunhas, e b) posterior assinatura de todos estes participantes.

⁵² O art. 105, §1º do CPC dispõe em sua literalidade que: “A procuração pode ser assinada digitalmente, na forma da lei.”

⁵³ Tal dispositivo afirma que: “A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei”.

videoconferência no procedimento comum, e mais atualmente a Lei 13.994/2020⁵⁴, que autoriza a conciliação virtual nos juizados especiais.⁵⁵

Sendo assim, entende-se, a partir da supremacia do princípio da autonomia privada nas questões testamentárias e da Teoria do Diálogo das Fontes⁵⁶, que a feitura de testamentos particulares com a participação de testemunhas por meio digital é perfeitamente possível no ordenamento jurídico brasileiro, sendo, dessa forma, mais uma opção aos brasileiros que desejem testar durante o isolamento social que o país enfrenta em decorrência do COVID-19.

Por fim, cabe pontuar que as feituas das demais modalidades testamentárias comuns, a saber, pública e cerrada, não tem ainda como serem realizadas a distância pela via digital, uma vez que tais formas utilizam o sistema cartorário pátrio, que até agora não está preparado para fornecer tal serviço.

Diante do exposto, conclui-se que, neste período de isolamento social que o Brasil atravessa, o cidadão que deseje realizar seu testamento pode fazê-lo: a) por meio do testamento particular de emergência previsto no art. 1.879 do Código Civil, lembrando que neste caso o instrumento precisa ser escrito de próprio punho e não se exige qualquer testemunha, e necessitará de confirmação judicial para ser efetivado, ficando a critério do Juízo o reconhecimento da sua validade; b) ou, de maneira inovadora, através de testamento particular ordinário por meio digital, fazendo-se a leitura do testamento para as três testemunhas mediante teleconferência e colhendo as assinaturas das mesmas de forma digital. É certo que esta última forma de testar também precisará ser confirmada em Juízo, mas a existência das testemunhas, defendem estes autores, certamente ajudará na corroboração da verdade do documento, demonstrando que o mesmo correspondia à vontade do testador.

Entende-se, por fim, que esta forma de testamento particular ordinário digital, embora possua ainda menos segurança jurídica, posto que nasce de uma construção doutrinária, possui uma grande valia tanto prática, quanto teórica, uma vez que além de se demonstrar como uma possibilidade factível no ordenamento jurídico brasileiro aos cidadãos que desejem utilizá-la, possibilita que a comunidade jurídica reflita sobre esta temática.

⁵⁴ O artigo 1º desta Lei dispõe que: “Esta Lei altera a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis”.

⁵⁵ Além destes exemplos, pontua-se, em nível de curiosidade, que há um projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional, mais especificamente o PL 5.820/2019, que visa iniciar a modernização da sucessão testamentária no país, ao propor a instituição do codicilo digital.

⁵⁶ Esta teoria entende, em síntese, que o Direito deve ser interpretado sistematicamente e coordenadamente, isto é, deve-se analisar o ordenamento jurídico em sua totalidade, levando em consideração os seus diversos regramentos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo, ao partir das compreensões de que o Direito deve-se adaptar a realidade social, de forma a buscar conferir segurança jurídica a esta, bem como de que a política de isolamento social implementada no Brasil, como forma de combate ao coronavírus, provocou impactos em todo Direito Privado no país, e em especial na liberdade testamentária, pretendeu investigar as possíveis soluções legais para se realizar a feitura de testamento durante este momento de distanciamento pelo qual atravessa o povo brasileiro.

Nesse contexto, se buscou, primeiramente, analisar as modalidades testamentárias previstas no Código Civil, de modo a destacar respectivamente suas regras gerais e específicas.

Assim sendo, diante de uma melhor base teórica iniciou-se a investigação proposta no artigo, inferiu-se pela possibilidade de se testar neste período de isolamento social por dois modos de testamento particular, sendo estes o de: a) emergência, através de um exame exegético; e b) ordinário por via digital, a partir de uma construção doutrinária, que levou em consideração o princípio da autonomia da vontade, decisões jurisprudenciais e a teoria do Diálogo das Fontes.

Por fim, ressaltou-se que embora esta última possibilidade não tenha a mesma segurança jurídica do que a primeira, já que não está expressamente prevista na legislação, possui uma grande relevância tanto no campo prático, uma vez que demonstra-se possível de ser realizada e aceita pelo ordenamento jurídico pátrio, quanto no teórico, pois possibilita e proporciona a reflexão, aos juristas e interessados, sobre o tema.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

_____. **Código de Processo Civil**, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2020.

_____. **Lei 13.994**, de 24 de abril de 2020. Altera a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para possibilitar a conciliação não presencial no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13994.htm. Acesso em: 21 abr. de 2020.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5.820/2019**. Dá nova redação ao art. 1.881 da Lei nº 10.406, de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1829027&filename=PL+5820/2019>. Acesso em: 22 abr. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1419726/SC – Santa Catarina. Relator: Marco Aurélio Bellizze. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 09 dezembro 2014. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28%22MARCO+AUR%28%28%22%29.MIN.%28%22TERCEIRA+TURMA%22%29.ORG.&processo=1419726&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação nº 0106404-1.2014.8.13.0382. Relator: Leite Praça. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 22 agosto 2019. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=8C656BF34A2A5A5FBEBB6A74605B37D6.jurino_1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0382.14.010640-4%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Apelação nº 0000600-49.2013.8.17.0670. Relator: Sílvio Neves Baptista Filho. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 27 novembro 2019. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/downloadInteiroTeor?codProc=684177&tipoJuris=1141&orig=FISICO>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação nº 0004083-89.2016.8.07.0014. Relator: Fábio Eduardo Marques. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 07 fevereiro 2018. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

CARVALHO, Andrea Melo de. **Testamento em época de coronavírus**. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/323706/testamentos-em-epoca-de-coronavirus>. Acesso em: 15 abr. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____; _____; BRAGA NETTO, Felipe. **Manual de Direito Civil**: volume único. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no século XXI. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO CIVIL, 2001. **Anais eletrônicos...** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/15/Tend%C3%A0ncias+do+Direito+Civil+no+s%C3%A9culo+XXI>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

- _____. Direito sucessório brasileiro: ontem, hoje e amanhã. *In*: Congresso Anual da Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung (Associação de Juristas Alemanha-Brasil), realizado na cidade de Dresden (Alemanha), 2001. **Anais eletrônicos...** Disponível: https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Giselda/Direito.pdf. Acesso em: 14 abr. 2020.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**: sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: direito das sucessões. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016
- NEVARES, Ana Luiza Maia. **Como fazer testamento em momento de isolamento social**. 2020. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1393/Como+fazer+testamento+em+momento+de+isolamento+social>>. Acesso em: 05 abr. 2020.
- OLIVEIRA, Euclides; AMORIM, Sebastião. **Inventário e partilha**: teoria e prática. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- RIBEIRO, Raphael Rego Borges. **Reprodução Assistida Post Mortem**: a atribuição de direitos sucessórios após a morte de um dos genitores. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/20042/1/RAPHAEL%20REGO%20BORGES%20RIBEIRO.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2020.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra: Edições Almedina, 2020.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**: direito das sucessões. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR VIOLAÇÃO ÀS NORMAS DA OMS: UMA ANÁLISE DO CASO CHINA

Aléssia Pâmela Bertuleza Santos¹

INTRODUÇÃO

O Direito Internacional durante muito tempo foi relegado à condição de disciplina optativa nas grades curriculares dos Cursos de Direito do país, situação que só foi alterada a partir da entrada em vigor da Portaria MEC nº 1.886/94, em 1997. Talvez, seja este um dos motivos de esta disciplina, tradicionalmente, não ocupar espaço de destaque nas discussões jurídicas corriqueiras, onde prevalecem temas decorrentes do Direito Civil, do Direito Penal e, a partir das duas últimas décadas, do Direito Constitucional.

No entanto, a atual configuração da sociedade internacional leva à inafastabilidade das consequências dos seus acontecimentos. Dito de outro modo, ainda que muitas vezes despercebido, o Direito Internacional está presente no cotidiano de todos, pois num mundo globalizado as fronteiras não mais representam obstáculo à integração e os episódios internacionais repercutem cada vez mais direta e rapidamente no âmbito nacional. Esta interrelação adquiriu uma maior visibilidade recentemente, com o advento da pandemia provocada pelo novo Coronavírus (SARS-CoV2).

A pesquisa ora apresentada surgiu a partir da constatação da emergência de discussões a respeito da possibilidade de responsabilização internacional da República Popular da China, Estado onde teria surgido o Coronavírus, pelos prejuízos decorrentes da pandemia.

Tais discussões, se por um lado ainda não são intensas no âmbito acadêmico brasileiro, por outro, estão na pauta do dia da sociedade internacional e, diante da

¹ Mestra em Direito (PPGD/UFBA). Professora de Direito Internacional (UNIRIOS). Advogada. Contato: alessiabertuleza@gmail.com.

identificação de algumas medidas que têm sido adotadas contra a China, demandam uma análise minuciosa e isenta por parte da academia².

Assim, a presente pesquisa exploratória utiliza-se dos métodos bibliográfico e documental e tem como objetivo geral a avaliação da possibilidade de responsabilização internacional da República Popular da China pelos danos causados aos demais países atingidos pelo Coronavírus, a partir da análise dos elementos que compõem a responsabilidade internacional do Estado, da conduta da China diante da pandemia e da ocorrência (ou não) de violação às normas sanitárias internacionais.

Como o tema responsabilidade internacional do Estado pode ser analisado a partir de várias perspectivas, o presente contemplará a análise da possibilidade de responsabilização da China pela violação das normas sanitárias aprovadas no âmbito da OMS. Em decorrência deste recorte, não será analisada neste trabalho a responsabilidade pela violação aos direitos humanos.

1 A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO NA CONTEMPORANEIDADE

No âmbito do direito interno, os elementos constitutivos da responsabilidade do indivíduo são estabelecidos pelas leis internas e se aplicam, em regra, pelo menos a todos os nacionais que se encontrem em seu território. No âmbito internacional, porém, a sistemática é diferente.

Diante do princípio da isonomia, que estabelece que todos os Estados são igualmente soberanos, não é possível a imposição, por algum Estado ou organização internacional, de normas em relação às quais o Estado imputado não manifestou sua concordância. Embora esta afirmação soe voluntarista, o seu intuito é apenas deixar claro que os Estados preservam, em suas relações internacionais, a sua independência e, portanto, não poderão ser responsabilizados pela violação de normas em relação às quais não manifestaram seu consentimento.

Assim, para que esteja configurada a responsabilidade de um Estado é necessária a presença dos seguintes elementos: (a) violação à norma de Direito Internacional que o Estado esteja obrigado a respeitar; (b) nexó de causalidade, que corresponde à

² Não poderíamos deixar de registrar o trabalho “Responsabilidade internacional dos Estados por epidemias e pandemias transnacionais: o caso da Covid-19 provinda da República Popular da China” de autoria do Prof. Valério Mazzuoli e publicado numa coletânea de artigos coordenada pelo Prof. Jorge Miranda, em Lisboa/PT. O fato de não concordarmos com todas as conclusões apresentadas pelo autor não nos impede de reconhecer a profundidade da pesquisa realizada e a sua contribuição para o debate recém iniciado sobre o tema, servindo de inspiração para outros estudiosos. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Responsabilidade internacional dos Estados por epidemias e pandemias transnacionais: o caso da Covid-19 provinda da República Popular da China.** In: GOMES, Carla Amado; MIRANDA, Jorge; PENTINAT, Susana Borrás (Org.). *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*. 1ed. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2020, v. 10, p. 568-624. Disponível em: < http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2020/04/e-book_DialogoAIC_vol10.pdf>. Acesso: 14 mai. 2020.

demonstração de que a violação foi perpetrada pelo Estado e que o dano sofrido é consequência desta conduta; e (c) dano.

Configurada a responsabilidade internacional, surge para o Estado o dever de reparar e este abrange tanto os danos materiais, como morais causados com a sua conduta.

Em matéria de responsabilidade internacional dos Estados decorrente da prática de ilícitos internacionais, ainda não existe um tratado em vigor estabelecendo os limites desta responsabilização. No entanto, tramita na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) o projeto de Convenção sobre responsabilidade internacional dos Estados, elaborado pela Comissão de Direito Internacional daquela organização³.

Apesar de ainda não estar em vigor, a ONU recomendou aos seus Estados-membros que passem a observar em suas relações as normas previstas no projeto de Convenção. Dentre tais normas, destaca-se o artigo 2º que inova ao excluir o dano do rol de elementos constitutivos do ato ilícito internacional:

Art. 2º Elementos de um ato internacionalmente ilícito do Estado

Há um ato internacionalmente ilícito do Estado quando a conduta, consistindo em uma ação ou omissão:

- a) é atribuível ao Estado consoante o Direito Internacional; e
- b) constitui uma violação de uma obrigação internacional do Estado.

De acordo com o projeto de Convenção, portanto, haverá a responsabilidade internacional do Estado quando ocorrer a violação à norma de Direito Internacional e esta puder ser imputada ao Estado (o nexa causal). Apesar da exclusão da necessidade de dano no projeto de Convenção, a responsabilização do Estado continua, em seu texto, a acarretar o dever de reparação integral⁴.

Feitas tais considerações, analisaremos adiante a possibilidade de responsabilização internacional dos Estados em caso de pandemia.

2 A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE E SUA ATUAÇÃO EM CASO DE PANDEMIA

³ O primeiro projeto da Convenção foi aprovado pela Comissão de Direito Internacional da ONU em 1996, que foi revisto e a sua nova versão aprovada em 2001. Em seguida, o texto foi encaminhado à Assembleia-Geral das Nações Unidas, onde aguarda aprovação e posterior para assinatura pelos Estados.

⁴ Nesse sentido, o artigo 31 do Projeto de Convenção: “Art. 31. Reparação. 1. O Estado responsável tem obrigação de reparar integralmente o prejuízo causado pelo ato internacionalmente ilícito. 2. O prejuízo compreende qualquer dano, material ou moral, causado pelo ato internacionalmente ilícito de um Estado”.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) é uma organização internacional criada no âmbito da ONU e, de acordo com o artigo 1º da sua Constituição⁵, tem como objetivo “a aquisição, por todos os povos, do nível de saúde mais elevado que for possível”.

Desde 1948, quando iniciou as suas atividades, a OMS tem coordenado os esforços na busca pela concretização do seu objetivo e obtido resultados relevantes

Entre 1952 e 1964, os esforços da OMS já haviam reduzido a prevalência global de boubá – deficiência física que afligia cerca de 50 milhões de pessoas em 1950 – em mais de 95%. Entre 1967 e 1979, os esforços da OMS levaram à erradicação da varíola – única vez em que uma das principais doenças infecciosas foi completamente erradicada. Desde que a sua Iniciativa Global de Erradicação da Pólio foi lançada em 1988, até 2006, o número de casos foi reduzido em mais de 99% – de 350 mil por ano para menos de dois mil.⁶

No ano de 2005, durante a 58ª Assembleia Mundial de Saúde, foi aprovado o Regulamento Sanitário Internacional (RSI), com o objetivo expresso de contribuir para a prevenção, a proteção e o controle da “propagação internacional de doenças” (art. 1º, RSI)⁷.

Atualmente com 194 Estados-membros e 2 membros associados⁸, a OMS tem sido o *locus* de cooperação internacional para a melhoria da saúde ao redor do mundo, seja através de projetos específicos de desenvolvimento das condições de determinado país ou região, seja coordenando a atuação mundial diante de circunstâncias imprevistas, como uma Pandemia.

As Pandemias são um episódio de saúde pública que já ocorreram outras vezes ao longo da história da Humanidade, como a pandemia da gripe espanhola (1918-1920) que, com um saldo de mortos acima de 50 milhões de pessoas ao redor do mundo, superou o número de vítimas da Primeira Guerra Mundial⁹.

No século XXI, a primeira pandemia enfrentada aconteceu no ano de 2009, com a disseminação do vírus Influenza H1N1 e ficou conhecida como Gripe Suína, tendo os primeiros casos sido registrados no México em meados de março de 2009.

⁵ CONSTITUIÇÃO da Organização Mundial da Saúde. Disponível em: <https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf>. Acesso em: 14 mai 2020.

⁶ NAÇÕES UNIDAS. A ONU e a saúde. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/saude/>>. Acesso em: 14 mai 2020.

⁷ O Estado brasileiro aprovou o Regulamento Sanitário Internacional através do Decreto Legislativo nº 395/2009 e o promulgou pelo Decreto executivo nº 10.212, de 30 de janeiro de 2020.

⁸ OMS. Documentos básicos. Disponível em: <<https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf>>. Acesso em: 14 mai 2020.

⁹ O que é pandemia e o que muda com declaração da OMS sobre o novo coronavírus. **BBC News**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-51363153>>. Acesso em 14 mai. 2020.

Diferentemente do que se costuma imaginar, a declaração de pandemia de uma determinada doença não guarda relação direta com a gravidade desta, mas sim com a sua disseminação simultânea ao redor do mundo. A pandemia não se confunde com a epidemia, que corresponde a um "aumento de casos seguido de um ponto máximo e, depois, uma diminuição"¹⁰. É possível afirmar que a pandemia é uma epidemia que ocorre simultaneamente ao redor do mundo e cujo controle imediato não é possível, pois as medidas adotadas se revelaram insuficientes.

De acordo com o artigo 1º do Regulamento Sanitário Internacional, “emergência de saúde pública de importância internacional” corresponde a um evento extraordinário que (a) constitua um risco para a saúde pública dos demais Estados, em razão da sua propagação internacional e (b) demande uma resposta internacional coordenada.

A pandemia é um exemplo de emergência de saúde pública de importância internacional.

Visando cumprir o seu objetivo de evitar a propagação de doenças, o artigo 7º do RSI estabelece o dever de informação, por meio do qual os Estados-membros estão obrigados a informar a OMS sobre a ocorrência em seu território de qualquer evento de saúde pública inesperado ou incomum:

Artigo 7 Compartilhamento de informações durante eventos sanitários inesperados ou incomuns

Caso um Estado Parte tiver evidências de um evento de saúde pública inesperado ou incomum dentro de seu território, independentemente de sua origem ou fonte, que possa constituir uma emergência de saúde pública de importância internacional, ele fornecerá todas as informações de saúde pública relevantes à OMS. Nesse caso, aplicam-se na íntegra as disposições do Artigo 6.

Em tais casos, o dever de informação deverá ser cumprido no prazo de 24h, como prevê o artigo 6º do RSI¹¹. O ponto controverso sobre esta questão diz respeito ao termo inicial do mencionado prazo, uma vez que noção de “evidência” prevista no artigo 7º pode variar e significar tanto meros indícios como certeza científica.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Artigo 6 Notificação

Cada Estado Parte avaliará os eventos que ocorrerem dentro de seu território, utilizando o instrumento de decisão do Anexo 2. Cada Estado Parte notificará a OMS, pelos mais eficientes meios de comunicação disponíveis, por meio do Ponto Focal Nacional para o RSI, e dentro de 24 horas a contar da avaliação de informações de saúde pública, sobre todos os eventos em seu território que possam se constituir numa emergência de saúde pública de importância internacional, segundo o instrumento de decisão, bem como de qualquer medida de saúde implementada em resposta a tal evento. Se a notificação recebida pela OMS envolver a competência da Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA), a OMS notificará imediatamente essa Agência. Após uma notificação, o Estado Parte continuará a comunicar à OMS as informações de saúde pública de que dispõe sobre o evento notificado, de maneira oportuna, precisa e em nível suficiente de detalhamento, incluindo, sempre que possível, definições de caso, resultados laboratoriais, fonte e tipo de risco, número de casos e de óbitos, condições que afetam a propagação da doença; e as medidas de saúde empregadas, informando, quando necessário, as dificuldades confrontadas e o apoio necessário para responder à possível emergência de saúde pública de importância internacional.

A partir de uma interpretação sistemática dos artigos do RSI que tratam sobre este procedimento em cotejo com a Constituição da OMS, entendemos que a “evidência” necessária para que seja efetuada a notificação exige apenas certeza da ocorrência do evento incomum. A investigação científica a respeito da sua origem e gravidade, por mais necessária e urgente que seja, não pode ser um obstáculo à adoção de medidas protetivas de abrangência mundial. Isso, inclusive, encontra-se previsto no artigo 8º do RSI:

Artigo 8 Consultas

No caso de eventos ocorrendo em seu território que não exijam notificação, conforme estabelecido pelo Artigo 6, **especialmente eventos sobre o qual as informações disponíveis são insuficientes para completar o instrumento de decisão, ainda assim um Estado Parte poderá manter a OMS informada a respeito do evento**, por meio do Ponto Focal Nacional para o RSI, e consultar a OMS acerca de medidas de saúde apropriadas. Essas comunicações serão tratadas em conformidade com os parágrafos 2º a 4º do Artigo 11. **O Estado Parte em cujo território ocorreu o evento poderá solicitar à OMS assistência para avaliar quaisquer evidências epidemiológicas obtidas por esse Estado Parte.**

Portanto, apesar da vagueza do RSI a respeito do que deve ser considerado como “evidência” do evento incomum apta a dar ensejo à notificação da OMS, verifica-se que a *intentio legis* é evitar a inércia do Estado onde o evento ocorreu e assegurar o seu conhecimento pela comunidade internacional a fim de que medidas coordenadas possam ser adotadas.

3 SOBRE A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DA REPÚBLICA POPULAR DA CHINA PELA PANDEMIA DA COVID-19

No dia 11 de março de 2020, a OMS declarou a Covid-19 (SARS-CoV2) como uma pandemia. Na ocasião, a Organização apresentou dados segundo os quais havia 118 mil casos confirmados em 114 países e o número de mortes provocadas pela doença perfazia o montante 4.291.

De acordo com a cronologia disponibilizada pela OMS¹², a República Popular da China, Estado onde foram identificados os primeiros casos de Coronavírus, notificou sobre o elevado número de casos de pneumonia na cidade de Wuhan em 31 de dezembro 2019. Posteriormente, constatou-se se tratar de um novo Coronavírus, uma mutação genética. A OMS, por sua vez, só divulgou sobre a existência do, até então, surto de pneumonias no dia 04 de janeiro de 2020, por meio de uma rede social¹³ e no dia seguinte publicou um Informe com os dados recebidos da China a respeito das

¹² OMS. **COVID-19: cronología de la actuación de la OMS**. Disponível em: <<https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>>. Acesso em 14 mai. 2020.

¹³ <https://twitter.com/WHO/status/1213523866703814656?s=20>. Acesso em 14 mai. 2020.

vítimas e recomendando que não fossem impostas restrições às viagens ou ao comércio chinês¹⁴, que poderiam ser mantidos normalmente.

No Informe publicado em 30 de janeiro, a OMS declarou o surto de Coronavírus como uma emergência de saúde pública de importância internacional e divulgou a existência de 7818 casos confirmados, sendo 7736 na China e os demais em outros 18 países¹⁵.

A rápida propagação do vírus ao redor do mundo e as medidas de isolamento, visando a restrição da circulação de pessoas, acarretaram o fechamento do comércio e a paralisação das economias nacionais, gerando prejuízos ainda indefinidos mas que atingem praticamente todos os países do planeta. Apesar de ainda não ser possível quantificar a extensão dos prejuízos provocados pela pandemia, em 08 de abril, a Organização Mundial do Comércio (OMC) divulgou dados segundo os quais estima-se que o comércio mundial sofrerá uma contração em torno de 30%¹⁶.

Além de ser um percentual elevado, a intensidade do impacto sofrido pelas economias torna-se mais evidente quando considerado que essa projeção foi feita apenas 4 meses após a descoberta do Coronavírus e já é superior aos efeitos da crise financeira global de 2008/2009.

Diante deste cenário, algumas vezes têm se levantado contra a China, apontando-a como responsável pela pandemia e buscando exercer contra aquele Estado o seu direito de reparação.

3.1 Iniciativas contra a China: os casos brasileiros e a imunidade de jurisdição

Ganhou destaque no noticiário nacional o ajuizamento de uma Ação Civil Pública contra a República Popular da China tendo como pedido uma indenização no valor de R\$420 bilhões em favor do povo brasileiro¹⁷. A indenização seria o ressarcimento dos prejuízos suportados pelo Estado brasileiro em razão da pandemia do Coronavírus, causa de pedir, cuja responsabilidade o autor atribui à China.

¹⁴OMS. **Neumonía de causa desconocida – China**. 05 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/csr/don/05-january-2020-pneumonia-of-unkown-cause-china/es/>>. Acesso em 14 mai. 2020.

¹⁵ OMS. Novel Coronavirus(2019-nCoV), **Situation Report – 10**, 31 de jan. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200130-sitrep-10-ncov.pdf?sfvrsn=d0b2e480_2>. Acesso em 14 mai. 2020.

¹⁶ Dentre outros, Jornal O Globo, 08 abr. 2020. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/omc-comercio-mundial-pode-se-contrair-um-terco-com-pandemia-de-coronavirus-24359607>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

¹⁷ Jornal O Estado de Minas, 20 abr. 2020. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/economia/mf-press/2020/04/20/mf_press_economia_economia,1140555/acao-civil-publica-contra-a-china-pede-r-420-bilhoes-de-indenizacao-e.shtml>. Acesso em: 14 mai. 2020.

Noutra demanda judicial, um contabilista de Rondônia ajuizou uma ação popular contra a União e o Advogado Geral da União pedindo a condenação da China a pagar a quantia de R\$5,09 bilhões, com sua equivalência em dólares, e, na hipótese de descumprimento da decisão, a fixação de uma multa diária no valor de R\$100 milhões. Neste caso, além do valor estratosférico do pedido, chama a atenção o pedido de expedição de carta rogatória para citação da China, embora esta não figure como Ré¹⁸.

Embora não se tenha notícias sobre o desfecho da Ação Civil Pública, a Ação Popular teve a sua petição inicial indeferida e foi extinta sem resolução do mérito.

No entanto, em tais casos, a solução deveria ser idêntica e perpassar pela compreensão da imunidade de jurisdição assegurada aos Estados estrangeiros, analisando se a jurisdição brasileira goza de competência para julgar demandas desse tipo.

A imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro extrai seu fundamento de normas costumeiras reconhecidas internacionalmente¹⁹. No continente europeu esse instituto encontra-se positivado na Convenção Europeia sobre Imunidade de Jurisdição dos Estados (Convenção de Basileia, de 1972), não havendo ainda um tratado correspondente vigente entre os países americanos ou no âmbito global²⁰.

Inicialmente compreendida como absoluta, a imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro surgiu na Idade Média²¹ como um desdobramento natural da igualdade entre os Estados dotados de soberania – classicamente compreendida como absoluta, ilimitada e inafastável. Porém, o século XX, com o advento da Segunda Guerra Mundial e a emergência de uma nova ordem global marcada pela presença de organizações internacionais como a ONU, repercutiu diretamente na noção de soberania. Como anotou Luigi Ferrajoli:

Esses dois documentos [Carta da ONU e Declaração Universal dos Direitos do Homem] transformam, ao menos no plano normativo, a ordem jurídica do mundo, levando-o do estado de natureza ao estado civil. A soberania, inclusive externa, do Estado – ao menos em princípio – deixa de ser, com

¹⁸ Ação popular nº Processo 1015852-66.2020.4.01.3400, em trâmite perante a 14ª Vara Federal Cível da SJDF.

¹⁹ A imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros não está regulamentada pela Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, pois o tratado mencionado regulamenta a imunidade diplomática – que é uma consequência da imunidade dos Estados estrangeiros e com ela não se confunde. Enquanto a imunidade diplomática tem como sujeito apenas os agentes diplomáticos estrangeiros, a imunidade do Estado guarda relação com todos os atos imputáveis à esta pessoa jurídica soberana.

²⁰ Em 2004 foi aprovada a Convenção das Nações Unidas sobre a Imunidade de Jurisdição dos Estados e de suas Propriedades, mas esta Convenção ainda não entrou em vigor e o Brasil nem a assinou.

²¹ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de direitos humanos e direito comunitário. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 206-213.

eles, uma liberdade absoluta e selvagem e se subordina, juridicamente, a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos²².

Nesse contexto, surge a discussão sobre a possibilidade de relativização da imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros a partir da divisão dos seus atos em atos de império – aqueles que são uma manifestação da soberania estatal, como os atos de guerra – e atos de gestão – onde o Estado agiria em pé de igualdade com o particular. Nesta concepção, só os atos de império estariam acobertados pela imunidade de jurisdição.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Apelação Cível 9696/SP, entendeu que não haveria imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro em causas de natureza trabalhista ajuizadas após a Constituição Federal de 1988²³, adotando, aparentemente, a teoria da relativização acima apresentada.

Entretanto, no ano de 2012 a Corte Internacional de Justiça (CIJ) julgou o caso das Imunidades Jurisdicionais do Estado, envolvendo Alemanha e Itália, tendo a Grécia sido admitida como terceiro interveniente. No referido caso, a Alemanha acionou a CIJ alegando que a Itália havia violado a sua imunidade de jurisdição ao reconhecer a competência dos tribunais italianos para processar e julgar ações judiciais movidas por italianos contra a República Federal buscando reparação pela violação aos direitos humanos perpetrada durante a Segunda Guerra Mundial. Os tribunais italianos não apenas se consideraram competentes para conhecer os processos de conhecimento como também para efetuar a execução dos seus julgados, inclusive com o bloqueio de bens de propriedade da Alemanha.

Ao julgar o caso, a Corte Internacional de Justiça determinou que a Itália adotasse as medidas necessárias para que as decisões proferidas contra a Alemanha deixassem de gerar efeitos e, por conseguinte, fossem desfeitos os atos de constrição praticados, pois a imunidade de jurisdição estatal não poderia ser afastada nem mesmo diante de grave violação de direitos humanos²⁴.

Tendo em vista o entendimento recente da CIJ, caso as ações ajuizadas contra a China perante o Poder Judiciário brasileiro sejam julgadas procedentes, o Estado brasileiro estará violando uma norma costumeira de Direito Internacional e poderá ser submetido a julgamento perante a CIJ.

²² FERRAJOLI, Luigi. A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39-40.

²³ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25118>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

²⁴ INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening). Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/en/case/143>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

3.2 A possibilidade de responsabilização internacional da República Popular da China

Analisados os obstáculos que tornam inviável a responsabilização da China pelo Estado brasileiro, resta analisar a possibilidade de esta ocorrer no âmbito internacional. Para tanto, é preciso identificar se estão presentes os elementos constitutivos da responsabilidade internacional do Estado e, em caso positivo, qual seria o órgão competente para tal julgamento.

Como apresentado no item 1 deste trabalho, os elementos constitutivos da responsabilidade internacional tradicionalmente são três: a violação à norma internacional, o nexo causal e o dano, não tendo este último constado dentre os elementos elencados no projeto de Convenção das Nações Unidas sobre responsabilidade internacional dos Estados por atos ilícitos.

No caso da pandemia do Coronavírus, o elemento dano dispensa discussão a respeito da sua existência, diante dos inegáveis prejuízos gerados para quase todos os países do mundo. Por esse motivo, a análise sobre a possibilidade de responsabilização internacional da China focará nos outros dois elementos: a violação à norma internacional e o nexo causal.

3.2.1 A VIOLAÇÃO À NORMA INTERNACIONAL

Embora ainda não haja certeza científica a respeito da data de identificação do primeiro caso de contaminação pelo Coronavírus na China, cada vez mais pesquisas científicas são divulgadas indicando que o seu surgimento se deu em momento anterior a 31 de dezembro de 2019, quando a OMS foi notificada.

Caso sejam confirmadas tais pesquisas, isso significa que a China descumpriu o procedimento previsto no Regulamento Sanitário Internacional, tendo violado o seu dever de informação (art. 7º do RSI).

3.2.2 O NEXO CAUSAL (OU IMPUTABILIDADE)

A avaliação sobre a existência de nexo causal consiste em verificar se é possível imputar à violação da norma internacional a condição de causa dos danos ocorridos. No caso da análise da responsabilização internacional da China, investigar o nexo causal coincide com a averiguação se os danos decorrentes da pandemia do Coronavírus podem ser atribuídos à conduta da China, de possível violação ao Regulamento Sanitário Internacional.

Como ainda há muita divergência científica a respeito do momento de identificação do primeiro caso de contaminação pelo Coronavírus pela China, não é possível dimensionar a gravidade da violação ao RSI – ainda não se sabe se o atraso foi

de 1 dia ou alguns meses. Diante disso, e visando evitar especulações, o que se pode afirmar é que, considerando a facilidade de propagação do vírus, qualquer demora na adoção de medidas para sua contenção gera consequências de grande extensão.

Tendo em vista que a China é o país mais populoso do planeta e a 2ª maior economia do mundo, cada dia de atraso na notificação representou a possibilidade de contaminação de novas centenas de pessoas e a sua disseminação para outros países através dos viajantes que estavam no país quando os casos tiveram início.

Além disso, a demora na notificação deste episódio à OMS acarretou também o retardamento do início das medidas coordenadas para seu enfrentamento, por parte da comunidade internacional.

Identificados, numa análise superficial (como o momento atual permite), os elementos constitutivos da responsabilidade internacional, o ponto seguinte a ser analisado é o *locus* no âmbito internacional dotado de competência para processar e julgar uma eventual demanda contra a China.

3.2.3 A COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DA CHINA NO ÂMBITO INTERNACIONAL

O Regulamento Sanitário Internacional trata sobre a solução de controvérsias decorrentes da sua interpretação ou aplicação no artigo 56, estabelecendo que os Estados partes devem buscar resolver a controvérsia mediante negociação ou outro meio pacífico de solução de conflitos que escolherem. Apenas diante da ineficácia destes meios é que o caso poderá ser submetido ao Diretor-Geral da OMS e resolvido através da arbitragem.

Há duas exceções a esta regra previstas no mesmo art. 56 do RSI: quando o Estado houver expressado o interesse de se submeter desde o início à arbitragem, será dispensada a tentativa de solução consensual da controvérsia; e quando a controvérsia surgir entre a OMS e um Estado Parte, quando a questão será submetida à Assembleia de Saúde.

Diante disso, não haveria a possibilidade de deflagração de um processo visando a responsabilização da China pela violação ao procedimento estabelecido no RSI perante a Corte Internacional de Justiça (CIJ), porque este tribunal não é o órgão de solução de controvérsias decorrentes daquele tratado.

No âmbito da OMS a jurisdição da CIJ encontra amparo no art. 75 da sua Constituição:

Artigo 75

Qualquer questão ou divergência referente à interpretação ou aplicação desta Constituição que não for resolvida por negociações ou pela Assembleia da

Saúde será submetida ao Tribunal Internacional de Justiça, em conformidade com o Estatuto deste Tribunal, a menos que as partes interessadas concordem num outro modo de solução.

O que se verifica, porém, é que a Constituição da OMS reconhece a competência da CIJ para julgar as controvérsias referentes apenas à sua própria interpretação ou aplicação, e com base numa interpretação literal não é possível afirmar que esta competência alcançaria também controvérsias decorrentes dos demais tratados firmados no âmbito da OMS, a exemplo do RSI.

Sendo, então, necessário analisar se é possível imputar à China a violação a algum dispositivo da Constituição da OMS. Nesse aspecto, até pela sua natureza constitutiva, este tratado possui dispositivos voltados à estrutura e funcionamento da organização internacional que inaugura, o que dificulta a identificação de normas passíveis de serem violadas pelos Estados partes.

A partir da análise da conduta da China à luz da Constituição da OMS, a única hipótese de atração da competência da Corte Internacional de Justiça que conseguimos identificar é se ficar demonstrado que, com a sua conduta, o Estado chinês impediu que a OMS cumprisse algumas de suas funções previstas no artigo 2º da Constituição, como “fornecer a assistência técnica apropriada e, em caso de urgência, a ajuda necessária, a pedido dos Governos ou com o seu consentimento”, “estabelecer normas para métodos de diagnóstico, conforme for necessário” e “dum modo geral, tomar as medidas necessárias para alcançar os fins da Organização”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A elaboração do presente trabalho trouxe alguns desafios especiais: primeiro, por estar se tratando de um fato cuja análise de suas consequências ocorre simultaneamente ao seu acontecimento – a pandemia é uma realidade cujo término ainda não é previsível; em seguida, a falta de outros escritos a respeito do tema, merecendo destaque o ensaio do Prof. Valério Mazzuoli, publicado a menos de um mês. Além disso, embora responsabilidade internacional do Estado constitua um dos princípios basilares do Direito Internacional contemporâneo, a sua abordagem a partir da violação de normas sanitárias não é algo corriqueiro, dificultando ainda mais a pesquisa realizada. O fato de ter como objeto a análise de um evento que ainda está acontecendo, torna as conclusões encontradas parciais, porém, suficientes para fomentar o debate a seu respeito.

Após analisarmos os elementos constitutivos da responsabilidade internacional dos Estados, conceito essencial para o desenvolvimento da investigação aqui apresentada, realizamos um levantamento sobre as normas da Organização Mundial de Saúde que tratam sobre o procedimento a ser adotado pelos Estados em casos de

descoberta de uma doença nova. Esta busca nos levou ao Regulamento Sanitário Internacional, aprovado em 2005 e em vigor desde 2007.

Ato contínuo, no intuito de alcançar o objetivo geral deste trabalho, que era investigar a possibilidade de responsabilização internacional da China pela violação de normas sanitárias internacionais no caso da pandemia do Coronavírus, passamos a analisar a conformidade da conduta da China com o procedimento previsto.

Neste ponto, as incertezas científicas do momento atual, que não permitem saber com exatidão a data em que foi identificado o primeiro caso do Coronavírus torna incerta a avaliação sobre a violação do Regulamento Sanitário Internacional pela China e a extensão dos efeitos desta violação.

Diante disso, não é possível afirmar a possibilidade de responsabilização, mas apenas indicar em quais cenários esta seria plausível. No entanto, não se pode desconsiderar que, ainda que possa ser possível imputar a China a violação das normas sanitárias internacionais, é preciso lembrar que esta equação possui outras variáveis difíceis de serem determinadas, como o grau de responsabilidade da própria OMS pela demora na declaração da pandemia.

Essas questões extrapolam os limites deste trabalho e serão objeto de investigação posterior.

REFERÊNCIAS

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. **Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)**. Disponível em: <<https://www.icj-cij.org/en/case/143>>. Acesso em: 14 mai. 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Responsabilidade internacional dos Estados por epidemias e pandemias transnacionais: o caso da Covid-19 provinda da República Popular da China**. In: GOMES, Carla Amado; MIRANDA, Jorge; PENTINAT, Susana Borrás (Org.). *Diálogo ambiental, constitucional e internacional*. 1ed. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2020, v. 10, p. 568-624. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2020/04/e-book_DialogoAIC_vol10.pdf>. Acesso: 14 mai. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. **A ONU e a saúde**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/saude/>>. Acesso em: 14 mai 2020.

OMS. **COVID-19: cronología de la actuación de la OMS**. Disponível em: <<https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>>. Acesso em 14 mai. 2020.

_____. **Documentos básicos**. Disponível em: <<https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf>>. Acesso em: 14 mai 2020.

_____. **Neumonía de causa desconocida – China**. 05 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/csr/don/05-january-2020-pneumonia-of-unkown-cause-china/es/>>. Acesso em 14 mai. 2020.

_____. Novel Coronavirus(2019-nCoV), **Situation Report – 10**, 31 de jan. 2020. Disponível em: <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200130-sitrep-10-ncov.pdf?sfvrsn=d0b2e480_2>. Acesso em 14 mai. 2020.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: incluindo noções de direitos humanos e direito comunitário**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2020

GRATUIDADE DA JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA: POR UM AMPLO ACESSO À JUSTIÇA

Ana Beatriz Lisboa Pereira Melo²⁵

RESUMO: O acesso à Justiça, aqui entendido como amplo acesso ao Judiciário, garantia essencial no Estado de Direito contemporâneo, demanda políticas públicas de gratuidade da justiça que indiquem alternativas para o pagamento de taxas e custas judiciárias para as partes em processos judiciais. O Brasil avançou muito no tratamento da matéria no CPC 2015 com implicações também no processo do trabalho, reguladas ainda pela lei nº 13.467 de 2017, conhecida como Reforma Trabalhista. Apesar disso, não há nestes dispositivos normativos previsão expressa de regras para momentos de calamidade pública, como a pandemia de COVID 19 atual, razão pela qual é necessária uma ampla e engajada atuação de advogados, juízes e promotores para garantir que os custos do processo, nestes tempos, não se converterão em obstáculos intransponíveis ao acesso ao judiciário, ou ainda, óbices a duração razoável do processo.

Palavras-chave: Direito; Processo Civil; Processo do Trabalho, Acesso à Justiça; Gratuidade da Justiça; Calamidade Pública; Pandemia.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil reconheceu situação de calamidade pública, através do Decreto Federal 06/2020, admitindo que a grave situação que assolou diversos países no mundo aqui se estabelecia, requerendo medidas extremas, como o isolamento social. Especificamente na Bahia, tal situação consolidou-se com o Decreto Estadual n. 19.529 de 16/03/2020, que suspendeu, pelo prazo de 90 dias, podendo ser prorrogado, uma série de atividades tais como escolas, torneios esportivos, realização de eventos coletivos para público igual ou superior a 500 (quinhentas) pessoas, realizados por órgãos ou entidades da Administração Pública direta, indireta, privados, com ou sem fins lucrativos, entre outros.

Em verdade, na maior parte dos Estados da federação, e também nos Municípios, foram editadas normas com medidas complementares para o enfrentamento da pandemia provocada pelo coronavírus, com ampla lista de atividades com funcionamento suspenso e medidas adicionais de isolamento social ou, eventualmente, *lock down*.

Importante notar que, face a gravidade e imprevisibilidade da situação, ainda não foi apresentado pelo poder público nenhum programa de enfrentamento da crise

²⁵ Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, Especialista em Direito Internacional Público pela Universidade de Paris II, Advogada, professora da Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Bahia - Campus I.

econômica à médio e longo prazo. No entanto sabe-se que, ainda que cessem os efeitos do isolamento social e da calamidade pública a retomada da atividade econômica não será rápida.

Neste cenário, empresas encerram ou mesmo suspendem suas atividades, pessoas estão desempregadas ou sem renda, e a falta de liquidez será a tônica da economia durante os próximos meses, quiçá anos.

Muitos conflitos de interesse eclodirão como consequência deste panorama, notadamente no âmbito civil e trabalhista, pelo que o acesso à Justiça, entendido como o acesso à jurisdição, deve ser encarado como desafio central tanto do ponto de vista da celeridade e eficácia, mas também, e sobretudo, na questão do enfretamento e superação dos obstáculos ao seu pleno e efetivo gozo.

Neste sentido faz-se essencial a discussão sobre a questão das taxas e custas judiciárias, e seu tratamento nos tempos vindouros. Se é verdade que muito já evoluímos na disciplina jurídica deste instituto, com diversas possibilidades para os sujeitos processuais tais como: parcelamento, redução proporcional, ou mesmo pagamento ao final, também é verdade que ainda temos uma máquina judiciária excessivamente burocrática e conservadora na interpretação e aplicação das garantias de acesso à justiça.

Exigem-se milhares de documentos, julga-se pelas aparências, indefere-se imotivadamente benefícios de gratuidade, e muitas vezes decide-se tendo em vista os interesses da máquina estatal, muito mais do que as garantias dos cidadãos.

Prova disso é o número de decisões emitidas por Tribunais Estaduais pátrios, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça, STJ, reformando decisões de primeiro grau que indeferem o benefício da gratuidade sob o simples argumento de que a parte estaria patrocinada por advogado particular:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. NECESSIDADE DE PROVA ESCRITA DA PRÉVIA INTERPELAÇÃO DA VENDEDORA. QUESTÃO QUE DEVERÁ SER APRECIADA NA SENTENÇA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO APENAS PARA AFASTAR A EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO CONTRATO DE HONORÁRIOS PARA ANÁLISE DA IMPUGNAÇÃO À JUSTIÇA GRATUITA. 1. Ação de adjudicação compulsória. Necessidade de prova escrita acerca da prévia interpelação da vendedora que deverá ser apreciada na sentença. 2. Manutenção da decisão agravada nesse aspecto, eis que não traz imediato prejuízo à parte autora. 3. Recurso que deve ser parcialmente provido, apenas para afastar a exigência de apresentação do contrato de honorários para análise da impugnação à justiça gratuita. 4. **Contratação de advogado particular que, por si só, não indica a capacidade financeira para custeio do processo sem prejuízo da subsistência dos autores.** Precedentes. 5. Agravo de instrumento dos autores parcialmente provido. (TJ-SP - AI: 20441629520138260000 SP 2044162-95.2013.8.26.0000, Relator: Alexandre Lazzarini, Data de Julgamento: 04/02/2014, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/02/2014) **grifos inautênticos**

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. COBRANÇA DE HONORÁRIOS CONTRATUAIS. CONTRATANTE QUE LITIGARA SOB A PROTEÇÃO DA JUSTIÇA GRATUITA. IRRELEVÂNCIA. VERBA QUE NÃO É ALCANÇADA PELOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS PELA LEI N. 1.060/50. 1. 'Nada impede a parte de obter os benefícios da assistência judiciária e ser representada por advogado particular que indique, hipótese em que, havendo a celebração de contrato com previsão de pagamento de honorários ad exito, estes serão devidos, independentemente da sua situação econômica ser modificada pelo resultado final da ação, não se aplicando a isenção prevista no art. 3º, V, da Lei nº 1.060/50, presumindo-se que a esta renunciou' (REsp 1.153.163/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/6/2012, DJe 2/8/2012).

2. Entendimento contrário tem a virtualidade de fazer com que a decisão que concede a gratuidade de justiça apanhe ato extraprocessual e pretérito, qual seja o próprio contrato celebrado entre o advogado e o cliente, interpretação que vulnera a cláusula de sobredireito da intangibilidade do ato jurídico perfeito (CF/88, art. 5º, inciso XXXVI; LINDB, art. 6º). 3. Ademais, estender os benefícios da justiça gratuita aos honorários contratuais, retirando do causídico a merecida remuneração pelo serviço prestado, não viabiliza, absolutamente, maior acesso do hipossuficiente ao Judiciário. Antes, dificulta-o, pois não haverá advogado que aceitará patrocinar os interesses de necessitados para ser remunerado posteriormente com amparo em cláusula contratual ad exitum, circunstância que, a um só tempo, também fomentará a procura pelas Defensorias Públicas, com inegável prejuízo à coletividade de pessoas - igualmente necessitadas - que delas precisam. 4. Recurso especial provido" (STJ, REsp 1.065.782/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe de 22/03/2013).

"JUSTIÇA GRATUITA. EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE PATROCÍNIO GRATUITO INCONDICIONAL. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PRECEDENTES. (...) 2. É possível o gozo da assistência judiciária gratuita mesmo ao jurisdicionado contratante de representação judicial com previsão de pagamento de honorários advocatícios ad exitum. 3. Essa solução é consentânea com o propósito da Lei n. 1.060/1950, pois garante ao cidadão de poucos recursos a escolha do causídico que, aceitando o risco de não auferir remuneração no caso de indeferimento do pedido, melhor represente seus interesses em juízo. 4. **A exigência de declaração de patrocínio gratuito incondicional não encontra assento em qualquer dispositivo da Lei n. 1.060/1950, criando requisito não previsto, em afronta ao princípio da legalidade.** 5. Precedentes das Terceira e Quarta Turmas do STJ. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido, com determinação de retorno dos autos à origem para processamento da apelação" (STJ, REsp 1504432 - RJ Relator : Ministro OG FERNANDES julgado em 21/09/2016).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA AO CONTRATANTE DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS AD EXITUM. **É possível o deferimento de assistência judiciária gratuita a jurisdicionado que tenha firmado com seu advogado contrato de honorários com cláusula ad exitum.** Essa solução é consentânea com o propósito da Lei n. 1.060/1950, pois garante ao cidadão de poucos recursos a escolha do causídico que, aceitando o risco de não auferir remuneração no caso de indeferimento do pedido, melhor represente seus interesses em juízo. **Ademais, eventual exigência de declaração de patrocínio gratuito incondicional não encontra assento em qualquer dispositivo da Lei n. 1.060/1950, tratando-se de requisito não previsto, em afronta ao princípio plasmado no art. 5º, II, da CF.** A propósito, a Quarta Turma do STJ, no julgamento do RMS 7.914-RJ (DJ 28/6/1999), registrou: "não se pode aplaudir a exigência de que o advogado declare que exercerá o patrocínio gratuito, pois tal não está na lei, a qual se contenta com a aceitação, pelo profissional indicado

pela parte, da escolha feita (art. 5º, § 4º, da Lei n. 1.060/50)."Precedentes citados: REsp 1.153.163-RS, Terceira Turma, DJe 2/8/2012; REsp 1.404.556-RS, Terceira Turma, DJe 1º/8/2014; e REsp 1.065.782-RS, Quarta Turma, DJe 22/3/2013". (Informativo nº 0590, de 16/09 a 03/10/2016).

A manutenção desta forma de agir, como se demonstrará a seguir, não apenas não se coaduna com a função social do instituto, e com a maximização da garantia constitucional de acesso à Justiça, mas, em tempo de calamidade pública podem significar o alijamento e exclusão de conflitos da apreciação do Judiciário ou a prorrogação dos feitos judiciais em intermináveis discussões sobre a concessão ou não da gratuidade.

Neste sentido, o presente artigo pretende discutir a questão da gratuidade da justiça em tempo de calamidade pública, especificamente a pandemia de corona vírus, refletindo sobre a possibilidade de interpretação do instituto que, respeitando a sua função social, minimize os efeitos excludentes e marginalizadores da crise econômica no âmbito da Justiça e do acesso ao judiciário.

2. GRATUIDADE DA JUSTIÇA E ACESSO A JUSTIÇA

O acesso à Justiça, entendido como acesso ao Judiciário encontra-se consagrado nas constituições ocidentais contemporâneas, bem como nos tratados internacionais de direitos humanos, como garantia essencial à vida digna dos cidadãos.

A Constituição Brasileira de 1988 reconheceu a garantia constitucional de acesso à justiça, também denominada de princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrando-a expressamente, no rol de direitos fundamentais do artigo 5º, em seu inciso XXXV, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.²⁶

Da mesma forma, a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário, reconheceu esta garantia em seu artigo 8º:

Art. 8º. Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer

²⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal.

acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.²⁷

Isto porque, no Estado de direito moderno, entendido como aquele em que o ordenamento jurídico regula as condutas humanas intersubjetivas, garantido os sujeitos contra lesões e ameaças aos seus direitos, a tutela estatal revela-se como único caminho para preservar a segurança jurídica e impedir que os conflitos levem instabilidades e desgastes à convivência social.

O monopólio da tutela dos direitos pela jurisdição estatal, marca indelével da modernidade, tem sofrido flexibilizações pelo reconhecimento da eficácia de métodos alternativos de solução de conflitos, mas ainda segue sendo, sobretudo para a massa da população, notadamente em caso de direitos indisponíveis, o único caminho para solucionar conflitos de interesse.

Vários autores dedicaram-se ao estudo amplo e aprofundado desta garantia de acesso à Justiça, sendo a obra mais difundida e comentada a de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, intitulada *Acesso à Justiça*. Aqui, os autores indicam que o pagamento de taxas e custas judiciárias revela-se um problema ao acesso amplo ao judiciário em todo mundo:

A resolução formal de litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas. Se é certo que o Estado paga os salários dos juizes e do pessoal auxiliar e proporciona os prédios e outros recursos necessários aos julgamentos, os litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução de uma lide, incluindo os honorários advocatícios e algumas custas judiciais.²⁸

Pelo que, o direito à gratuidade da Justiça é uma dimensão indelével da garantia de acesso à justiça, e deve, por sua natureza constitucional indicar que, independentemente de existência de patrimônio, de rendimentos, da constituição de advogado particular ou da condição de miserabilidade econômica, ser concedido à aqueles que, no momento da submissão de sua pretensão ao Poder Judiciário, não possuam condições de arcar com as custas, sem prejuízo próprio ou de sua família.

Desta forma, a articulação e regulação dos procedimentos em todo mundo ocidental, e mais recentemente no Brasil com o CPC de 2015, criaram novas regras para o instituto da gratuidade da Justiça que visam, à luz das circunstâncias concretas de cada caso, permitir ao Juiz encontrar a solução mais adequada, permitindo que os custos do processo não se traduzam em obstáculo intransponível ao acesso à Justiça para demandantes e demandados em processos judiciais.

²⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, pag 31

3. GRATUIDADE DA JUSTIÇA NOS PROCESSOS CIVIL E TRABALHISTA NO BRASIL

O instituto da gratuidade da Justiça foi definitivamente incorporada no nosso ordenamento jurídico desde a promulgação da lei 1.060 de 1950, e ganhou *status* constitucional na Magna Carta de 1988, que em seu artigo 5º inciso LXXIV estabelece que: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Recentemente, a Lei n. 13.105 de 2015, conhecida como Novo Código de processo Civil, regulamentou de forma sem precedentes o instituto da gratuidade da Justiça, em seus artigos 98 a 102, com estabelecimento de diversas formas e modalidades de concessão do benefício.

Inicialmente já em seu artigo 98 o CPC/2015, amplia a possibilidade de concessão dos benefícios à pessoas jurídicas e estrangeiras, estabelecendo que: “A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei”.

Note-se que tal artigo refere-se a denominada miserabilidade jurídica, como condição para concessão dos benefícios da justiça gratuita, o que não se confunde com a miserabilidade financeira ou econômica, porque representa impossibilidade de pagar as despesas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Ou seja, não se confunde com a impossibilidade pura e simples de quitá-las, por total carência de recursos financeiros disponíveis.

O § 1º do supra citado artigo 98, cuida ainda de enumerar as verbas englobadas pela isenção legal, ampliando significativamente o rol constante do artigo 3º da lei 1.060./50, a saber:

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

I – as taxas ou as custas judiciais;

II – os selos postais;

III – as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;

IV – a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;

V – as despesas com a realização de exame de código genético – DNA e de outros exames considerados essenciais;

VI – os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;

VII – o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;

VIII – os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

IX – os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessários à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual ou benefício tenha sido concedido.

Saliente-se que, em seu § 2º o supra citado artigo indica que a concessão do benefício da gratuidade da justiça não afasta a responsabilidade por despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes da sucumbência, muito embora, este mesmo artigo, em seu § 3º, reconheça a concessão da gratuidade como condição suspensiva da exigibilidade destes créditos, ficando a pretensão executória submetida a alteração das condições econômico-financeiras da parte condenada, nos cinco anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que fixou a sucumbências, sob pena de prescrição.

Também está excluído da gratuidade da Justiça, nos termos do § 4º do artigo 98 as multas processuais, tais como multas por litigância de má fé ou embargos protelatórios.

Outra grande inovação do CPC/15 foi a possibilidade, estabelecido pelo § 5º do artigo 98, de deferimento da gratuidade para alguns atos processuais ou a concessão de redução do percentual de despesas processuais que tiverem que ser adiantadas no curso do procedimento.

Do ponto de vista, do momento processual para apresentar o pedido de concessão do benefício da gratuidade da Justiça, o artigo 99 do CPC reconheceu a possibilidade de formulação na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso, ou seja, a solicitação do benefício pode, a rigor, ser feita a qualquer tempo, notadamente quando há alteração nas condições econômico financeiras da partes durante o processo.

Não obstante o tratamento da matéria em lei federal, é importante consignar que a cobrança de custas no Brasil segue sendo matéria de grande complexidade em função da autonomia constitucional, prevista no artigo 24, IV da Constituição federal, de que dispõem os Estados federativos para definir e regular suas estruturas judiciárias – a Justiça Estadual.

Pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, CNJ, no ano de 2019, e denominada Diagnósticos das Custas processuais praticadas nos Tribunais, comparou os valores de custas judiciárias nas unidades da federação, concluindo que há imensa heterogeneidade nas práticas adotadas em cada uma das vinte e sete unidades da federação.

A heterogeneidade acima apontada diz respeito não apenas aos valores de custas, mas também ao próprio método e aos critérios utilizados para sua fixação. Assim apurou-se que, no tocante as custas recursais, por exemplo, a maioria dos tribunais estaduais, 59%, determina valores fixos para as suas custas recursais, enquanto 22% fixam os valores das custas recursais com base em percentual do valor da causa, 11% utilizam-se da faixa de valores, atribuindo a intervalo de valores da causa um valor fixo de custas correspondente e, ainda 8% utilizam modelo híbrido com faixas de percentual do valor da causa e faixas de valores fixos.

No tocante aos valores das custas são muitas as discrepâncias apontadas pelo CNJ neste mesmo estudo, senão vejamos:

Os valores mínimos das custas iniciais variam de R\$ 5,32, na Justiça Federal, a R\$ 556,94, no TJMT. Portanto, as custas mínimas no TJMT são mais de cem vezes as observadas no TJAL. Nove tribunais estaduais possuem custas mínimas menores que R\$ 100,00. São eles: o TJAL (R\$ 5,45), o TJAM (R\$ 10,50), o TJDFT (R\$ 33,37), o TJCE (R\$ 43,72), o TJTO (R\$ 74,00), o TJRJ (R\$ 83,29), o TJMA (R\$ 84,00), o TJBA (R\$ 90,00) e o TJRO (R\$ 93,94). A Justiça Federal apresenta custas iniciais mínimas superiores a R\$ 100,00. Por outro lado, assim como o STJ e o STF, cinco Tribunais de Justiça possuem custas mínimas superiores a R\$ 300,00. São eles, além do TJMT: o TJGO (R\$ 336,393), o TJPR (R\$ 348,64), o TJMG (R\$ 391,66) e o TJMS (R\$ 431,55).

[...]

As custas iniciais máximas, por sua vez, variam de R\$ 372,22, no STJ, a R\$ 113.460,39 no TJGO. Portanto, as custas máximas no TJGO são mais de 300 vezes as observadas no STJ.

[...]

Oito Tribunais de Justiça, além dos Tribunais da União, possuem custas máximas menores que R\$ 10.000,00. São eles: o já citado TJDFT, o TJRR (R\$ 1.578,66), o TJPR (R\$ 3.152,66), o TJAL (R\$ 3.605,75), o TJSC (R\$ 5.000,00), o TJRN (R\$ 7.793,64), o TJCE (R\$ 8.550,46) e o TJPA (R\$ 9.186,88). Por outro lado, sete tribunais estaduais possuem custas máximas iguais ou superiores a R\$ 50.000,00. São eles, além do TJGO: o TJRO (R\$ 50.000,00), o TJTO (R\$ 54.000,00), o TJMT (R\$ 54.605,14), o TJPB (R\$ 55.528,00), o TJBA (R\$ 60.279,14) e o TJSP (R\$ 79.590,00).²⁹

Por outro lado, se na Justiça do Trabalho a variação do valor das custas é praticamente inexistente, vez que trata-se de justiça federal, a aplicação do benefício da gratuidade da justiça foi obstada por muito tempo por falta de previsão legal expressa.

Além disso, a inexistência de ônus da sucumbência, mais especificamente condenação em honorários advocatícios, retardou ou mesmo minimizou, por muito tempo uma discussão mais ampla na doutrina e na jurisprudência.

Assim, muito embora fosse comum a concessão do benefício a empregados, com base na lei 1.060 de 1950, poucas decisões reconheciam este direito a pessoas jurídicas.

²⁹ CNJ. Diagnostico das custas processuais praticadas nos tribunais, pág. 15 e 16 disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/relat_custas_processuais2019.pdf

Atualmente a questão ganhou maior relevo pela previsão legislação pátria, mais especificamente na Lei 13.467 de 2017, denominada reforma trabalhista, de condenação em honorários da parte sucumbente, redução de custos de depósitos recursais para pequenos e micro empresários, e possibilidade de concessão do benefício a pessoas jurídicas, inclusive com exclusão da obrigatoriedade do depósito recursal:

Art. 899 - Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora.

[...]

§ 10. **São isentos do depósito recursal os beneficiários da justiça gratuita**, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Portanto, nota-se que a legislação pátria avançou consideravelmente nos últimos anos na consagração de alternativas que viabilizassem a necessidade de custeio do Poder Judiciário, com o amplo irrestrito acesso à Justiça. Neste sentido as palavras do Ministro Dias Tofoli:

As custas judiciais possuem dupla função. A primeira função é ser fonte de recursos financeiros destinados a custear a prestação de serviço jurisdicional. A segunda, desempenhar papel educativo, na medida em que a cobrança, a depender dos valores, pode mitigar o abuso do direito de acesso ao Judiciário.

Tais funções devem atuar em harmonia no Sistema Judiciário, a fim de que custas, taxas e despesas processuais não configurem nem óbice ao acesso à Justiça nem estímulo à litigância excessiva, em consonância com o entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante n. 667, segundo o qual “viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa.”³⁰

Sem dúvida, os mecanismos legais acima identificados trazem alternativas para o enfrentamento das consequências da pandemia de corona vírus na economia e seus efeitos sobre a Justiça. Resta agora que magistrados, advogados e promotores, todos os atores do processo, conduzam o procedimento, e produzam decisões judiciais, com vistas à garantir acesso amplo e efetivo à Justiça para todos.

4. GRATUIDADE DA JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA; INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA COMO FORMA DE MAXIMIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Como já se demonstrou a Constituição brasileira em seu artigo 5º inciso LXXIV garante a concessão da assistência judiciária integral a quem comprovar insuficiência de recursos. Da mesma forma, garante no inciso XXXV do

³⁰ CNJ. Diagnostico das custas judiciais praticadas pelos tribunais, pag 06. disponível em https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/relat_custas_processuais2019.pdf

artigo 5º que não se excluirá de apreciação pelo Poder Judiciário, lesão ou ameaça de lesão a direito.

Também resta claro da análise da regulamentação legal da gratuidade da Justiça que a ideia de necessidade, na qual se ancora tal garantia não se confunde com o critério econômico de miséria e/ou a pobreza.

Neste sentido, se não se pode, e não se deve, conceder a todos de forma irrestrita a gratuidade da Justiça, ela também não deve ser considerada um privilégio de poucos, ou mesmo um isenção apenas para aqueles que já se encontram em situação de exclusão econômica.

Isto porque as custas judiciais podem, no âmbito da Justiça, ampliar a situação de exclusão e marginalização, colocando à margem do Poder Judiciário, pessoas e empresas, de pequeno e médio porte, que não podem fazer frente aos vultosos custos de um processo.

A prudência, ancorada no corolário máximo da razoabilidade, indicam que se deve priorizar a verificação da miserabilidade jurídica, a saber a impossibilidade de pagar as custas e despesas processuais, sem prejuízo de seu próprio sustento, nada mais.

Esta diferença, entre miserabilidade econômica e miserabilidade para fins jurídicos aumenta de importância nas atuais circunstâncias, pandemia de coronavírus, e com as consequências econômicas que advirão das necessárias medidas de isolamento social.

Espera-se para os próximos meses uma economia marcada pelo desemprego, pela falta de liquidez, pelo aumento do endividamento. O desequilíbrio nas relações sociais próprias de uma crise: reclamações trabalhistas, revisão de contratos, despejos, causas consumeristas desembocará, em grande parte, no Judiciário.

Muitas causas, de alto valor econômico, não traduzirão necessariamente a situação daquele que pleiteia em Juízo. Imagine-se uma revisional dos juros de financiamento de um imóvel, feita por alguém cuja renda caiu, a qual tenha que ser dado o valor integral do contrato de aquisição do bem. As custas judiciais, se exigidas, tornariam inviável a propositura da ação.

Na seara trabalhista muitas empresas, cujas atividades estão paralisadas, não tem como fazer face aos depósitos recursais, sem com isso colocar-se em situação de grande vulnerabilidade econômica que pode, inclusive, determinar o encerramento de suas atividades.

Doutro lado, a prova da miserabilidade jurídica também não será simples vez que os documentos produzidos antes da pandemia não se prestarão a comprovar as dificuldades próprias deste momento.

Já começam a aparecer na jurisprudência pátria alguns poucos exemplos de decisões que concedem a gratuidade da Justiça, a partir da presunção de incapacidade face as condições deste momento de pandemia. Neste sentido:

Sem prejuízo, considerando a notória crise financeira que assola nosso país decorrente da paralisação das atividades comerciais provocada pela pandemia causada pelo contágio pelo vírus SARS-CoV-2, causador da COVID-19, concedo à impetrante os benefícios da gratuidade judiciária. (TJ-MS - MS: 14049523220208120000 MS 1404952-32.2020.8.12.0000, Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Data de Julgamento: 06/05/2020, Órgão Especial, Data de Publicação: 08/05/2020)

No entanto, a maioria das decisões seguem alheias as circunstâncias extraordinárias enfrentadas:

DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. EXECUÇÃO. GARANTIA DO JUÍZO. No Processo do Trabalho não se pode discutir a execução sem a garantia integral do Juízo, por força de previsão contida no art. 884 da CLT.

DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA

Pretende a ré que lhe seja deferido o benefício da justiça gratuita.

Argumenta que não possui condições financeiras de arcar com as custas processuais, bem como com os honorários advocatícios; que auferiu lucro mensal inferior a 40% do limite máximo do RGPS, fazendo, pois, jus ao benefício ora postulado, nos termos da nova redação do §3º do art. 790, da CLT. (ID. 40351d6 - Pág. 4/5)

Sem razão.

Após o advento da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), afastou-se por vez a questão que há muito existia de ser a gratuidade de justiça extensível às pessoas jurídicas.

Com efeito, dispõe o parágrafo 4º do art. 790 da CLT, verbis:

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

Contudo, no presente caso, a ré não faz jus ao benefício da gratuidade de justiça.

Isso, porque as alegações da agravante de que não pode fazer face às despesas do processo são órfãs de prova, pelo que não há como lhe deferir o favor legal postulado.

Não demonstrou a ré de forma inequívoca seu estado de hipossuficiência econômico-financeira, nem que sua atividade tenha sofrido algum tipo de solução de continuidade.

Por conseguinte, não restando comprovada a insuficiência de recursos da recorrente, impõe-se o indeferimento da gratuidade de justiça. Nego provimento.

Agrava a ré alegando enfrentar grande dificuldade financeira em decorrência da quarentena provocada pelo corona vírus; que houve reconhecimento de estado de calamidade pública pelos Governos Federal, Estadual e Municipal; que, portanto, deve ser deferida a suspensão momentânea dos pagamentos, nos termos do art. 393 do Código Civil. (ID. 7dc65df - Pág. 4/5)

Sem razão.

Para que reste caracterizado o fato do príncipe previsto no art. 486 da CLT, mister que ocorra a inviabilização das atividades empresariais, com paralisação temporária ou definitiva do trabalho, em virtude de ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei, o que não se amolda à hipótese dos autos.

Frise-se que a o ramo econômico explorado pela ré (padaria) foi uma das exceções ao fechamento do comércio em razão da crise do corona vírus, conforme previsto no Decreto Municipal n. 47.282 de 21 de março de 2020, não ocorrendo, pois, paralisação de suas atividades.

O fato de a empregadora estar atravessando crise financeira não constitui motivo de força maior (art. 501 da CLT) apto a justificar o inadimplemento dos haveres contratuais e rescisórios.

[...]

(TRT-1 - AP: 01001654020195010033 RJ, Relator: DALVA AMELIA DE OLIVEIRA MUNOZ CORREIA, Data de Julgamento: 03/06/2020, Oitava Turma, Data de Publicação: 11/06/2020)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – Ausência de omissão ou outro vício que dê ensejo a qualquer modificação no julgado – Prequestionamento – Providência cabível apenas quando a decisão embargada, efetivamente, padece de obscuridade, contradição ou omissão, vícios não verificados no caso concreto – Embargos rejeitados.

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - Agravo de Instrumento - Revogação do benefício – Adequação

Elementos dos autos que não se coadunam com a alegada hipossuficiência - Pessoa jurídica integrante do polo ativo, ademais, a quem cabia fazer prova cabal de sua hipossuficiência financeira Pedido alternativo para o recolhimento de custas ao final - Impossibilidade, sem a comprovação da momentânea impossibilidade da parte de arcar com as despesas do processo - Decisão mantida -Recurso improvido.”

Alegam os embargantes a existência de contradições no v. acórdão, que manteve a decisão que revogou a gratuidade processual que anteriormente lhes foi concedida pelo juízo. Afirmam que “... Conforme já reiteradamente esclarecido nos autos, houve uma queda significativa no ramo de fabricação e venda de vidros blindados, o que, sem dúvidas, impactou significativamente sua atividade econômica, vez que seu faturamento teve uma atualmente enfrenta uma pandemia mundial causada pelo Corona Vírus (COVID-19), o que implicou na adoção de medidas drásticas pelo Estado para impedir a propagação da epidemia, que irão causar incontáveis e até irremediáveis prejuízos na economia mundial...”, “... Revogar o pedido de gratuidade da justiça, já concedido anteriormente aos Embargantes é negar-lhes o acesso à Justiça. Se, portanto, os custos de um processo judicial são impedimento ao acesso à Justiça, o Estado, a fim de minimizar tal situação, deve assegurar a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos ...”. Sustentam, por fim, que não possuem condições de pagar as custas processuais, uma vez que são HIPOSSUFICIENTES, motivo pelo qual requerem lhes seja deferido o benefício da gratuidade da Justiça, com fulcro no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, na Lei Federal n. 1.060/50.

[...]

Ainda que a contratação de advogado particular, por si só, não impeça a concessão dos benefícios da gratuidade, na hipótese, ela está aliada aos demais elementos citados, que não se coadunam com a alegada hipossuficiência de recursos para fazer frente às despesas do processo.

De outra parte, a decisão agravada afirmou que, a despeito da documentação trazida aos autos indicar um grande número de ações ajuizadas contra a agravante, do que se pode concluir pelo descumprimento de suas obrigações, não se pode por outro lado, concluir pela existência de

hipossuficiência tamanha, que inviabilize o pagamento das despesas processuais pelos ora agravantes.

E os agravantes não trouxeram nada a este recurso que permitisse alterar as conclusões alcançadas pelo D. Magistrado a quo.

(TJ-SP - EMBDECCV: 22483019620198260000 SP 2248301-96.2019.8.26.0000, Relator: Caio Marcelo Mendes de Oliveira, Data de Julgamento: 01/06/2020, 32ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/06/2020)

GRATUIDADE DE JUSTIÇA – Requisitos – Declaração de pobreza firmada pelos requerentes do benefício – Presunção de veracidade não corroborada com outros elementos de prova – Verossimilhança não demonstrada - Decisão mantida – RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

A mera contratação de advogada particular não impede a concessão da gratuidade, conforme expressa previsão legal, sobretudo considerando que boa parte dos contratos de prestação de serviços advocatícios são na modalidade ad exitum.

Todavia, no caso dos autos, há outros elementos indicando que a agravante reúne condições financeiras de custear o processo.

Conforme declaração de imposto de renda de 2017 (fls. 140 deste agravo), recebe mensalmente aproximadamente R\$ 4.300,00 e possui dois imóveis residenciais, carro e moto (patrimônio total de R\$ 292.819,00).

Aduz que são seus filhos que arcam com as prestações dos financiamentos dos veículos, mas não apresenta qualquer prova nesse sentido. Com relação à casa que não lhe serve de moradia (localizada na rua Simão Bolívar), não esclarece qual sua destinação, se lhe rende alugueres etc.

Além disso, deixa de apresentar extratos bancários do corrente ano ou comprovantes de despesas ordinárias, indicando que toda sua renda estaria comprometida.

Por fim, afirma vagamente que a situação atual da pandemia de Corona Vírus prejudicou as atividades laborativa de suas filhas, obrigando-a a ampará-las, mas também não junta nenhum elemento apto a comprovar referido revés econômico.

Assim, analisadas as circunstâncias fáticas contidas nos autos, por ora, não há como corroborar a condição de miserabilidade pretendida pela agravante, razão pela qual fica mantida a decisão.

(TJ-SP - AI: 20883425520208260000 SP 2088342-55.2020.8.26.0000, Relator: Spencer Almeida Ferreira, Data de Julgamento: 21/05/2020, 38ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/05/2020)

Outra alternativa, também ainda pouco aceita pelos Tribunais é o parcelamento das custas previsto no artigo 98 do CPC ou mesmo seu pagamento ao final:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – JUSTIÇA GRATUITA – AUSÊNCIA DE PROVA DA HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA – PARCELAMENTO – POSSIBILIDADE – ART. 98, § 8º, DO CPC – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Os agravantes não comprovaram sua hipossuficiência financeira para fazer jus ao benefício da justiça gratuita. Apesar disso, não há óbice ao parcelamento, sobretudo diante da atual situação de instabilidade econômica que a população do país vem enfrentando ante à imposição de quarentena decorrente do surto iminente de Corona Vírus, conforme autoriza o art. 98, § 6º, do CPC. (TJ-MS - AI: 14023922020208120000 MS 1402392-20.2020.8.12.0000, Relator: Des. Sideni Soncini Pimentel, Data

Portanto, a se manter tal entendimento, o fato público e notório, a saber os graves efeitos da pandemia de corona vírus sobre a economia mundial não tem efeitos sobre as custas judiciais e sobre a concessão da gratuidade da justiça, criar-se-ão outros efeitos, também nefastos para a atuação judiciária.

A manutenção de entendimentos oriundos de tempos ordinários, inadequado portanto para a calamidade pública decorrente da pandemia, terá efeito perverso sobre o processo não apenas no que diz respeito ao acesso à justiça, mas também no que tange a duração razoável do processo com recursos, de altos custos para a sociedade e para as partes.

Deve-se avançar no sentido do reconhecimento dos impactos econômicos da pandemia e seu tratamento no processo, no que tange as custas judiciais e, conseqüentemente o acesso à Justiça.

Ainda que o momento atual seja extraordinário, e que as circunstâncias possam se alterar no curso do processo, como esclarece Cahali, o benefício da gratuidade deve ser compreendido não como isenção absoluta mas sim como isenção enquanto persistir o estado de carência, período no qual ficará suspensa a exigibilidade do crédito. Portanto a concessão agora, para atender os fins sociais do Direito não implica a liberação das custas processuais *ad eternum*³¹.

Faz-se necessário, mais do que nunca, em tempos de desequilíbrio fazer do processo um meio efetivo de realização da justiça, efetividade entendida como aptidão a pacificar insatisfações de acordo com critérios de justiça e observando as garantias e princípios constitucionais³², enfrentando, para tanto os desafios de alto custo dos processos, bem como da duração razoável do processo.

Para isso, as barreiras econômicas, como indica Leonardo Greco³³, decorrentes do custo para se ingressar em juízo, devem ser enfrentadas a partir dos dados que a realidade produz, no caso presente, crise econômica decorrente da pandemia.

A efetividade do processo e da justiça demandam o desenvolvimento de mecanismo que permitam que as garantias constitucionais sejam exercidas de forma plena, garantindo que todos os cidadãos, as pessoas físicas e as jurídicas, tenham acesso concreto à Justiça.

³¹ CAHALI, Yusef Said. **Honorários advocatícios**. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 1997.pag. 155

³²DINAMARCO, Candido Rangel. A instrumentalidade do processo.12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pag. 375

³³ GRECO, Leonardo. O acesso ao direito e à justiça. In: Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: faculdade de Direito de Campo, 2005, pag. 197.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, considerando o momento grave e extraordinário que vivemos, faz-se imperioso o desenvolvimento de uma atividade interpretativa com vistas a ampliação das circunstâncias autorizativas da concessão do benefício da gratuidade da justiça, que esteja em consonância com a atual contingência.

Como ensina Marinoni: “Quando se insiste na necessidade de o juiz atribuir sentido ao caso levado à sua análise, deseja-se, antes de tudo, dizer que ele não pode se afastar da realidade em que vive”³⁴.

O direito de acesso à justiça pressupõem o desenvolvimento de um procedimento capaz de viabilizar a realização do direito material reivindicado e apto para pacificar as controvérsias, de acordo com os princípios e garantias processuais e constitucionais.

Os altos custos das demandas judiciais, para autores e réus, devem ser enfrentados como ponto central da prestação jurisdicional no momento, para que não se descambe para uma crescente lentidão da máquina judiciária, provocada pelas discussões sobre custas.

Deve se ter em mente que a tutela jurisdicional efetiva, no Estado de Direito democrático, não é apenas uma garantia em si, mas também um direito fundamental, cuja eficácia deve ser assegurada como dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana.

Ao Estado cabe garantir a todos a tutela jurisdicional, notadamente em momento de hipossuficiência sistêmica, com compromisso com as garantias constitucionais de acesso à justiça e gratuidade judiciária.

Para isso, a Lei 13.105/2015, o Novo Código de Processo Civil, traz mecanismos que reforçam essa garantia constitucional, disponibilizando alternativas que permitem atender aos fins sociais do processo e a necessidade de custeio da máquina judiciária com equilíbrio e razoabilidade.

Para tanto, basta que se abandonem as soluções prontas, para se investir na melhor hermenêutica, a saber, aquela capaz de maximizar as garantias constitucionais inerentes ao estado de Direito Contemporâneo.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.pag. 97

- CAHALI, Yussef Said. **Honorários advocatícios**. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 1997.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CNJ Diagnóstico sobre custas judiciais praticadas pelos tribunais disponível em, https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/relat_custas_processuais2019.pdf
- DINAMARCO, Candido Rangel. A instrumentalidade do processo. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GRECO, Leonardo. O acesso ao direito e à justiça. In: Estudos de direito processual. Campos dos Goytacazes: faculdade de Direito de Campo, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

IMPACTOS DA PANDEMIA DA COVID-19 NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS À LUZ DOS INSTITUTOS DA FORÇA MAIOR E DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

Caroline Silva Arize Santos³⁵

Maria Victoria Gallo Santos³⁶

Ana Paola Santos Machado Diniz³⁷

RESUMO: Da pandemia do COVID-19 adveio um cenário de instabilidade contratual motivado pela possibilidade de invocação pelos contratantes dos institutos da força maior e da onerosidade excessiva para exclusão de responsabilidade contratual ou para a revisão de cláusulas contratuais. Sob a inspiração da doutrina e da jurisprudência em Direito Contratual, esse artigo propõe-se a apresentar respostas aos conflitos advindos com a situação de sanidade pública, impulsionado pela preocupação com o impacto sobre a situação econômica do país.

Palavras-chave: COVID-19; Direito Contratual; Força maior; Onerosidade excessiva.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. DA FORÇA MAIOR E DA ONEROSIDADE EXCESSIVA; 2.1. Critérios conceituais de Força Maior e Caso Fortuito; 2.2. Requisitos à caracterização da Onerosidade Excessiva; 3. A REVISÃO E A EXTINÇÃO DO CONTRATO; 4. REFLEXOS DA COVID-19 NOS MECANISMOS NEGOCIAIS; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O SARS-CoV-2, vírus causador da doença denominada COVID-19, faz parte de uma grande família viral que causa infecções respiratórias, com transmissão semelhante à gripe. A maioria dos pacientes apresenta sintomas leves, como febre e tosse seca, todavia, alguns casos podem se agravar a síndromes respiratórias agudas severas e, inclusive, levar ao óbito³⁸. Em 30 de janeiro de 2020 a Organização Mundial da Saúde (OMS) anunciou que o surto da doença COVID-19, alastrada a partir da cidade de

³⁵ Graduanda do curso de Direito da Universidade do Estado da Bahia. E-mail: carolinearize@outlook.com.

³⁶ Graduanda do curso de Direito da Universidade do Estado da Bahia. E-mail: gallomariav@gmail.com.

³⁷ Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora de Direito Civil da Universidade do Estado da Bahia. Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (TRT5-BA).

³⁸ OPAS/OMS. Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). Maio, 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875> Acesso em 18 de maio de 2020.

Wuhan – China, em dezembro do ano passado, constitui uma Emergência de Saúde Pública de importância internacional. Em 11 de março, a doença foi caracterizada como uma pandemia³⁹, tendo sido reconhecido o estado de calamidade pública no Brasil em 20 de março⁴⁰. Segundo a OMS, até o dia 02 de junho foram confirmados no mundo 6.194.533 casos e 376.320 mortes, sendo no Brasil 332.382 casos e 29.314 mortes⁴¹.

Enfrentar uma pandemia infecciosa de proporções mundiais não é algo recente na história. A força que a COVID-19 ganha em tão pouco tempo guarda semelhanças com a peste bubônica que assolou a Europa e Ásia no século XIV, causando entre 75 a 200 milhões de mortes. Na época, a população se isolou, não havendo circulação de pessoas na rua, com medo do contato com “gases venenosos” que supostamente estariam por trás da doença. Em 1918, o mundo foi abalado pela Gripe Espanhola, que levou a óbito entre 20 a 50 milhões de pessoas⁴². Evitar aglomerações, receber visitas, criar hábitos rigorosos de higiene e reforçar os cuidados com os idosos eram algumas das recomendações que circulavam nos jornais da época. Comparando historicamente, é evidente que as pandemias guardam semelhanças. Todavia, o cenário atual possui mais dilemas que certezas.

Diante dessa realidade, o cenário global sofre impactos, tanto nas esferas da saúde pública, como na vida privada de milhares de indivíduos, que buscam adaptar-se às mudanças instauradas pelo isolamento social e medidas de higiene regradadas, convivendo com anúncios de inúmeros óbitos. Destarte, o Estado se destaca exercendo papel fundamental na contenção do vírus, impondo medidas interventivas no âmbito social e econômico por todo o mundo.

Outrossim, a gravidade da pandemia e o sentimento de insegurança diante de um futuro imprevisível ocasionam novos desafios aos operadores do direito, em diversas esferas jurídicas. Situações como o compartilhamento exacerbado de notícias falsas, a violência doméstica, crimes cibernéticos, atrasos de pagamento de pensões alimentícias, guarda compartilhada, mudança na execução de vários contratos, constituem alguns exemplos.

Desde março de 2020, orientações normativas objetivando conter a pandemia e evitar sobrecarga do sistema de saúde trazem restrições à circulação de pessoas e

³⁹ Idem.

⁴⁰ 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 03 de maio de 2020.

⁴¹ OMS. Coronavirus disease (COVID-2019) situation reports. Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/situation-reports/>>. Acesso em: 02 de junho de 2020.

⁴² BIERNATH, André. Quais as semelhanças entre a Covid-19 e outras pandemias do passado? Saúde Abril. Abril, 2020. Disponível em: <<https://saude.abril.com.br/blog/tunel-do-tempo/semelhancas-covid-pandemias-passado/>> Acesso em: 05 de maio de 2020.

determinam o fechamento de restaurantes, shoppings, academias, escolas etc.⁴³. Nesse diapasão, medidas provisórias são editadas para contemplar grupos atingidos. As situações de trabalho, por exemplo, foram reguladas pelas Medidas Provisórias nº 927⁴⁴ e nº 936⁴⁵, já a Medida Provisória nº 948⁴⁶ traçou regras de amparo ao setor de turismo e cultura.

No âmbito da responsabilidade civil contratual, destaca-se o Projeto de Lei nº 1179/2020⁴⁷ que estabelece um “*regime jurídico emergencial e transitório das relações jurídicas de direito privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19)*” e o Projeto de Lei nº 884/2020⁴⁸, que dispõe “*sobre a suspensão na cobrança do pagamento de aluguéis em caráter emergencial a pessoas físicas e jurídicas, bem como os casos da assunção destes valores pelo Governo Federal, pelo prazo de 90 (noventa) dias, devido à pandemia do Coronavírus (Covid-19)*”.

Nesse contexto, torna-se imprescindível a análise dos impactos nas relações contratuais, com destaque aos comandos da força maior e da onerosidade excessiva, pilares importantes e nucleares, quando em questão a responsabilidade dos contratantes e os efeitos sobre as obrigações regularmente constituídas.

Devido à instabilidade provocada pela COVID-19, cresce o número de contratantes tentando revisar as cláusulas dos contratos firmados ou, até mesmo, extinguir tais negócios jurídicos, sem incorrerem em ônus superior aos já emanados da situação pandêmica. Com esteio na autonomia privada, os contratantes são livres para a

⁴³ CARVALHO, Igor. Quais são as medidas adotadas por cada estado brasileiro contra o coronavírus. Brasil de Fato. Abril, 2020. Disponível em: <<https://cutt.ly/2ybuqUe>>. Acesso em: 06 de maio de 2020.

⁴⁴ BRASIL. Medida provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2020.

⁴⁵ BRASIL. Medida provisória nº 936, de 1 de abril 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2020.

⁴⁶ BRASIL. Medida Provisória nº 948, de 8 de abril de 2020. Dispõe sobre o cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e cultura em razão do estado de calamidade pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv948.htm>. Acesso em: 23 de maio de 2020.

⁴⁷ BRASIL. Senado Federal. 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). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141306>> Acesso em: 06 de maio de 2020.

⁴⁸ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 884, de 2020. Dispõe sobre a suspensão na cobrança do pagamento de aluguéis em caráter emergencial a pessoas físicas e jurídicas, bem como os casos da assunção destes valores pelo Governo Federal, pelo prazo de 90 (noventa) dias, devido à pandemia do Coronavírus (covid-19). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141190>> Acesso em: 06 de maio de 2020.

renegociação dos pactos pretéritos, entretanto, uma solução de consenso nem sempre é obtida, de modo que, quando o ânimo de revisar ou extinguir é de apenas uma das partes, o impasse há de solver-se à luz dos pilares sólidos da teoria geral das obrigações. Os questionamentos que advirão são os seguintes: em que circunstâncias os impactos trazidos pelo Coronavírus servem como justificativa para visitar ou extinguir os contratos? É possível a invocação da força maior ou da onerosidade excessiva em todos os contratos? Como equacionar a estabilidade das relações contratuais com o interesse de um só dos contratantes, aquele atingido economicamente pela pandemia?

Somente a precisa compreensão dos conceitos de força maior e onerosidade excessiva e sua interpretação à luz dos paradigmas da função social e eticidade poderão orientar quanto as soluções que possam melhor atender às necessidades sociais, nesse momento peculiar, o que concorre para a maior operabilidade do sistema normativo, compreendida como a efetivação do direito à luz dos contextos sociais, econômicos e, até mesmo, psicológicos da sociedade no tempo presente.

2. DA FORÇA MAIOR E DA ONEROSIDADE EXCESSIVA

2.1. Critérios conceituais de Força Maior e Caso Fortuito

Como reflexo da avassaladora pandemia da COVID-19, institutos como o caso fortuito ou força maior e a onerosidade excessiva estão sendo aduzidos em diversos contextos como motivação para visitar os contratos em curso. A situação preocupa, porque pode desestabilizar o sistema contratual e impactar ainda mais a estabilidade econômica, já que os contratos constituem instrumento de circulação da riqueza. Urgente é a necessidade de visitar tais conceitos clássicos da teoria geral das obrigações, para então diagnosticar as situações de efetiva compatibilidade e, por conseguinte, de aplicabilidade dos seus efeitos.

Destaca-se, que o Direito Civil brasileiro, porque orientado pelo princípio da justiça contratual, cujo cerne remete ao equilíbrio de prestações nos contratos comutativos, recepciona a Teoria da Imprevisão. Concebida como cláusula *rebus sic stantibus* no Código de Hamurabi, expressão que significa “*enquanto as coisas estão assim*”, admitia a modificação da tábua do contrato e o não pagamento de juros pelo contratante atingido por uma tempestade⁴⁹, serve até hoje de inspiração a institutos como o caso fortuito ou a força maior e a onerosidade excessiva, para a revisão judicial das prestações ou para a resolução do contrato, com o devedor exonerado da responsabilidade, quando os sujeitos estão envolvidos com situações excepcionais.

⁴⁹ FIGUEREDO, Dannilo Ferreira; SANTOS, Thiago Silva. A teoria da imprevisão e a sua (in)aplicabilidade nos contratos aleatórios por natureza. *Âmbito Jurídico*. Setembro, 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-teoria-da-imprevisao-e-a-sua-in-aplicabilidade-nos-contratos-aleatorios-por-natureza>>. Acesso em: 30 de maio de 2020.

Sobre a referida teoria, Thiago Soares Castelliano elucida:

“A doutrina foi trazida ao Brasil por Arnaldo Medeiros da Fonseca na obra ‘Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão’, publicada pela primeira vez em 1932. Foi a partir dela que se estruturou o caso fortuito e a força maior como excludentes de responsabilidade. Constatou-se que a possibilidade de cumprir a prestação é elemento essencial da obrigação. Uma relação obrigacional é formada por sujeito, objeto, prestação e possibilidade (artigo 104, II, do Código Civil).”⁵⁰

Destarte, o art. 393 do Código Civil positivou o instituto nos seguintes termos: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito e força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”. E, no parágrafo único, à guisa de conceito, dispõe “O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possíveis evitar ou impedir”. Compreende-se, de modo geral, que o caso fortuito e força maior são a ocorrência estranha à conduta do agente, o fato imprevisível ou de difícil previsão, que gera um ou mais efeitos inevitáveis, impossibilitando ou retardando o cumprimento da obrigação, assim como possibilitando a isenção do devedor da responsabilidade pelo não adimplemento da obrigação, haja vista a exclusão do nexo de causalidade.

O Código Civil não se preocupou em distinguir os conceitos. Observa Agostinho Alvim que a aparência de sinonímia deriva de terem em comum o aspecto da inevitabilidade do evento, e, também do fato de os códigos civis, em distintos países, tratarem dessas locuções em conjunto. Pontua, entretanto, que a distinção que tem efeitos práticos é a que vê no fortuito um impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com a sua empresa, ao passo que a força maior desponta como um acontecimento externo. Afirma que, assim, permite-se estabelecer uma diversidade de tratamento para o devedor conforme o fundamento de sua responsabilidade: se fundada na culpa, bastará o fortuito para exonerá-lo, mas como maior razão o absolverá a força maior. Contudo, se a responsabilidade se fundar no risco, somente a força maior ou, no máximo o fortuito externo o exonerará, não o absolvendo o simples fortuito. Portanto, a força maior é compreendida por este renomado civilista como “*fato externo que não se liga à pessoa ou a empresa por nenhum laço de conexão*”⁵¹.

Anota-se que há discussão doutrinária a respeito da necessidade de distinguir o caso fortuito da força maior. Tepedino, Barboza e Moraes, por exemplo, comentam que Agostinho Alvim, em sua distinção, confunde o caso fortuito em si com o hoje chamado fortuito interno e força maior com o fortuito externo, pelo que defendem como irrelevante a distinção, na medida em que as consequências legais coincidem, pois tanto

⁵⁰ CASTRO, Tiago. O coronavírus e a teoria da imprevisão: contratos no Direito Civil. Conj. Abril, 2020. Disponível em: <<https://cutt.ly/KyYT6IJ>>. Acesso em: 19 de maio de 2020.

⁵¹ ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. São Paulo: Saraiva. 1949, p. 290-291.

o caso fortuito quanto a força maior desincumbem o devedor de responder pelas perdas e danos que a sua inexecução deu causa⁵².

Diante disso, despicando realizar distinção entre os termos, justamente porque não haverá relevância prática para a análise do objeto investigado. Conforme explica Caio Mário Pereira, “*preferível será mesmo, ainda com a ressalva de que pode haver um critério distintivo abstrato, admitir que na prática os dois termos correspondem a um só conceito*”⁵³. Isso porque, a força maior e o caso fortuito possuem a mesma acepção, qual seja, a ampla tipologia de excludente denexo causal.

Flávio Tartuce leciona que o caso fortuito e a força maior são “*eventos danosos, naturais, estatais, sociais ou humanos, prováveis (ou não), que produzem efeitos inevitáveis ou impossíveis de ser impedidos*”⁵⁴. Ressalta que nem toda inevitabilidade se configura como caso fortuito ou força maior, sendo fundamental que o evento gere consequências concretas contra o adimplemento de uma obrigação negocial ou a reparação de uma obrigação extranegocial⁵⁵.

Tepedino, Barboza e Moraes sustentam que dois são os requisitos do fortuito ou da força maior: a inevitabilidade e a necessariedade⁵⁶. A inevitabilidade traduz-se pela impossibilidade de superar o acontecimento, de modo absoluto, sem considerações acerca das condições pessoais do devedor. Contudo serão apreciadas em concreto as circunstâncias em que se viu envolvido o obrigado, inclusive, aquilatando-se se não concorreu para expor-se aos seus efeitos ou para agravá-los, portanto, não basta que o fato não se deva ao devedor, ele não pode concorrer para os efeitos advindos. A necessariedade, por sua vez, se traduz do comando do parágrafo único do art. 393 do CC, só exclui a responsabilidade o fato do qual a inexecução seja resultado obrigatório.⁵⁷

Considerando-se que o fortuito ou a força maior advém de fatos externos aos sujeitos, é possível estabelecer os seguintes critérios conceituais: a) exterioridade, b) inevitabilidade e c) necessidade. O evento deve ser externo à conduta do agente, de natureza inevitável, cuja superação é impossível por parte do devedor.

⁵² TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloísa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 393.

⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Atualizado por Luiz Roldão de Freitas Gomes. 20. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 346.

⁵⁴ TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, v.2, p. 423.

⁵⁵ Idem, p. 423.

⁵⁶ TEPEDINO, BARBOZA, MORAES. Op. cit., p. 393.

⁵⁷ TARTUCE, Op.cit., p. 392-393.

Ressalte-se que pelo critério da necessidade impõe-se que o evento caracterizado como fortuito ou força maior seja o fato a impossibilitar o cumprimento da prestação. Portanto, este elemento será a variável de cada caso concreto. Além disso, conforme Tartuce, "*é preciso verificar se o evento correlato tem ou não relação com o risco do empreendimento ou risco-proveito, ou seja, com atividade desenvolvida pelo suposto responsável*"⁵⁸. Ou seja, ainda que o evento seja configurado como causador da impossibilidade, ele não deve se relacionar com o risco da atividade desenvolvida pelo agente.

Em síntese, portanto, só será pertinente invocar o instituto para justificar a quebra do acordo pactuado quando a prestação estiver absolutamente impossibilitada de ser adimplida, de maneira definitiva ou temporária, tendo o evento extraordinário ligação direta com o inadimplemento. Consolidando este entendimento, discorrem Chaves, Rosenthal e Braga, "*O fortuito significa todo evento externo à conduta do agente, de natureza inevitável, cuja superação é impraticável por parte do devedor. Cuida-se de qualquer acontecimento natural ou fato de terceiro que, necessariamente, impeça o cumprimento da obrigação*"⁵⁹.

Ademais, conforme pontua Cristiano Chaves, há casos nos quais não serão óbice à responsabilização do devedor, como: a) existência de cláusula contratual prevendo que o devedor deverá cumprir a prestação, ainda que o resultado tenha sido produzido pelo fortuito; b) a ocorrência do fortuito na constância da mora, ou seja, se o contratante estava em mora ao tempo em que ocorreu o fortuito que impossibilitou a prestação, agrava-se a sua responsabilidade, e, sendo o devedor responderá pela indenização imposta como sanção pelo art. 399 do Código Civil; c) casos nos quais o fato danoso não resultou da culpa do agente, mas de uma situação que se liga diretamente aos riscos da atividade profissional exercida pelo causador do dano, como já elucidado alhures⁶⁰.

Diante do exposto, nota-se que para configuração do fortuito ou da força maior, faz-se necessária uma avaliação específica de cada caso concreto, pois o elemento da necessidade constitui a variável decisiva a justificar o impedimento ao adimplemento da obrigação naquela determinada situação. Não basta a inevitabilidade e exterioridade do evento e, tampouco bastam os argumentos genéricos de que toda a sociedade de algum modo foi afetada por algum evento incontornável.

2.2. Requisitos à caracterização da Onerosidade Excessiva

⁵⁸ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p.495.

⁵⁹ FARIAS, C. C., NETTO, F. B., ROSENVALD, N. Manual de Direito Civil. Volume Único. 5.ed. rev., ampl. e atual - Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 600.

⁶⁰ Idem, p. 600.

Como já apontado, no que diz respeito ao caso fortuito ou força maior, a prestação fica absolutamente impedida de ser adimplida, seja de maneira definitiva ou temporária, por circunstâncias alheias à conduta das partes. Em contrapartida, na esfera da onerosidade excessiva, ainda se verifica a possibilidade do cumprimento da prestação, todavia, as circunstâncias supervenientes a tornam excessivamente onerosa para uma das partes, com extrema vantagem para a outra – ou não -, abalando-se o sinalagma funcional no qual se fundamentou a contratação.

Segundo Orlando Gomes, a onerosidade excessiva ocorre “*quando uma prestação de obrigação contratual se torna, no momento da execução, notavelmente mais gravosa do que era no momento em que surgiu*”⁶¹. Ainda que esta seja realizável, o evento extraordinário e imprevisível torna excessivamente sacrificante a continuação da relação, pois modifica o objeto contratual, dificultando a prestação.

Nesse caso, dispõe o art. 478 do Código Civil: “*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*”. Preceitua também sobre o instituto, o art. 317, CC: “*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, quando possível, o valor real da prestação*”.

Em consonância com os dispositivos supracitados, pode-se afirmar que são requisitos essenciais para a caracterização do instituto: a) o contrato de execução continuada ou diferida; b) ocorrência de fato superveniente, extraordinário e imprevisível; c) demasiada onerosidade ou extrema vantagem para uma das partes. São esses os requisitos que podem ser tidos como legalmente estabelecidos, em derredor do qual surgem as interpretações doutrinárias.

Para que se aplique a onerosidade excessiva na relação obrigacional, o contrato deve ser comutativo, de execução diferida ou de prestações sucessivas, ou seja, é imprescindível um lapso temporal entre a formação e a execução do contrato. Somente o transcurso desse tempo possibilitará mutação nas bases econômicas do contrato, esteio para a reflexão em termos de reequilíbrio contratual. Nesse sentido, há distinção com o instituto da lesão que pressupõe contemporaneidade entre o ônus excessivo e a formação do contrato.

Acerca da superveniência do fato não há dificuldade na caracterização, bastando que a alteração das circunstâncias fáticas ocorra após a conclusão do contrato.

⁶¹ GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 180.

Quanto a ocorrência de fato extraordinário, traz-se as assertivas de Chaves, Rosenvald e Braga: “*Extraordinário é o que está fora dos riscos normais do contrato, é o evento que dilapida a equação econômica do contrato. Há um gravame no cumprimento que, por sua relevância, vai muito além da exigência do razoável*”⁶².

Observa Schreiber como a doutrina contempla o fato extraordinário como um dado eminentemente objetivo:

“Pode-se dizer, de modo geral, que nossa doutrina define o fato extraordinário como aquele que escapa ao curso normal dos acontecimentos, divergindo do que se afigura comum na vida ordinária. Assim, catástrofes naturais, guerras e epidemias constituiriam, ao menos naqueles países em que tais eventos não se verificam com frequência, fatos extraordinários. Tratar-se-ia, portanto, da aplicação de um critério objetivo de probabilidade, baseado em estatísticas ou na simples observação daquilo que ordinariamente acontece.”⁶³

A imprevisibilidade, por conseguinte, é conceito subjetivo, porque relacionado à capacidade de os contratantes anteverem ou não a ocorrência de um dado evento. Crucial a questão de a representação mental das partes ser aferida em abstrato ou em concreto, o que dará maior ou menor abertura à aplicação do instituto da onerosidade excessiva.

Observa Schreiber que há um mosaico de opiniões doutrinárias acerca dessa matéria. A distinção baseada na objetividade do elemento extraordinariedade e na subjetividade do elemento imprevisibilidade é objeto de críticas doutrinária, seja porque é impossível perquirir a representação das partes ao tempo da contratação, seja porque a aferição da extraordinariedade depende da percepção subjetiva que se tem acerca do que normalmente ocorre. Portanto, o método de aferição da imprevisibilidade constitui o cerne da discussão, posicionando-se, de um lado os que defendem a aferição em concreto, segundo as aptidões pessoais dos específicos contratantes, de outro os que postulam seja analisado em abstrato e sob a perspectiva de um parâmetro objetivo de diligência, o homem médio. Nesse segundo sentido, a imprevisibilidade se aproximaria da extraordinariedade, pois aos olhos do homem médio tudo que não escape ao curso habitual seria, em última análise, previsível. Observa, ademais, o insigne mestre, que desse embate adveio uma posição intermediária a combinar a qualidade dos contratante, sua capacidade e aptidão subjetiva, com fatores objetivos como a natureza do contrato, as condições de mercado, o objeto da prestação, o conjunto das informações disponíveis ao tempo da contratação, etc. ⁶⁴

⁶² FARIAS, C. C., NETTO, F. B., ROSENVALD, N. Manual de Direito Civil. Volume Único. 5.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 817.

⁶³ SCHREIBER, Anderson. Equilíbrio contratual e dever de renegociar. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 171.

⁶⁴ SCHREIBER, Anderson. Equilíbrio contratual e dever de renegociar. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 170-174

Nesta senda, a sinalizar um caminhar mais próximo do pensamento intermediário e, até mesmo, objetivo, preceitua o Enunciado nº 366 da IV Jornada de Direito Civil: *“O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação”*⁶⁵. Em todo contrato se pressupõe que o contratante onerado sofra um determinado gravame, contudo, a alteração das circunstâncias pode trazer extrapolação exacerbada do sacrifício tolerado para cada negócio, a justificar uma intervenção. Portanto, a natureza do contrato e os aspectos ligados aos contratantes auxiliará na percepção dos riscos próprios de cada negócio celebrado.

A questão, ainda que tormentosa, é crucial, porque a defesa excessiva da posição mais objetiva poderá redundar em restrição demasiada na incidência da onerosidade excessiva, seja para a resolução ou revisão do contrato, na medida em que condições subjetivas especiais podem, de fato, impactar na percepção dos sujeitos quanto aos riscos de cada negócio firmado.

Desse modo, segundo o Enunciado nº 175 da III Jornada de Direito Civil, *“A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz”*⁶⁶. Observam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias a pertinência desse enunciado a evidenciar que fatos, em tese, previsíveis, a exemplo de guerras, inflação, greve, podem tornar-se concretamente imprevisíveis e extraordinários se, na dinâmica de um específico contrato, forem drásticas as consequências produzidas, a ponto de tornar excessivamente custoso para uma das partes contratantes⁶⁷.

A jurisprudência ainda é vacilante quanto aos critérios de aferição do elemento imprevisibilidade. O Superior Tribunal de Justiça, no REsp 87.226/DF, firmou entendimento no sentido de que *“a escalada inflacionária não é um fator imprevisível, tanto mais quando avençada pelas partes a incidência de correção monetária”*⁶⁸. Por sua vez, no REsp 1348081/RS, destacou que *“a desvalorização do real em relação ao*

⁶⁵ Enunciado nº 366 do CJF/STF, da IV Jornada de Direito Civil. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/486>> Acesso em: 18 de maio de 2020.

⁶⁶ Enunciado nº 175 do CJF/STF, da III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/316>> Acesso em: 06 de maio de 2020.

⁶⁷ FARIAS, C. C., ROSENVALD, N. Curso De Direito Civil. Contratos. Vol.4. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 667.

⁶⁸ STJ, REsp 87.226/DF, 3ªTurma, Rel. Min. Costa Leite, j. 21.05.1996, Data de Julgamento: 05/08/1996, p.26.352.

dólar norte-americano em janeiro de 1999 representa fato imprevisível que resultou em excessiva onerosidade contratual para o mutuário”⁶⁹.

Contemplando o cenário pandêmico no Brasil, observa-se que a proliferação do vírus oriundo da China não era um evento impossível de ser previsto no país, tendo em vista que a OMS já havia declarado que o mundo enfrentaria um surto viral em virtude do SARS-CoV-2. Entretanto, eram concretamente imprevisíveis as consequências para a dinâmica da maioria das relações contratuais. Distintos efeitos somente se tornaram compreensíveis à inteligência dos sujeitos quando foram adotadas medidas estatais de contenção e distanciamento social dos indivíduos, suscetíveis de impactar diversos segmentos de atividade empresarial, a economia do país e distintas conjunturas negociais.

Quanto ao impacto dos fatos extraordinários, imprevisíveis e supervenientes, o legislador os referiu como onerosidade excessiva, a desafiar a perquirição do seu significado: se remete ao custo da prestação, aferido contemplando-se o momento da conclusão do contrato e o momento do cumprimento; ao valor da prestação; ou à perda de equivalência entre as prestações do contrato, contrapondo-se o momento da formação do contrato e a sua execução. Como o art. 478 do CC traz o aspecto da extrema vantagem para a outra parte como referencial, ao relacionar um sujeito em face do outro, denota preocupação com o equilíbrio do contrato como um todo, não apenas quanto ao valor ou custo específico da prestação.

No que diz respeito ao requisito da extrema vantagem para a outra parte, tem prevalecido atualmente o entendimento mais próximo do significado de justiça contratual, no sentido de que não é necessária a comprovação do nexos causal entre o empobrecimento de uma parte em detrimento do enriquecimento da outra, a prejudicar a parte fragilizada que não consiga provar o enriquecimento sem causa obtido pelo polo contrário⁷⁰. Conforme o Enunciado nº 365 da IV Jornada de Direito Civil: “*A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração das circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena*”⁷¹.

São remédios possíveis para as situações de onerosidade excessiva, a resolução contratual ou a repactuação e adaptação das cláusulas pelo tribunal, assegurando o valor real da prestação e reestabelecendo o equilíbrio contratual. O instituto denota que há um obstáculo ao cumprimento da obrigação não por impossibilidade, mas, sobretudo, por

⁶⁹ STJ, REsp 1348081/RS, 3ª Turma, Rel. Min. João Otávio Noronha, Data de Julgamento: 02.06.2016.

⁷⁰ FARIAS, C. C., NETTO, F. B., ROSENVALD, N. Manual de Direito Civil. Volume Único. 5.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 818.

⁷¹ Enunciado nº 365 do CJF/STF, da IV Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/483>> Acesso em: 18 de maio de 2020.

extrema dificuldade. Nesse ponto, sobressai distinção com relação ao fortuito ou força maior que requer uma impossibilidade absoluta ou objetiva de cumprimento da obrigação.

Anota-se aqui uma observação relevante feita por Schreiber, pois, em que pese a imprevisibilidade como requisito da onerosidade excessiva seja distinta da necessidade investigada no fortuito e na força maior, na medida em que a impossibilidade física ou natural vem cedendo espaço à impossibilidade econômica, os institutos vão se aproximando⁷². Contudo, ainda assim, é curial assinalar que a solução em termos de readequação de valor da prestação está consentânea com a onerosidade excessiva.

A ementa que se cita é significativa quanto a haver algum descompasso na aplicação dos institutos:

Locação comercial. Tutela de urgência. Pandemia por COVID19. Redução do valor do aluguel em face da proibição à abertura do estabelecimento comercial. Fato do princípio que corresponde à figura da força maior. Artigo 317 do Código Civil que autoriza nesses casos a readequação do valor da contraprestação. Redução em 50% que se mostra razoável enquanto persistir aquela proibição. Recurso provido. (TJ-SP - AI: 20817534720208260000 SP 2081753-47.2020.8.26.0000, Relator: Arantes Theodoro, Data de Julgamento: 06/05/2020, 36ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/05/2020)⁷³

Em suma, seja a força maior ou a onerosidade excessiva, para sua invocação no contexto da pandemia, é essencial evidenciar-se a ligação direta entre o evento extraordinário e a impossibilidade ou dificuldade no cumprimento da prestação. A natureza do impacto na relação obrigacional é o que determinará a incidência de um ou outro. Além disso, todas as situações regidas pelos institutos devem se referir ao objeto do contrato e não a condição pessoal do agente perante a crise. Desse modo, ainda que a sociedade, instituições e a economia de forma geral, sofram drásticas consequências econômicas pelos desdobramentos do Coronavírus no Brasil e no mundo, os aludidos efeitos, de modo puro e simples, como argumento geral, não podem ser suscitados para justificar o inadimplemento dos contratos, tão somente pelas consequências gerais sobrevindas no patrimônio dos indivíduos e das pessoas jurídicas.

3. A REVISÃO E A EXTINÇÃO DO CONTRATO

⁷² SCHREIBER, Anderson. Equilíbrio contratual e dever de renegociar. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 178.

⁷³ TJSP, AI: 20817534720208260000 SP 2081753-47.2020.8.26.0000, Relator: Arantes Theodoro, Data de Julgamento: 06/05/2020, 36ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/05/2020.

O Código Civil de 2002 recepcionou a função social do contrato e a justiça contratual, fortalecendo a cláusula *rebus sic standibus*⁷⁴, atenuando o princípio da *pacta sunt servanda*⁷⁵.

Como aborda Flávio Tartuce, o contrato não mais funciona como uma bolha, que isola as partes do meio social. Simbolicamente, a função social atua como uma agulha, que fura a bolha, acarretando uma interpretação social dos pactos⁷⁶.

Também a concepção de justiça contratual sofre alteração, com valorização da paridade na perspectiva do equilíbrio entre os contratantes, sem ônus demasiado de um polo sobre o outro. Nesse mister, com o advento do Código Civil de 2002 surgiu uma inovação não existente no Código de 1916: a revisão judicial do contrato.

Flávio Tartuce aduz que “o Código Civil de 2002 traz a revisão contratual por fato superveniente diante de uma imprevisibilidade somada a uma onerosidade excessiva”⁷⁷, o que está incorporado nos artigos 317, 478, 479 e 480 do CC. Desse modo, a revisão judicial de um contrato advém após um acontecimento extraordinário e imprevisível, por provocação de uma das partes, em busca de condições mais equilibradas para si, desde que ouvida a parte contrária, portanto, após observado o contraditório, ocasião propícia para o contratante não onerado ponderar circunstâncias próprias do quanto avençado e aptas a acercar o magistrado dos riscos inerentes ao negócio firmado.

Anote-se inovação introduzida com a Lei nº 13.847/2019, a instituir a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, com alterações na temática relativa à revisão dos negócios jurídicos. Nesse sentido, a nova lei incluiu um parágrafo único no art. 421 do CC com a seguinte redação: “*Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual*”. Também incluiu novo artigo no Código Civil, o art. 421-A, determinando, em seu terceiro parágrafo que “*a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada*”.

A Lei de Liberdade Econômica traduz preocupação quanto à intervenção judicial e arbitral na revisão dos contratos, como a fortalecer a autonomia dos contratantes, o

⁷⁴ Do latim "estando assim as coisas". Princípio que prevê que o cumprimento do contrato deve estar associado às condições existentes ao tempo em que as partes firmaram o mesmo, estando diretamente ligado à inalterabilidade da situação de fato.

⁷⁵ Do latim: “os pactos são para ser observados”. Princípio que prevê que o contrato faz lei entre as partes, enfatizando que as cláusulas e obrigações nele determinados formam um direito entre as partes.

⁷⁶ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 591/595.

⁷⁷ Idem. Função Social dos contratos. Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. 2ª ed. São Paulo. Método, 2007.

que constitui um equívoco. Consoante observado por Schreiber, a intervenção do Estado nas relações contratuais é imprescindível para assegurar a força vinculante dos contratos, para garantir a incidência das normas jurídicas, inclusive constitucionais e para assegurar o exercício da referida liberdade⁷⁸.

A ênfase na intervenção mínima parece partir da premissa de que as partes, ao firmarem um contrato, possuem total controle e possibilidade de prever alterações de circunstâncias fáticas ou econômicas, previamente dispendo acerca dos riscos assumidos e possibilidades toleráveis de modificação do quanto ajustado, o que também é equivocado. Nesse sentido, ao estabelecer no inciso I do art. 421-A do CC que “*as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução*”, não deve ser interpretado no sentido de impossibilidade de revisão do contrato quando as partes silenciam quanto à definição de critérios revisionais. Importante não desconsiderar que no caput do art. 421 do CC ainda consta que a liberdade contratual será exercida nos limites da função social.

Não obstante o inciso II do art. 421-A do CC estipule que “*a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada*” e o inciso III afirme que “*a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada*”, sua compreensão há de ajustar-se aos fundamentos essenciais do equilíbrio contratual e da função social. A assimetria e paridade entre os contratantes não é um pressuposto, mas um dado posto pelas condições nas quais o negócio foi firmado. Assim, somente quando a assunção do risco esteja expressa de forma clara em cláusula contratual ou afigure-se inegável pela natureza do negócio e condição peculiar dos sujeitos contratantes, há como defender-se a restrição na revisão. Afinal, como preceitua Schreiber, afirmar que a revisão contratual deve ser excepcional em nada acrescenta, pois o próprio Código Civil delimita expressamente as hipóteses em que a revisão se aplica, sendo a situação de onerosidade excessiva uma dessas ocasiões legais⁷⁹.

Dessa forma, resta evidente que as mudanças supracitadas tentam transgredir o princípio da função social, a fim de ampliar a liberdade contratual e dar maior ênfase à força obrigatória do contrato. Todavia, a norma não traz demarcações ou critérios à revisão contratual, o que, por conseguinte, demonstra que não foi capaz de produzir alterações relevantes na aplicação jurisprudencial da revisão contratual.

⁷⁸ SCHREIBER, Anderson. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 245-246.

⁷⁹ Ibid. p. 245-246.

Para a revisão judicial, necessária a intervenção do juiz⁸⁰ para análise de cada caso concreto. Como elucida Venosa, o requerimento da exordial poderá ser tanto de liberação do devedor da obrigação como para redução do montante da prestação. Ademais, a revisão judicial não deve limitar-se exclusivamente a resolver a obrigação, tendo em vista que o contrato pode recuperar seus bons e atuais limites de cumprimento, sem a necessidade de rescindi-lo⁸¹.

Preceitua o art. 479 do CC: “*A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato*”. No mesmo sentido, o art. 480 prevê a figura do devedor onerado para ingressar com a ação, requerendo o reconhecimento da onerosidade excessiva, se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes. Destaca-se aqui que, embora os dispositivos citados se refiram ao réu, nada impede que a parte interessada em evitar a resolução do contrato se antecipe, ingressando em juízo antes do ajuizamento da ação resolutória, oferecendo-se para restabelecer o equilíbrio contratual⁸², que visa estabelecer prestações recíprocas e semelhantes entre as partes, na medida do possível.

Em suma, se o caso concreto se enquadra como situação de onerosidade excessiva é perfeitamente possível, em regra, caso exista interesse e utilidade para as partes, a revisão do contrato, de modo a garantir o princípio do equilíbrio contratual e a preservação das relações negociais. Saliente-se, ainda, que a sentença proferida pelo juízo possui eficácia constitutiva⁸³, e dessa forma, não poderá retroagir para alcançar eventos ocorridos anteriormente à propositura da ação.

Entretanto, quando a hipótese for de força maior ou caso fortuito, não caberá a revisão contratual, considerando que o instituto pressupõe a impossibilidade de adimplemento da prestação de maneira absoluta, restando apenas a opção de resolução do contrato, ou a sua suspensão temporária, sem incorrer nas consequências da mora.

Como assinala Carlos Roberto Gonçalves, a resolução por onerosidade excessiva e a resolução por caso fortuito e força maior se assemelham porque em ambos o evento futuro e incerto acarreta a exoneração do cumprimento da obrigação. Diferem, todavia, porque o último impede, de forma absoluta, a execução do contrato, enquanto a primeira determina apenas uma dificuldade, não exigindo a impossibilidade absoluta,

⁸⁰ Frisa-se que a revisão contratual prestigia o instituto da arbitragem, sendo cabível a revisão contratual pela intervenção do árbitro e do sujeito que exerça jurisdição, não apenas do juiz.

⁸¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 15. ed. Atlas: São Paulo, 2015.

⁸² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 103.

⁸³ BOEHMER, Gustav. El Derecho A Través de la Jurisprudencia – su aplicación y creación, trad. esp., Barcelona, Bosch, 1959, p. 477-478.

somente o ônus excessivo, admitindo que a resolução seja evitada se houver a modificação equitativa das condições do contrato⁸⁴.

Importa registrar que a revisão, em regra, não poderá ocorrer caso o contrato seja aleatório, tipificado nos artigos 458 a 461 do CC, já que sua principal característica é a incerteza com relação aos acontecimentos futuros. Todavia, os contratos aleatórios possuem uma parte comutativa, como ocorre com o prêmio pago nos contratos de seguro. Nesse sentido, é cabível a revisão judicial da parte comutativa desses contratos. Esse é o entendimento firmado nos tribunais quanto a revisão de contratos de plano de saúde⁸⁵. Nesse mesmo sentido a doutrina, consoante expressa o Enunciado nº 440 da V Jornada de Direito Civil: “*É possível a revisão ou resolução por excessiva onerosidade em contratos aleatórios, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relacione à álea assumida no contrato*”⁸⁶.

Em síntese, a força maior ou caso fortuito têm como principal consequência a exoneração da responsabilidade por descumprimento, por meio da resolução do contrato e, nas situações nas quais o impedimento seja temporário, pode haver também a suspensão do cumprimento da prestação, sem incorrer nas consequências da mora. O impedimento em questão não deve restringir-se ao físico, mas abrir-se à dimensão econômica, a impulsionar as relações negociais em mercado essencialmente globalizado. Já na situação de onerosidade excessiva, a principal consequência é a revisão contratual, sem descartar-se como solução aplicável a resolução.

Ressalva-se apenas, em conformidade com o que dispõe o art.475, CC, que na hipótese em que o devedor já estiver constituído em mora, antes do evento que o impossibilitou de adimplir a prestação pactuada, terá, em regra, que assumir a obrigação de indenizar perdas e danos, não sendo desonerado da responsabilidade contratual. Afinal, conforme termos do art. 399 do CC, a mora tem como finalidade perpetuar a obrigação e sujeitar a parte às consequências do inadimplemento, ou seja, o fato superveniente deve acontecer na iminência da mora e não enquanto consequência da inexecução do contrato.

4. REFLEXOS DA COVID-19 NOS MECANISMOS NEGOCIAIS

Os efeitos da pandemia da COVID-19 anunciam crise econômica futura, mas com o sobrestamento de várias atividades econômicas há embate quanto a ser ou não causa de inadimplemento das obrigações ou justificativa para revisão contratual.

⁸⁴ GONÇALVES. Op. cit., p. 100.

⁸⁵ TJSP, Agravo de Instrumento 366.368-4/3, 7." Câmara de Direito Privado, Rel. Juiz Sousa Lima, Origem: Comarca de São Bernardo do Campo, j. 16.02.2005, v.u.

⁸⁶ Enunciado nº 440 do CJF/STF, da V Jornada de Direito Civil. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/346> > Acesso em: 14 de maio de 2020.

Todavia, é necessário saber separar o joio do trigo, evitando a generalização indevida e se debruçar na análise das especificidades de cada caso concreto, para diagnosticar, precisamente, as situações que se enquadram nos institutos estudados.

Assim, para que a COVID-19 se enquadre como força maior e, assim, advenha como efeito o inadimplemento contratual não culposo, seja absoluto ou relativo, é decisivo o exame do elemento necessidade. Como já visto, os aspectos da exterioridade e da inevitabilidade do evento são também importantes para a caracterização do caso fortuito ou da força maior, contudo, a situação de pandemia é manifestamente um evento externo à conduta do contratante, assim como sua inevitabilidade é o maior desafio dos órgãos de saúde, tendo em vista que o agente é impotente para controlar a proliferação do vírus ou evitar isoladamente, os seus impactos. Portanto, o divisor de águas a ser examinado na situação específica, é o critério da necessidade. Significa dizer que o evento resultante da pandemia, como, por exemplo, a interrupção de alguma atividade, deve ser o fato necessário, a causa válida do inadimplemento da prestação pactuada.

A título de exemplo, em negócios tendo como objeto prestação de fazer, como a realização de shows ou festas com grande público, o cancelamento decorreu necessariamente da situação de confinamento imposta como política pública preventiva. Outro exemplo é o caso narrado por Carnáuba, Dias e Reinig, em que o fabricante não consegue entregar o produto final já vendido ao consumidor, pois o fornecedor situado no exterior foi impedido de enviar os insumos necessários para a produção da mercadoria⁸⁷. Observa-se nesse último caso um efeito cascata. O não cumprimento da obrigação do fornecedor causou o não cumprimento da obrigação do fabricante, que pode vir a ocasionar prejuízos ao comprador do produto final, caso, por exemplo, dele necessite para cumprir obrigação firmada com terceiro.

Nessas hipóteses, a força maior aparece de modo cristalino. Releva observar, apenas, se o cumprimento da obrigação no futuro ainda é possível e, mesmo que haja possibilidade, se é útil ao interesse dos contratantes. Imagine-se a situação na qual o show fora agendado para celebrar específica data comemorativa. Não haverá utilidade na sua realização futura. Portanto, é preferível, quando possível – e útil-, a suspensão da obrigação temporariamente. Caso não seja possível, o contrato poderá resolver-se e as partes voltarem ao estado anterior. Em situações tais a incidência de perdas e danos é remota, porque, com escudo na força maior haverá inadimplemento não culposo, não advindo ônus para as partes com a extinção do contrato. Outrossim, vale reiterar que não sendo qualificável a situação como de força maior, advindo o inadimplemento há ensejo para a fixação de indenização compensatória dos danos decorrentes do

⁸⁷ CARNAÚBA, D., DIAS, D., REINIG, H. O Corona Vírus e a impossibilidade de cumprimento das obrigações nas relações de consumo. In: Rosenvald, Nelson; Filho, Carlos Edison do Rêgo Monteiro; Densa, Roberta; Godinho, Adriano Marteleto; Bonna, Alexandre Pereira. Coronavírus e responsabilidade civil. Editora Foco. Edição do Kindle.

inadimplemento e até a execução específica e forçada da obrigação, quando possível. Aplicável ao caso, portanto, as disposições dos artigos 389 a 393 do CC.

Em contraposição aos efeitos próprios advindos da força maior ou caso fortuito, causa de exoneração de responsabilidade ao devedor, contudo, com possibilidade de retorno das partes ao estado anterior, o que é curial para não ensejar prejuízos ao credor, adveio a Medida Provisória nº 948. Teve o propósito de contemplar as situações de cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e cultura em razão do estado de calamidade pública. A situação desses cancelamentos, como visto é clássica situação de força maior, contudo, os efeitos tecidos pelo Código Civil, foram afastados, para essa específica situação.

Portanto, à luz do art. 2º da Medida Provisória nº 948, da situação de cancelamento de show no Brasil poderá advir algumas soluções. A primeira possibilidade é o reembolso ao consumidor dos valores já pagos, podendo haver também a remarcação do evento, bem como o oferecimento de crédito para a compra de outros serviços, e por fim, a formalização um novo acordo personalizado com o consumidor⁸⁸. Contudo, o reembolso contemplado e que corresponde à extinção do contrato e retorno das partes ao estado anterior, consequência natural da força maior, pode ser feito em até 12 meses após a pandemia o que agrava substancialmente a situação do credor em relação obrigacional de consumo. Não obstante haja previsão de atualização monetária do valor, a solução é criticável, seja por desnaturar os efeitos próprios da força maior, retardando os efeitos próprios da extinção não culposa do contrato, em detrimento de uma das partes, a que já cumpriu a prestação. Sequer a justifica plenamente o fundamento pautado na função social de contratos dessa natureza, por efetivamente viabilizar a preservação de setor severamente atingido pela crise, considerando-se as reais e severas dificuldades enfrentadas pelo setor de turismo e eventos com a pandemia, entretanto, a situação de impossibilidade não culposa de cumprimento dos contratos atingiu diversos outros segmentos econômicos, sem merecer idêntica solução.

Há situações, contudo, nas quais a pandemia do COVID-19 poderá caracterizar a onerosidade excessiva. Quando os efeitos advindos concernem à desproporção entre a prestação devida ao tempo da contratação e a que se revela no momento da execução, há ensejo a refletir-se acerca da revisão das cláusulas do negócio, em termos de ajuste de viabilidade, menor ônus ou custo para a parte onerada.

Para melhor visualização das hipóteses, o atual cenário de isolamento social proposto pelo poder público em diversas cidades, em consonância com as

⁸⁸ BRASIL. Medida Provisória nº 948, de 8 de abril de 2020. Dispõe sobre o cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e cultura em razão do estado de calamidade pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv948.htm>. Acesso em: 23 de maio de 2020.

recomendações da OMS, constrangeu os shoppings centers e comércio em geral a fecharem as portas para o atendimento ao público de maneira presencial, visando combater a proliferação acelerada do vírus. Nesse contexto, a cobrança do aluguel mensal dos lojistas segue sendo feita, instaurando discussão quanto a poder ou não o lojista eximir-se do cumprimento da obrigação, nesse caso, a prestação pecuniária do aluguel.

Apesar de a Associação Brasileira de Shopping Centers (ABRASCE), que representa redes como BRMalls, Iguatemi e Multiplan, recomendar aos associados que adiem a cobrança dos aluguéis nesse período⁸⁹, nos termos do Código Civil, como demonstrado anteriormente, a redução da renda mensal do lojista não pode ser considerada em tese, pura e simplesmente, como motivo válido para a revisão contratual do valor do aluguel, seja no período de fechamento do shopping, seja após a pandemia, considerados os reflexos que a crise sanitária poderá ter sobre a movimentação habitual de pessoas, afinal as pandemias costumam durar uma temporada, algumas vezes havendo, inclusive, uma segunda onda. Deve haver uma detalhada demonstração pelo lojista do impacto do evento sobre a liquidez do seu negócio, a justificar a impossibilidade momentânea ou definitiva do cumprimento das prestações nos moldes em que foram pactuadas, tornando palpável a percepção do flagrante desequilíbrio contratual, à luz do objeto da sua atividade econômica e em consonância com os riscos a ele inerentes. A realidade atual tem demonstrado que vários setores do comércio, inclusive os instalados em shoppings, tem obtido êxito na transferência de parte de seus serviços para plataformas eletrônicas. De outra ponta, com relação aos efeitos futuros, enquanto não restabelecida a circulação de pessoas nos centros urbanos, os shoppings, como centros tradicionais de compras, lazer e serviços não têm como antever as consequências.

Nesse sentido, recentemente julgado na 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁹⁰. Em síntese, uma franqueada da rede Habib's/Ragazzo interpôs agravo de instrumento, inconformada com a decisão que indeferiu a tutela provisória que pleiteava a suspensão da exigibilidade do aluguel, ou ao menos a redução a partir de 30% no valor da prestação, pelo prazo mínimo de três meses, sob argumento de que o fechamento do comércio na cidade de São Paulo teria ocasionado a ausência de faturamento, já que o ganho obtido com o serviço de entrega não representa nem mesmo 10% do seu faturamento mensal. O acórdão decidiu manter a decisão que rejeitou os pedidos, pois entendeu que foi pertinente ao fundamentar que os documentos acostados aos autos não eram suficientes para conferir a plausibilidade

⁸⁹ ABRASCE esclarece que não haverá isenção de aluguel em shopping, apenas adiamento. Infomoney. Março, 2020. Disponível em: <<https://cutt.ly/lyby9Ea>> Acesso em: 10 de maio de 2020.

⁹⁰ TJSP, AI: 20719382620208260000 SP 2071938-26.2020.8.26.0000, Relator: Carlos Henrique Miguel Trevisan, Data de Julgamento: 05/02/2014, 29ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/05/2020.

aos argumentos da recorrente, os fatos eram controvertidos e somente poderiam ser mais bem analisados após o contraditório, considerando que o desequilíbrio contratual não poderia ser observado somente a partir da argumentação de uma das partes, mas sim de ambas. Para que o magistrado visualize os precisos aspectos do desequilíbrio econômico entre os contratantes, proferindo decisão intentando restabelecer a justiça contratual, os contratantes devem observar os deveres de transparência, trazendo à mesa todos os detalhes atinentes à sua situação, submetendo-a ao contraditório, em certa medida contribuindo para o esclarecimento da solução mais equitativa a ser apresentada pelo juiz.

Em contraposição a essa posição, destaca-se o acórdão da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Locação comercial. Tutela de urgência. Pandemia por COVID19. Redução do valor do aluguel em face da proibição à abertura do estabelecimento comercial. Fato do príncipe que corresponde à figura da força maior. Artigo 317 do Código Civil que autoriza nesses casos a readequação do valor da contraprestação. Redução em 50% que se mostra razoável enquanto persistir aquela proibição. Recurso provido.⁹¹

O acórdão em referência deu provimento ao agravo de instrumento, reformando a decisão que indeferiu o pedido de revisão contratual das prestações de locação comercial. Em resumo, a recorrente, lojista, alegou que em razão das atividades comerciais terem sido interrompidas por força da quarentena decorrente da pandemia por COVID-19, houve um severo impacto em seu faturamento, sendo necessária a temporária redução do valor do aluguel em pelo menos 50% para evitar o efeito cascata, representado pela demissão de empregados e eventual encerramento de suas atividades. A Câmara entendeu que, mesmo em superficial exame valorativo do tema, sem o contraditório, era possível reconhecer que aquela situação específica, retratava a hipótese do evento imprevisível, nesse caso sendo referido como “figura da força maior”, quando a situação é de clara onerosidade excessiva, possibilitando a readequação do valor real da prestação, nos termos do art. 317, CC. Assim, foi concedido, em sede recursal, o abatimento de metade do valor da prestação mensal até que a situação gerada pela pandemia se regularize.

Nota-se que os referidos julgados demonstram que não há uma resposta padrão para os atuais dilemas desencadeados pela pandemia do novo Coronavírus nas relações contratuais, sendo necessária uma análise aprofundada de cada caso concreto. Por óbvio que não poderá haverá solução idêntica para empreendimentos que, não obstante sofrendo os efeitos da crise, deram continuidade à atividade empresarial com uso da tecnologia da informação, em relação aquele outro que somente consegue comercializar seu produto em lojas físicas. Não obstante as decisões tratem de casos semelhantes, de

⁹¹ TJSP, AI: 20817534720208260000 SP 2081753-47.2020.8.26.0000, Relator: Arantes Theodoro, Data de Julgamento: 06/05/2020, 36ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/05/2020.

lojistas de shopping pleiteando a readequação na mensalidade do aluguel comercial em razão do fechamento do estabelecimento, os resultados obtidos foram divergentes.

Na primeira situação observa-se que a franqueada da rede Habib's/Ragazzo não comprovou devidamente suas alegações, suscitando apenas que seu faturamento teria sido drasticamente reduzido, o que por si só não constitui motivação suficiente para o reajuste do acordo pactuado ou a suspensão da obrigação, sobretudo quando é fato que os setores de alimentação conseguiram, em grande monta, dar continuidade a suas atividades com serviços de delivery, alguns até os aprimorando. Já no segundo julgado, a lojista deixou nítidas as implicações do evento superveniente no tipo de atividade econômica explorada, demonstrando com maior clareza ter obrigação se tornando excessivamente custosa, sendo flagrante o desequilíbrio, ao ponto de desencadear um efeito cascata, como a demissão de empregados e eventual encerramento de suas atividades. Nas duas situações, contudo, há intrínseca conexão entre o fechamento dos shoppings e o contrato de aluguel, firmado para exploração do negócio por essa via comercial. Essa mesma lojista não poderá ter êxito, invocando os mesmos argumentos e dificuldades econômicas, para desonerar-se da obrigação de pagamento do aluguel da sua moradia. É nítido também que a legislação e a jurisprudência dão preferência à continuidade dos contratos nos moldes que foram primordialmente pactuados, só permitindo a intervenção quando há uma real necessidade de reequilíbrio com a “adequação do valor real da prestação” descrita no art. 317 do CC.

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho comenta que, com o advento da pandemia e das medidas de isolamento social, alguns serviços passaram a ser prestados à distância⁹², como alguns escritórios de advocacia. Não obstante as medidas do Estado impeçam aglomerações, quando o contratante consegue por meio alternativo, como o uso da Internet, desenrolar-se no seu mister, não há mínimo espaço para discussões atinentes a revisão contratual. Imagine-se a situação, ainda com o exemplo dos escritórios de advocacia, de trabalho desenvolvido em *home office*⁹³, não há como justificar a revisão de contratos de locação porque não estão sendo efetivamente utilizados os espaços locados. Distintas agências bancárias funcionam em shoppings centers, havendo continuidade na atividade de atendimento remoto de clientes ou, até mesmo, o funcionamento provisório em instalações relativas a outras agências do mesmo banco, há continuidade da atividade empresarial.

Vislumbra-se as questões atinentes às mensalidades escolares em tempos de pandemia. Por todo país, as aulas presenciais foram suspensas e as instituições de ensino

⁹² FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. Coronavírus e força maior: Configuração e limites. In: Rosenvald, Nelson; Filho, Carlos Edison do Rêgo Monteiro; Densa, Roberta; Godinho, Adriano Marteleto; Bonna, Alexandre Pereira. Coronavírus e responsabilidade civil. Editora Foco. Edição do Kindle.

⁹³ Expressão inglesa que significa “escritório em casa”.

foram obrigadas a fechar suas unidades de ensino. Como bem ressalta Carnaúba, Dias e Reinig, impossibilitadas de prestar o serviço de maneira presencial, elas passaram a oferecer aulas à distância como substitutivo. Para os autores, é inconcebível a resolução do contrato nessa situação concreta, haja vista a provisoriedade dos serviços prestados de maneira remota, além da relevância e natureza da atividade educacional⁹⁴, evidenciando a função social do contrato como aspecto relevante. Por óbvio que parte desses consumidores não está plenamente satisfeito com o serviço prestado à distância, o que varia em função do perfil do estudante, sua idade, suporte doméstico etc., mas inegavelmente foi a solução possível para muitas instituições de ensino.

Em decisão recentíssima⁹⁵, o acórdão proveniente 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, negou provimento ao recurso que visava reformar decisão que indeferiu o pedido de desconto de 50% na mensalidade escolar em decorrência de um suposto desequilíbrio contratual em razão do novo Coronavírus. A recorrente argumentou, em sede de tutela de urgência, que ao seu filho matriculado para o período integral, não estavam sendo oferecidas aulas ou atividades presenciais, desse modo a escola teria sofrido redução de seus custos com água, energia, alimentação, etc., e teria então a obrigação de reajustar o valor da mensalidade, favorecendo os pais. Destacou ainda, que há um risco de eventual inadimplemento, pois também foi atingida economicamente pela pandemia. Entretanto, o Juízo entendeu que, mesmo perante a situação extraordinária, observou-se que a escola estava se propondo a repor as aulas contratadas, a ser feito oportunamente e de modo presencial, mas por motivos evidentemente estranhos a sua vontade, nos moldes em que foi pactuado originariamente não estava sendo possível continuar com as atividades e aulas presenciais, situação momentânea.

Desse modo, o julgamento da 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo suscitou ser pertinente manter a base do negócio, especialmente por considerar que o colégio tem tomado medidas para manter aulas, transmitindo-as on-line, o que também geraria diversos custos e adaptação do corpo docente, cabendo a observância do princípio da boa-fé objetiva e dos deveres que lhe são correlatos.

Assim, é perceptível que, para concretização do reajuste, não basta a mera alegação de que a pandemia causou um desequilíbrio contratual, sendo necessária a comprovação clara de que o evento ocasionou uma efetiva mudança no conjunto das obrigações que justifica o contrato e sua função social. Na situação das escolas, no que

⁹⁴ CARNAÚBA, D., DIAS, D., REINIG, H. O Corona Vírus e a impossibilidade de cumprimento das obrigações nas relações de consumo. In: Rosenvald, Nelson; Filho, Carlos Edison do Rêgo Monteiro; Densa, Roberta; Godinho, Adriano Marteleto; Bonna, Alexandre Pereira. Coronavírus e responsabilidade civil. Editora Foco. Edição do Kindle.

⁹⁵ TJSP, AI: 20637678020208260000 SP 2063767-80.2020.8.26.0000, Relator: Edgard Rosa, Data de Julgamento: 14/04/2020, 22ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/04/2020.

toca ao conteúdo e métodos de ensino, não obstante os resultados atuais não sejam ideais, há perspectiva real de contorno após o fim da pandemia, com a retomada das atividades. O que se perder em termos de conteúdo acumulado poderá ser readaptado na nova rotina. A boa-fé pode ser invocada como fundamento de deveres anexos para os contratados agora e depois, consoante previsto no art. 422 do CC.

Por conseguinte, supondo que esta família do estudante foi de fato prejudicada financeiramente em razão do isolamento social, seja por uma situação inesperada de desemprego de um dos membros, seja pelo encerramento momentâneo da atividade econômica desenvolvida por alguns dos membros, ao ponto de ter sua renda extremamente comprometida, somente uma negociação junto a instituição de ensino atenderia sua situação. Nesse campo, a autonomia privada contemplaria uma renegociação do contrato, mais por vontade e aquiescência das partes. Isso porque, não há conexão possível entre a situação econômica da família e o seu compromisso cumprido com a escola. Não há necessidade, não há força maior. Advindo o desequilíbrio de situação estranha ao contrato, ao seu objeto, não há onerosidade excessiva. Portanto, não seria pertinente tentar alcançar o desconto forçado na mensalidade escolar, pela via da instância judicial, simplesmente pela mudança na situação financeira da família, considerando que essa mudança poderia ocorrer por diversos outros motivos que não necessariamente ligados à pandemia. Exemplo disso seria se os pais do estudante ficassem desempregados, motivo que, em regra, não ensejaria a revisão contratual.

Além disso, se a escola se posiciona garantido a prestação do serviço com a mesma atenção e qualidade, só que temporariamente na modalidade *online*⁹⁶, pleitear o reajuste no valor da mensalidade sob alegação de que a instituição deve cobrar mais barato por ministrar aulas apenas virtualmente, também não é uma justificativa razoável, haja vista que tais circunstâncias são extraordinárias à rotina e estrutura da escola, além de ser uma condição temporária, existindo outras formas, como dito, de compensar esta eventualidade, como oferecimento de reposição da carga horária em momento posterior.

Acrescenta-se ainda, que os pagamentos mensais geralmente são parcelas de um contrato fixado anualmente. E não necessariamente a instituição terá os custos reduzidos, pois seguirá tendo suas obrigações de pagar, como aluguel, empregados, financiamentos, prestações referentes a investimentos já realizados em infraestrutura, e também com o suporte tecnológico necessário para sustentar a plataforma de aulas à distância ou capacitação de professores, o que já é em si um grande desafio. Vale enfatizar, portanto, que cada situação deve ser analisada individualmente, pois como afirma Armando Rovai, professor de direito do consumidor da Universidade Mackenzie, em São Paulo “*Não estamos trabalhando com uma mera questão mercadológica, mas*

⁹⁶ Expressão inglesa que se refere a estar numa conexão ou na internet.

*um cenário que exige solidariedade e fraternidade, onde ninguém deve querer levar vantagem*⁹⁷.

Faz-se mister reafirmar a importância dos princípios que norteiam a responsabilidade contratual, quais sejam a boa-fé objetiva, função social do contrato e o equilíbrio contratual, como o melhor caminho na busca de soluções para os impactos nas relações negociais em razão da pandemia do novo Coronavírus, porque como cláusulas gerais desafiam o exame das especificidades do caso concreto.

Ponderam Chaves e Rosenvald, “*a função social pode exercitar importante papel de fortalecimento da ordem do mercado, tutelando instituições, princípios e regras que promovam um saudável ambiente econômico concorrencial*”⁹⁸. Como destacado por Pablo Stolze, a função social do contrato possui dupla eficácia⁹⁹. Em primeiro plano, a perspectiva intrínseca impõe o trato ético e leal a ser observado pelos contratantes, ou seja, respeito a lealdade negocial, confiança e boa-fé objetiva, com a finalidade de um tratamento idôneo das partes. Em segundo plano, a perspectiva extrínseca prevê a relação contratual à luz da coletividade, ou seja, a eficácia e impacto do contrato na sociedade e no desenvolvimento social.

Dessa forma, segundo Fabiana Rodrigues Barletta¹⁰⁰, a função social do contrato atua traçando deveres socialmente relevantes e tutelados constitucionalmente, como a boa-fé objetiva, que prevê que as partes devem agir com honestidade, correspondendo à confiança depositada pela parte contrária, a fim de preservar a vigência dos contratos e seus efeitos.

Assim, observa-se a relevância da interpretação desse contexto contemplando a função social principalmente nas situações nas quais o inadimplemento em massa pode gerar um efeito cascata. A partir do momento em que os indivíduos deixam de cumprir as prestações pactuadas, seja da entrega do produto final ou o pagamento da mensalidade da escola do filho, outras pessoas serão afetadas, podendo sofrer demissão ou ter seu salário desproporcionalmente reduzido, o que acarretará não só mais inadimplementos, mas também uma difícil recuperação econômica do país.

⁹⁷ PINHEIRO, Chloe. Como fica a mensalidade da escola durante a pandemia de coronavírus? Bebê. Abril, 2020. Disponível em: < <https://cutt.ly/2yYYUWV>>. Acesso em: 18 de maio de 2020

⁹⁸ FARIAS, C. C., ROSENVALD, N. Curso De Direito Civil – Contratos. Vol.4. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 235-236.

⁹⁹ GAGLIANO, P. S., PAMPLONA, R. Manual de Direito Civil; volume único. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 625-630.

¹⁰⁰ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. A REVISÃO CONTRATUAL NO CÓDIGO CIVIL, NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A PANDEMIA DO CONORAVÍRUS (COVID-19). In: Rosenvald, Nelson; Filho, Carlos Edison do Rêgo Monteiro; Densa, Roberta; Godinho, Adriano Marteleto; Bonna, Alexandre Pereira. Coronavírus e responsabilidade civil. Editora Foco. Edição do Kindle.

Quanto a boa-fé objetiva, Judith Martins-Costa leciona que esse padrão valorativo não apenas funciona como modelo de comportamento, pautando valores socialmente significativos como cooperação, solidariedade, lealdade, probidade e consideração aos legítimos interesses alheios, como também possui uma função produtiva, capaz de gerar normas heterônomas¹⁰¹.

Ainda de acordo com a doutrinadora, a boa-fé se firma como princípio cardeal do direito contratual, uma vez que substitui a “autonomia da vontade” pela “autonomia privada”, atrelada ao reconhecimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que se exerce, em larga medida, na vida coletiva, constituindo, conseqüentemente, uma “autonomia solidária”¹⁰², fundamental nas relações contratuais privadas.

Diversas são as situações concretas nos quais a obrigação não tenha se tornado inexecutável de maneira definitiva, ou excessivamente onerosa, devem as partes colaborar para preservação do contrato, mantendo-o vigente, com a mitigação dos possíveis danos. Não obstante, vale reiterar que cada situação deve ser avaliada individualmente, as premissas essenciais pautadas e estruturadas com fundamento nos princípios que orientam o sistema contratual conduzirá as soluções possíveis e ideais, no sentido da solidariedade que deve inspirar esses tempos tão diferentes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os reflexos da pandemia da COVID-19 sobre a sociedade brasileira já são sentidos em diversos âmbitos, afetando a economia, a vida social e a família dos indivíduos. Os reflexos sobre os contratos firmados merecem cuidadosa análise, pela importância dos contratos na geração de riqueza e circulação de capital, o que é relevante em tempo de crise.

Não há solução preconcebida idealmente que possa se ajustar as situações vivenciadas em distintos setores, mas algumas premissas podem ser estabelecidas para contribuir na apresentação de caminhos a serem trilhados, as quais devem ter esteio no sistema normativo, com olhar voltado aos princípios estruturais do direito contratual.

A perfeita caracterização dos institutos da força maior e onerosidade excessiva é o ponto de partida para guiar as soluções acertadas para os casos concretos, afastando o oportunismo e a banalização de institutos traçados para soluções específicas, seja em termos de extinção ou sobrestamento do cumprimento do contrato, seja a revisão das cláusulas, mantendo coerente o sistema contratual.

¹⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. Revista brasileira de direito comparado. Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, 2004, n. 25, p. 236.

¹⁰² Idem, p. 237.

A força maior e a onerosidade excessiva são aplicáveis a situações distintas. No primeiro instituto, a obrigação encontra-se absolutamente impossibilitada de ser cumprida, de maneira definitiva ou temporária, por circunstâncias alheias à conduta das partes. Já no segundo, ainda se verifica a possibilidade do adimplemento da prestação, entretanto, as circunstâncias supervenientes a tornam excessivamente onerosa para uma das partes, podendo ou não causar uma extrema vantagem para o polo oposto, abalando-se o sinalagma funcional no qual se fundamentou a contratação, de modo a ocasionar um flagrante desequilíbrio contratual.

Há de se ter atenção às particularidades de cada caso concreto, inclusive o tipo de contrato firmado e a expectativa das partes no que tange à realização dos seus interesses, pois não existe uma resposta padrão a ser aplicada. Nesse contexto é essencial ressaltar que, sempre que for possível, a solução preconizada deve contemplar como relevante a preservação dos contratos, possibilitando que a extinção concorra como resultado do cumprimento do propósito para o qual foi firmado. O diálogo e a adaptação do contrato pelas próprias as partes contratantes é o ideal, entretanto, a solução concebida pela via judicial deve observância aos princípios que regem a responsabilidade civil e os deveres contratuais, como o da função social do contrato, o equilíbrio contratual e a boa-fé objetiva, cuja vivacidade diante de momento complexo é indubitosa.

Com segurança, é possível afirmar que a conciliação, mediação ou negociação pelos contratantes será sempre o melhor remédio. E quando as partes não chegarem ao consenso, o Poder Judiciário terá o papel importantíssimo de resgatar os referidos princípios para propor uma solução justa e razoável, de acordo com cada caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRASCE esclarece que não haverá isenção de aluguel em shopping, apenas adiamento. Infomoney. Março, 2020. Disponível em: <<https://cutt.ly/lyby9Ea>> Acesso em: 10 de maio de 2020;

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências.** São Paulo: Saraiva. 1949;

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. **A REVISÃO CONTRATUAL NO CÓDIGO CIVIL, NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A PANDEMIA DO CONORAVÍRUS (COVID-19).** In: Rosenvald, Nelson; Filho, Carlos Edison do Rêgo Monteiro; Densa, Roberta; Godinho, Adriano Marteleto; Bonna, Alexandre Pereira. Coronavírus e responsabilidade civil. Editora Foco. Edição do Kindle;

BIERNATH, André. **Quais as semelhanças entre a Covid-19 e outras pandemias do passado?.** Saúde Abril. Abril, 2020. Disponível em: <<https://saude.abril.com.br/blog/>>

tunel-do-tempo/semelhancas-covid-pandemias-passado/> Acesso em: 05 de maio de 2020;

BOEHMER, Gustav. **El Derecho A Través de la Jurisprudencia – su aplicación y creación, trad. esp.**, Barcelona, Bosch, 1959;

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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 03 de maio de 2020;

BRASIL. **Lei nº10.406, 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 de maio de 2020;

BRASIL. **Medida provisória nº 925, de 18 de março de 2020.**

Dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da covid-19. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv925.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2020;

BRASIL. **Medida provisória nº 927, de 22 de março de 2020.** Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2020;

BRASIL. **Medida provisória nº 936, de 1 de abril 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2020;

BRASIL. **Medida provisória nº 948, de 8 de abril de 2020.** Dispõe sobre o cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e cultura em razão do estado de calamidade pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv948.htm>. Acesso em: 23 de maio de 2020;

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 884, de 2020.** Dispõe sobre a suspensão na cobrança do pagamento de aluguéis em caráter emergencial a pessoas físicas e jurídicas, bem como os casos da assunção destes valores pelo Governo Federal, pelo prazo de 90 (noventa) dias, devido à pandemia do Coronavírus (covid-19). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141190>> Acesso em: 06 de maio de 2020;

BRASIL. Senado Federal. **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). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141306>> Acesso em: 06 de maio de 2020;

CARNAÚBA, D., DIAS, D., REINIG, H. **O Corona Vírus e a impossibilidade de cumprimento das obrigações nas relações de consumo**. In: Rosenvald, Nelson; Filho, Carlos Edison do Rêgo Monteiro; Densa, Roberta; Godinho, Adriano Marteleto; Bonna, Alexandre Pereira. Coronavírus e responsabilidade civil. Editora Foco. Edição do Kindle;

CARVALHO, Igor. **Quais são as medidas adotadas por cada estado brasileiro contra o Coronavírus**. Brasil de Fato. Abril, 2020. Disponível em: <<https://cutt.ly/2ybuqUe>>. Acesso em: 06 de maio de 2020;

CASTRO, Tiago. **O coronavírus e a teoria da imprevisão: contratos no Direito Civil**. Conjur. Abril, 2020. Disponível em: <<https://cutt.ly/KyYT6IJ>>. Acesso em: 19 de maio de 2020;

Enunciado nº 175 do CJF/STF, da III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/316>> Acesso em: 06 de maio de 2020;

Enunciado nº 365 do CJF/STF, da IV Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/483>> Acesso em: 18 de maio de 2020;

Enunciado nº 366 do CJF/STF, da IV Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/486>> Acesso em: 18 de maio de 2020;

Enunciado nº 440 do CJF/STF, da V Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/346>> Acesso em: 14 de maio de 2020;

FARIAS, C. C., NETTO, F. B., ROSENVALD, N. **Manual de Direito Civil**. Volume Único - 5.ed. rev., ampl. e atual - Salvador: Ed. JusPodivm, 2020;

FARIAS, C. C., ROSENVALD, N. **Curso De Direito Civil: Contratos**. Vol.4. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019;

FIGUEREDO, Dannilo Ferreira; SANTOS, Thiago Silva. **A teoria da imprevisão e a sua (in)aplicabilidade nos contratos aleatórios por natureza**. Âmbito Jurídico. Setembro, 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-teoria-da-imprevisao-e-a-sua-in-aplicabilidade-nos-contratos-aleatorios-por-natureza>>. Acesso em: 30 de maio de 2020;

FILHO, Carlos Edison do Rêgo Monteiro. **Coronavírus e força maior: Configuração e limites**. In: Rosenvald, Nelson; Filho, Carlos Edison do Rêgo Monteiro; Densa, Roberta; Godinho, Adriano Marteleto; Bonna, Alexandre Pereira. Coronavírus e responsabilidade civil. Editora Foco. Edição do Kindle;

- GAGLIANO, P. S., PAMPLONA, R. **Manual de Direito Civil**; volume único. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018;
- GIMENES, Erick. **Governo libera R\$ 40 bi em empréstimos para pequenas empresas pagarem salários**. Brasil de Fato. Maio, 2020. Disponível em: <<https://cutt.ly/4ybuwL3>> Acesso em: 10 de maio de 2020;
- GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001;
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 15. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018;
- LUIZ, Diego. **A resolução contratual por onerosidade excessiva**. Âmbito Jurídico. Julho, 2017. Disponível em: <<https://cutt.ly/uybue0V>>. Acesso em: 09 de maio de 2020;
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações**. **Revista brasileira de direito comparado**. Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, 2004, n. 25;
- OMS. **Coronavirus disease (COVID-2019) situation reports**. Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/situation-reports/>>. Acesso em: 02 de junho de 2020;
- Organização Pan-Americana da Saúde/OMS. **Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)**. Maio, 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875> Acesso em 18 de maio de 2020;
- Os efeitos da pandemia de covid-19 sobre os contratos comerciais e administrativos**. Machado Meyer. Março, 2020. Disponível em: <<https://cutt.ly/lyburJx>>. Acesso em: 06 de maio de 2020;
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Atualizado por Luiz Roldão de Freitas Gomes. 20. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004;
- PINHEIRO, Chloe. **Como fica a mensalidade da escola durante a pandemia de coronavírus?**. Bebê. Abril, 2020. Disponível em: <<https://cutt.ly/2yYYUWV>> Acesso em: 18 de maio de 2020;
- Pontes de Miranda, F. C. **Tratado de direito privado**. t. XXV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012;
- RESEDÁ, Salomão. **Todos querem apertar o botão vermelho do art. 393 do Código Civil para se ejetar do contrato em razão da covid-19, mas a pergunta que se faz é: todos possuem esse direito?**. In: Rosenvald, Nelson; Filho, Carlos Edison do

- Rêgo Monteiro; Densa, Roberta; Godinho, Adriano Marteleto; Bonna, Alexandre Pereira. Coronavírus e responsabilidade civil. Editora Foco. Edição do Kindle;
- ROCHA, C. M., ROCHA, H. F. ROCHA, A. C. **Da possibilidade de revisão ou resolução do contrato diante de um fato superveniente, extraordinário e imprevisto.** Âmbito Jurídico. Agosto, 2017. Disponível em: <<https://cutt.ly/lybuyc0>> Acesso em: 06 de maio de 2020;
- SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar.** São Paulo: Saraiva, 2018;
- SCHREIBER, Anderson. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência.** Rio de Janeiro: Forense, 2019;
- STJ, **REsp 1348081/RS**, 3º Turma, Rel. Min. João Otávio Noronha, Data de Julgamento: 02.06.2016;
- STJ, **REsp 87.226/DF**, 3º Turma, Rel. Min. Costa Leite, j. 21.05.1996, DJ 05.08.1996, p.26.352, Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/542647/recurso-especial-resp-87226>>. Acesso em: 09 de maio de 2020;
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.** 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, v.2;
- TARTUCE, Flávio. **Função Social dos contratos. Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002.** 2ª ed. São Paulo: Método, 2007;
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único.** 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018;
- TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA, Heloísa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.** Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004;
- TJSP, **AI: 20637678020208260000 SP 2063767-80.2020.8.26.0000**, Relator: Edgard Rosa, Data de Julgamento: 14/04/2020, 22ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/04/2020;
- TJSP, **AI: 20719382620208260000 SP 2071938-26.2020.8.26.0000**, Relator: Carlos Henrique Miguel Trevisan, Data de Julgamento: 05/02/2014, 29ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/05/2020;
- TJSP, **AI: 20817534720208260000 SP 2081753-47.2020.8.26.0000**, Relator: Arantes Theodoro, Data de Julgamento: 06/05/2020, 36ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/05/2020;
- TJSP, **AI: 366.368-4/3**, Relator: Juiz Sousa Lima, 7ª Câmara de Direito Privado, Origem: Comarca de São Bernardo do Campo, Data de julgamento: 16/02/2005, v.u;

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 15. ed. Atlas: São Paulo, 2015.

REFLEXÕES SOBRE OS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR NAS SITUAÇÕES DE CONTAMINAÇÃO DO EMPREGADO PELO COVID-19

Ana Paola Santos Machado Diniz¹⁰³

Gabriela Silva e Lima ¹⁰⁴

Maria Paula Silva da Costa ¹⁰⁵

RESUMO: Em meio à pandemia do coronavírus (COVID-19), há a insurgência de crises em diferentes setores, inclusive, nas relações de trabalho. O momento exige reflexão sobre as medidas jurídico-trabalhistas relacionados à saúde do trabalhador, contemplando o alto risco de contaminação do vírus. Partindo dessa concepção, o presente estudo analisa a possibilidade de responsabilização civil do empregador pelos danos decorrentes do contágio do trabalhador durante a prestação de serviços, tendo em vista os fundamentos do dever de reparação e os princípios aplicáveis. Não descuida da análise da MP nº927, editada no curso da crise pandêmica e que mereceu análise do STF em controle de constitucionalidade em tema de saúde e segurança.

Palavras-chave: Coronavírus; Cláusula Geral de Responsabilidade Objetiva; Doença Ocupacional; Risco e Culpa; Medida Provisória nº927; ADI 6342.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A medida provisória 927/20 e sua harmonia com o sistema de proteção à saúde e segurança no trabalho. 3. Os fundamentos da responsabilidade civil do empregador. 4. A cláusula geral de responsabilidade objetiva e as situações acidentárias vivenciadas com a pandemia do covid-19. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A pandemia do coronavírus (COVID-19) espalha-se no vasto território nacional, representa risco à saúde da população, descontinua a atividade empresarial em variados setores da economia, traz incremento em outros setores considerados essenciais, inclusive para permitir o eficaz isolamento social do conjunto da sociedade, com múltiplos reflexos nas relações de trabalho. O momento atípico vivenciado exige acuidade e ponderada reflexão, porque em risco uma sociedade atemorizada pela crise

¹⁰³ Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal de Pernambuco, professora da Universidade do Estado da Bahia, Desembargadora do Trabalho TRT-5

¹⁰⁴ Graduanda do Curso de Direito da Universidade do Estado da Bahia - UNEB, gabriela.selimaa@gmail.com;

¹⁰⁵ Graduanda pelo Curso de Direito da Universidade do Estado da Bahia – UNEB, mp.costa@yahoo.com.

sanitária e extremamente preocupada com os efeitos sobre sua condição pessoal e econômica.

Na medida em que se elevam os casos de contaminação pelo COVID-19 e ficam patentes as consequências sobre a condição de saúde dos indivíduos afetados, cresce a preocupação com a saúde dos trabalhadores expostos a essa nova condição de risco no trabalho, desencadeando o debate acerca da responsabilidade do empregador.

Nos ditames da responsabilidade civil-trabalhista, o inciso XXVIII, do artigo 7º da Carta Magna, define que são direitos dos trabalhadores o “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”¹⁰⁶.

Não obstante o indubitado cabimento do dever de reparação pelo empregador quando o acidente de trabalho decorrer de ilícito subjetivo, no âmbito do RE 828040¹⁰⁷, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, a Suprema Corte firmou tese no sentido da compatibilidade do art. 927, parágrafo único, do Código Civil com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho.

O problema que se põe à consideração é quanto à pertinência da invocação dessa cláusula geral de responsabilidade objetiva para justificar o dever de reparação do empregador pelos danos decorrentes do contágio da COVID-19 em situação caracterizada como acidente de trabalho. Está claro que, os profissionais de saúde sempre estiveram expostos ao risco de contágio de doenças, aparecendo o COVID 19 como situação de agravamento. Contudo, para inúmeros outros trabalhadores, o contágio de enfermidade grave por contato interpessoal no trabalho seria impensável, não fosse a pandemia. A alínea “d” do §1º do art. 20 da Lei 8.213/91¹⁰⁸ expressa que a natureza do trabalho, ao determinar uma exposição ou contato direto do trabalhador com doença endêmica, pode justificar sua caracterização como doença ocupacional. Também o comando do art. 21, III da Lei 8.213/91 dita se equiparar a acidente de trabalho “a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade”.

Nesse contexto, a concepção de risco assume um protagonismo inusitado, a desafiar o traçado de seu conteúdo teórico, com o olhar voltado para o já assentado na doutrina e na jurisprudência. Também se impõe o exame da Medida Provisória 927,

¹⁰⁶ BRASIL. Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 07 mai. 2020.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 828040. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4608798>>. Acesso em: 10 mai. 2020.

¹⁰⁸ BRASIL. Planalto. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 10 mai. 2020.

editada no curso da crise pandêmica, que, em tema relacionado à saúde e segurança do trabalhador, admitiu o recuo em ações de prevenção a acidente do trabalho, cujos desdobramentos podem representar agravamento dos riscos, sem, necessariamente, gerar isenção de responsabilidade do empregador, se sobrevier dano.

O objetivo deste estudo é, portanto, tracejar os possíveis fundamentos da responsabilidade do empregador quando evidenciados os danos à saúde do empregado pelo contágio do COVID-19, em situação caracterizável como acidente de trabalho, permitindo aos sujeitos sociais a plena compreensão das suas posições jurídicas e, o quanto possível, a adoção de medidas aptas a prevenir a situação danosa.

2. A MEDIDA PROVISÓRIA 927/20 E SUA HARMONIA COM O SISTEMA DE PROTEÇÃO À SAÚDE E SEGURANÇA NO TRABALHO

De início cumpre ressaltar que, conforme estabelecido na Carta Magna de 88, em seu artigo 196, a saúde é dever do Estado, e um direito de todos, devendo ser garantida por medidas políticas, sociais e econômicas, afim de reduzir o risco de doenças e garantir de um acesso igualitário e universal.

O dispositivo tem pertinência com a pandemia do COVID-19, explicando ações estatais direcionadas ao enfrentamento da emergência de saúde pública, como isolamento domiciliar das pessoas, quarentena, restrições de funcionamento de centros comerciais, meios de transporte, ampliação da rede de atendimento à população pelo SUS, etc, muitas das quais já foram previstas desde a edição da Lei 13.979 de 06.02.2020.

Quando transposto para a relação de trabalho, o art. 196 da Constituição Federal assinala o importante papel do Estado a orientar as medidas de segurança e higiene do trabalho a serem adotadas pelo empregador para conter ou minimizar os danos à saúde do trabalhador.

Sua correlação com o art. 7º XXII do mesmo texto constitucional é manifesta, pois ao trabalhador se garante, como direito essencial, “a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”¹⁰⁹. O dispositivo contempla o princípio do risco mínimo regressivo, expressão cunhada por Sebastião Geraldo de Oliveira¹¹⁰ e cujo conteúdo normativo está entrelaçado à proteção da integridade física do trabalhador, a manutenção da sua condição de saúde no trabalho, com controle dos agentes agressivos, equilibrando-se, assim, com o artigo 4º da Convenção 155 da OIT, ratificada pelo Brasil, que estabelece como essencial a redução

¹⁰⁹ BRASIL. Planalto. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 07 mai. 2020.

¹¹⁰ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2010. p.124.

“ao mínimo, na medida do razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente do trabalho.¹¹¹”

Portanto, há sentido em defender-se, com esteio no art. 1º, III da Constituição Federal, que a preservação da saúde física e psíquica do trabalhador e a redução dos meios agressivos presentes no meio ambiente laboral, concorrem para demarcar os valores essenciais de um Estado verdadeiramente Democrático e de Direito. O inciso IV do mesmo dispositivo constitucional, ao aludir aos valores social do trabalho e da livre iniciativa, intenta harmonizar o legítimo interesse dos empresários de gerar riqueza, a partir da exploração dos meios de produção, com a proteção social dos trabalhadores.

O trabalho é valor fundamental porque aparato da cidadania, porque viabiliza o acesso pelo trabalhador aos bens de consumo essenciais para uma vida digna para si e para sua família, “ do qual decorre o conjunto de direitos sociais destinados a proteger os trabalhadores, inclusive quando os mesmos não conseguem obter ocupação” ¹¹² ou após o transcurso de uma vida produtiva, pelo exercício do direito à inatividade. A saúde do trabalhador e a preservação de um meio ambiente laboral equilibrado são consectário.

Norma Sueli Padilha¹¹³ adverte que a questão do equilíbrio ambiental no trabalho concorre para a humanização no trabalho, que não deve se restringir à preocupação com as concepções econômicas correlatas à atividade laborativa, mas garantir a efetividade dos direitos humanos do trabalhador, consubstanciando-se no direito ao meio ambiente equilibrado, disposto no artigo 200, VIII e no caput do artigo 225, ambos da Constituição Federal .

Também a livre iniciativa é apresentada como um valor, se reserva ao empresário o poder de desenvolver seu projeto econômico no sentido da maximização da lucratividade, devendo, contudo, voltar-se ao cumprimento da função social da empresa, corolário da função social da propriedade, art. 5º XXIII da Constituição Federal.

Nesse sentido, ensina Renata Dezem¹¹⁴:

¹¹¹ Convenção nº 155 da OIT. 18 de maio de 1992 Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_155.html. Acesso em: 10 mai. 2020.

¹¹² BALERA, Wagner. O valor social do Trabalho. Revista de Direito Social 31, Out/Dez 2008, p. 159. Disponível em <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDS%2032%20-%20Mem%C3%B3ria%20Hist%C3%B3rica.pdf>. Acesso em 20 mai. 2020.

¹¹³ PADILHA, Norma Sueli. Do meio ambiente do trabalho equilibrado. São Paulo: Ltr, 2002, p. 25

¹¹⁴ DEZEM, Renata Mota Maciel. Função social da empresa: concretização a partir da regulação da atividade empresarial. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 17, n. 2, p. 313-330, jul./dez. 2018.

A função social da empresa não busca aniquilar as liberdades e os direitos dos empresários, e nem pretende fazer da empresa uma extensão do Estado no cumprimento de suas obrigações(...).

Contudo, o legítimo interesse de lucratividade deverá conciliar-se com interesses sociais imateriais que se impõem à gestão empresarial, dos quais, a proteção aos empregados, é um dos mais relevantes.

Como afirma Ana Frazão¹¹⁵:

(...) o objetivo da função social é, sem desconsiderar a autonomia privada, reinserir a solidariedade social na atividade econômica (...), não tem a finalidade de anular a livre iniciativa nem de inibir as inovações na órbita empresarial, mas sim de assegurar que o projeto do empresário seja compatível com o igual direito de todos os membros da sociedade de também realizarem os seus respectivos projetos de vida.

Portanto, a importância da empresa, como expressão da livre iniciativa deve ultrapassar a esfera econômica e alcançar os interesses sociais tidos como igualmente relevantes, o que inclui o bem estar e saúde dos trabalhadores, consumidores e demais parceiros econômicos, a geração de empregos, o recolhimento de tributos e, também, a preservação do meio ambiente. Nesse sentido, sem desprender-se do significativo interesse à lucratividade, concorre poderosamente para a melhor distribuição da riqueza e erradicação da pobreza, garantia indeclinável rumo ao desenvolvimento social que se espera alcançar.

Observam Dezem, Ruiz e Oliveira¹¹⁶ que:

(...) a função social relaciona-se com todos os princípios constitucionais, a saber, a livre iniciativa, a livre concorrência, a proteção dos empregados, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais e o tratamento diferenciado às empresas de pequeno porte, deixando explícita a responsabilidade da empresa tanto em relação aos envolvidos na atividade (sócios, empregados, colaboradores e consumidores), quanto à coletividade.

Curial rememorar que, em questões ambientais, e do meio ambiente em geral não se destaca o meio ambiente laboral, a precaução sobressai como princípio condutor. Assim, merece referência a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada no Rio de Janeiro em 1992. O princípio quinze preconiza que:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar

¹¹⁵ FRAZAO, Ana. Função social da empresa. Rio de Janeiro: Inovar, 2011, p. 200.

¹¹⁶ DEZEM, Renata Mota Maciel. Op. cit., p. 313-330.

medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.¹¹⁷

Nos termos do art. 5º§2º e §3º da Constituição Federal o catálogo de direitos fundamentais é aberto, permitindo a incorporação de direitos humanos tracejados em convenções internacionais ratificadas pelo Brasil.

Diversas são as convenções da OIT, ratificadas pelo Brasil, relacionadas a esse tema, a exemplo da Convenção 161, a tratar sobre Serviços de Saúde no Trabalho, Convenção 155, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores, Convenção 148 sobre contaminação do ar, ruído e vibrações, Convenção 136, sobre proteção contra os riscos da intoxicação pelo Benzeno, Convenção 115, sobre proteção contra radiações, etc.

A Medida Provisória 927/20¹¹⁸, editada no intuito de propor medidas trabalhistas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do COVID-19 não tem como desvencilhar-se dessa estrutura normativa que a antecede, ainda que sob a justificativa da crise. Diversos dos seus dispositivos suscitaram questionamentos acerca da sua compatibilidade com a Constituição Federal, apontados por afrontar direitos fundamentais dos trabalhadores, tornando-se objeto de algumas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), ADI 6342, ADI 6344, ADI 6346, ADI 6348, ADI 6349, ADI 6352 e ADI 6354.

No pano de fundo dessa discussão a reflexão quanto a concorrerem as medidas de enfrentamento do estado de calamidade pública, editadas sob a justificativa de preservação da renda e do emprego das famílias, para a dilapidação de direitos trabalhistas mínimos. Resta latente a preocupação de que, finda a crise gerada pela pandemia, as soluções pautadas para vigerem provisoriamente, sirvam de escada para outras propostas de flexibilização, projetando-se o argumento econômico para além dos limites fixados constitucionalmente e sob inspiração da função social da propriedade e da empresa.

Merece destaque o manifesto distanciamento da Medida Provisória 927 do traçado constitucional de promoção e proteção à saúde insculpidos nos artigos 196 e 7º XXII da Constituição Federal, justamente quando essas questões se tornaram extremamente sensíveis e, sobretudo, imperiosas.

¹¹⁷ DECLARAÇÃO DO RIO DE JANEIRO SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2020.

¹¹⁸ BRASIL. Planalto. **MEDIDA PROVISÓRIA Nº 927, DE 22 DE MARÇO DE 2020. Disponível em** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm>. Acesso em: 09 mai. 2020

Isso se revela nos artigos 15 e 16¹¹⁹, que tratam da suspensão de obrigatoriedade de realização de exames médicos ocupacionais, ressaltando apenas os exames demissionais, pelo prazo de sessenta dias do encerramento do estado de calamidade pública. Como nos termos do Decreto Legislativo nº 6 de 2020 esse estado de calamidade teve seus efeitos projetados até 31.12.2020, a obrigatoriedade dos exames foi postergada até março de 2021. Também durante o estado de calamidade pública fica suspensa a obrigatoriedade de realização de treinamentos periódicos e eventuais dos empregados, consoante previsto em normas regulamentadoras de segurança e saúde no trabalho, oferecendo-se como simples alternativa sua realização na modalidade ensino à distância.

O artigo 29¹²⁰ merece igual referência por suscitar uma questionável presunção desfavorável ao empregado, ao dispor que os casos de contaminação pelo coronavírus não serão considerados doenças ocupacionais, salvo mediante comprovação do nexo causal, o que, por óbvio, corria o risco de ser interpretado como ônus do trabalhador.

Finalmente, o art. 31¹²¹ a transformar a ação dos Auditores Fiscais do Trabalho do Ministério da Economia, durante o período de cento e oitenta dias, em meramente orientadora, ou seja, sem autuação das irregularidades constatadas quanto ao cumprimento das obrigações empresariais, o que envolve um leque de medidas regulamentadoras editadas pelo Ministério do Trabalho, atualmente pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho (SEPRT), amplamente voltadas as ações de

¹¹⁹ Art. 15. Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, fica suspensa a obrigatoriedade de realização dos exames médicos ocupacionais, clínicos e complementares, exceto dos exames demissionais. § 1º Os exames a que se refere caput serão realizados no prazo de sessenta dias, contado da data de encerramento do estado de calamidade pública. § 2º Na hipótese de o médico coordenador de programa de controle médico e saúde ocupacional considerar que a prorrogação representa risco para a saúde do empregado, o médico indicará ao empregador a necessidade de sua realização. § 3º O exame demissional poderá ser dispensado caso o exame médico ocupacional mais recente tenha sido realizado há menos de cento e oitenta dias. Art. 16. Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, fica suspensa a obrigatoriedade de realização de treinamentos periódicos e eventuais dos atuais empregados, previstos em normas regulamentadoras de segurança e saúde no trabalho.

§ 1º Os treinamentos de que trata o caput serão realizados no prazo de noventa dias, contado da data de encerramento do estado de calamidade pública.

§ 2º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, os treinamentos de que trata o caput poderão ser realizados na modalidade de ensino a distância e caberá ao empregador observar os conteúdos práticos, de modo a garantir que as atividades sejam executadas com segurança.

¹²⁰ Art. 29. Os casos de contaminação pelo coronavírus (covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal.

¹²¹ Art. 31. Durante o período de cento e oitenta dias, contado da data de entrada em vigor desta Medida Provisória, os Auditores Fiscais do Trabalho do Ministério da Economia atuarão de maneira orientadora, exceto quanto às seguintes irregularidades: I - falta de registro de empregado, a partir de denúncias; II - situações de grave e iminente risco, somente para as irregularidades imediatamente relacionadas à configuração da situação; III - ocorrência de acidente de trabalho fatal apurado por meio de procedimento fiscal de análise de acidente, somente para as irregularidades imediatamente relacionadas às causas do acidente; e IV - trabalho em condições análogas às de escravo ou trabalho infantil.

segurança e medicina no trabalho. As exceções previstas em quatro incisos, a autorizar a plenitude da ação fiscalizatória da auditoria do trabalho eram bem limitadas, assinalando, assim, o distanciamento dos valores tracejados pela Carta Magna em matéria sensível.

O STF não tardou na análise da questão e em julgamento colegiado ocorrido em 29.04.2020, examinando as (ADIs), ADI 6342, ADI 6344, ADI 6346, ADI 6348, ADI 6349, ADI 6352 e ADI 6354. por maioria, decidiu suspender a validade de dois dos dispositivos mencionados, o art. 29 e o art. 31.

O Pleno reuniu-se para referendo da decisão liminar¹²² proferida pelo relator, ministro Marco Aurélio, que, em relação ao art. 29 disse que “tendo em vista a prestação de serviços, afasta o enquadramento, como doença ocupacional, de caso de contaminação pelo coronavírus. O preceito atende, de início, aos ditames constitucionais”. Com relação ao art. 31 o relator justificou que “está direcionado à atuação dos auditores. Com o dispositivo, busca-se não perturbar, além do necessário a vida empresarial, não implicando conclusão sobre a colocação, em segundo plano, da fiscalização.”

A divergência, nessa matéria, foi aberta com o voto do ministro Alexandre de Moraes, que entendeu necessário suspender os artigos 29 e 31. Justificou que o artigo 29, por ser tão amplo, acabava por excluir a contaminação pelo COVID-19 como doença ocupacional, considerados os critérios objetivos da lei previdenciária, para inúmeros trabalhadores de atividades essenciais, os quais estão atualmente expostos ao vírus, citando como exemplo os médicos, enfermeiros, *motoboys* e quem trabalha em supermercados. Também afirmou que o artigo 29 confronta o entendimento atual do STF, firmado no RE 828040, no sentido do reconhecimento da responsabilidade objetiva do empregador, quando a atividade normalmente desenvolvida pela empresa, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

Sobre o artigo 31, o ministro Alexandre de Moraes sinalizou não vê qualquer motivo para suspender o trabalho dos auditores do trabalho, afirmando ainda que " uma medida provisória não pode estabelecer fiscalização menor, que atenda contra a saúde do empregado e não auxilia em nada em relação à pandemia".

Sustentou, também, que os artigos em exame não guardam relação com os propósitos da Medida Provisória 927, votada para a minimização dos trágicos efeitos econômicos da pandemia, tanto em relação ao empregado quanto em relação ao

¹²² STF, ADIN 6342, data de julgamento 26 de março de 2020. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6342liminar.pdf>>.

empregador, garantindo a subsistência digna do trabalhador e preservação do vínculo trabalhista em conciliação com a manutenção da empresa.

O ministro Barroso, acompanhando o voto divergente, defendeu que a interpretação das medidas adotadas pelo Direito do Trabalho deve sempre ser feita à luz dos princípios impostos pela Constituição, em respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores, lhes assegurando um patamar civilizatório mínimo.

Quando do julgamento da ADI 6363¹²³ o mesmo ministro deixou claro que, a seu sentir, os princípios e valores essenciais do Direito do Trabalho são: garantir direitos materialmente fundamentais como segurança, salário mínimo, repouso, férias e garantia contra o desemprego; a necessidade de preservar empregos e aumentar a empregabilidade; reduzir a informalidade; melhorar a qualidade dos sindicatos; desonerar folha de pagamento, o que concorre para a empregabilidade e redução da informalidade e, por fim, acabar com a imprevisibilidade a afetar as empresas quanto ao custo do trabalho, o que somente ocorre após o fim do contrato e após julgamento de ações na Justiça do Trabalho. Vê-se, portanto, que, não obstante a sua visão dos fundamentos essenciais do Direito do Trabalho tenha forte conotação econômica, a questão relacionada à segurança do trabalhador foi posta em destaque.

Nesse mesmo sentido, os ministros Luiz Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Carmen Lúcia também acompanharam o voto de Moraes, mas foram além e indicaram também a suspensão de outros dispositivos da Medida Provisória 927, no que ficaram vencidos.

Ressalte-se que escapou a Corte Superior que os fundamentos postos para a suspensão dos artigos 29 e 31 da Medida Provisória também afetam os seus artigos 15 e 16.

Em tempos de pandemia, a realização de exames médicos, pode concorrer diretamente para a identificação de trabalhadores contaminados, reduzindo ou, até mesmo, eliminando o risco de contágio de outros trabalhadores. Nesse sentido, a hipótese do §2º do art. 15, qual seja, a de que o médico coordenador do programa de controle médico e saúde ocupacional poderá desaconselhar a prorrogação do exame de saúde dos trabalhadores, justamente em função do risco que possa advir para a saúde de todos, haveria de figurar no texto normativo como uma medida prioritária de promoção da saúde e contenção da propagação do vírus no ambiente laboral, sobretudo, naquelas atividades consideradas essenciais e que não sofreram solução de continuidade.

Como a suspensão da obrigatoriedade de realização de exames médicos aparece em primeiro plano no caput do art. 15, muitos empregadores podem ser conduzidos a descuidar dessa medida, mesmo quando ela se mostra essencial, seja porque o médico

¹²³ STF. Pleno- Flexibilização de regras trabalhistas durante a pandemia. 2020. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=24i5F8DGYi4&feature=youtu.be>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

da empresa não foi diligente, seja porque não há médico do trabalho a seus serviços, haja vista não possuir mais de cem empregados, consoante está previsto no anexo II da NR 4, que trata dos Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho – SESMT. A questão central é que essa inércia, ainda que respaldada na medida provisória, não será suficiente para exonerar o empregador de responsabilidade em caso de contaminação dos empregados, pois o §2º do art. 15 dispensa o exame mais impõe a vigilância.

Essencial refletir, ademais, que mesmo após a cessação das ações de distanciamento social, a retomada das atividades empresariais poderá não ocorrer nas mesmas condições pretéritas, cabendo a preservação de algumas medidas acautelatórias, porque, subsiste a insegurança acerca do desencadeamento de um novo surto, uma segunda onda. Nesse sentido, como o estado de calamidade pública foi definido para produzir efeitos até dezembro de 2020, o restabelecimento do controle médico e de saúde dos trabalhadores a partir de março de 2021, como previsto na medida provisória, poderá ser uma temeridade. Para muitas atividades empresariais, mormente quando os postos de trabalho são ocupados por muitos trabalhadores a cada turno, o acompanhamento da condição de saúde pode ser imperioso para manter-se as condições sanitárias ideais para o trabalho e isso não deverá aguardar até março de 2021.

No que toca ao art. 16, ao prever a suspensão de obrigatoriedade de realização de treinamentos periódicos dos atuais empregados, procurou contemplar as medidas de segurança exigíveis normalmente e em face da natureza dos riscos ambientais habituais. Certamente por isso a norma destaca treinamentos previstos em normas regulamentadoras de segurança e saúde no trabalho. Ocorre que, fazer constar esse sobrestamento de treinamento numa medida provisória que cuida de efeitos do COVID-19 sobre a relação de trabalho, pode trazer insegurança jurídica. Pode despertar a interpretação equivocada de que o empregador não está obrigado a dar treinamento aos empregados quanto a cuidados próprios da situação especial de pandemia, no sentido de minimizar os riscos de contágio e, segundo as características próprias de cada atividade, seja no contato com pessoas, seja no manejo de mercadorias, etc. Uma vez mais, essa inércia do empregador poderá ser determinante para sua defesa, quando invocada sua responsabilidade civil pelos danos causados ao trabalhador contaminado.

Observe-se, a título de exemplo, que a Medida Provisória 927 previu teletrabalho para empregados que antes tinham o estabelecimento empresarial, como local de trabalho. Não há sentido algum não ser cogente o treinamento específico para situações de modificação do processo de trabalho, o que, no caso do teletrabalho, remonta a Norma Regulamentadora 17, a tratar de riscos ergonômicos e da adaptação das condições de trabalho às características psicofisiológicas dos trabalhadores. Portanto, a alteração do modo de execução do trabalho, dentro ou fora da empresa, e o

treinamento para novos riscos ambientais, também se amolda ao patamar civilizatório mínimo invocado pelo ministro em seu voto.

Portanto, há nítido desacerto da medida provisória no tratamento do tema relativo à saúde na empresa. Afeta a segurança jurídica, em temática correlata a responsabilidade ao empregador, pois este, confiando-se amparado na suspensão referendada por norma infraconstitucional, poder ser levado a negligenciar os imperiosos cuidados de redução dos riscos de contágio entre seus trabalhadores, com consequências na responsabilização pelos danos advindos. Justamente porque o §2º do art. 15 transfere ao médico da empresa a avaliação da conveniência e oportunidade dos exames, as suspensões que são trazidas em primeiro plano na medida provisória, como decisão do empregador, podem tornar-se ilícitas se a situação de saúde coletiva dos empregados impunha ação diversa, o que, no contexto da pandemia COVID-19 pode trazer consequências desastrosas. Justamente porque o treinamento em segurança no trabalho deve estar em harmonia com os riscos atuais e porque o empregador deve estar atento ao princípio da precaução, o descuido para o enfrentamento de um novo risco à saúde, pode ser a diferença entre a exoneração da responsabilidade subjetiva ou a sua confirmação.

Relevante é ponderar que a superação do art. 29 da Medida Provisória 927 ao dispor que “os casos de contaminação pelo coronavírus (covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexos causal,” delinea os possíveis traçados da responsabilidade do empregador quando evidenciados danos ao empregado contaminado. Mantém-se o traçado dado à questão pela legislação previdenciária.

O artigo 19 da Lei 8.213/91 define o acidente do trabalho como aquele que ocorre no exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. No § 1º estabelece que a empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador. No §3º fixa como dever da empresa prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular.

Os incisos I e II do art. 20 da Lei 8.213/91 trata da equiparação a acidente de trabalho de doenças profissionais ou do trabalho. As doenças profissionais são produzidas ou desencadeadas pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante de relação oficial, ao passo que a doença do trabalho é produzida ou desencadeada em função das condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, também constante em relação oficial.

Importante é destacar que nos termos da “d” do §1º do art. 20 da Lei 8.213/91, não são consideradas como doenças do trabalho “a doença endêmica adquirida por

segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho”. Por óbvio que a concepção legal de endemia há de abranger a situação pandêmica atual.

A epidemia se caracteriza quando um surto acontece em diversas regiões, sejam de uma mesma cidade ou de cidades distintas e até mesmo em vários estados num país, ao passo que a pandemia tem escala de maior gravidade, abrangendo diversas regiões do planeta. Portanto, as doenças advindas para o trabalhador na situação atual de pandemia poderão ser consideradas doença ocupacional desde que a natureza do trabalho prestado traga uma exposição mais acentuada, quando importar em contato direto com agentes que possam representar risco de contágio.

Inegavelmente toda a população está exposta a um risco de contágio, as recomendações trazidas pelo Ministério da Saúde ou outros agentes de Estado, desde o distanciamento social, uso de máscaras, medidas de higiene pessoal e de cuidados de limpeza nas residências evidenciam essa situação. Contudo, há trabalhadores que, pelo contato com pessoas sabidamente infectadas, mormente os que atuam na área de saúde ou em serviços funerários, se expõem à situação extremamente acentuada de risco. Notável assinalar que os trabalhadores da saúde, porque expostos a agentes biológicos, tem no contágio de doenças, desde sempre, um risco inerente a sua atividade profissional. Portanto, para esse grupo de trabalhadores a doença contraída não pode ser considerada endêmica, agora epidêmica, porque “resultante da exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho”. Nesses casos, o empregador não terá a mínima dúvida quanto à sua obrigação de emitir a CAT (Comunicação de Acidente de Trabalho) conforme obriga o art. 22 da Lei 8.213/91.

A questão tem nuances distintas para outras categorias de trabalhadores, de atividades também tidas como essenciais pelo Decreto 10.282/2020, a exemplo de segurança pública, transporte de passageiros, *call center* realizado nos centros de trabalho, entrega de produtos comercializados, realizadas presencialmente, de produtos de saúde, higiene, limpeza, alimentos, bebidas entre outras. São atividades cujo risco de contágio destoa dos trabalhadores distanciados dos centros produtivos, em atividade remota ou sem contato interpessoal, os quais compartilharão com o remanescente da sociedade a ventura de passar ileso ou não pela situação distópica vivenciada neste ano de 2020. Para esses trabalhadores há intenso contato com outras pessoas, há manejo com mercadorias, há um risco mais elevado.

Os empregados de atividades essenciais e, tantos outros que persistem prestando trabalho no período da pandemia, submetem-se ao comando do art. 21, III da Lei 8.213/91 que dita se equiparar a acidente de trabalho “a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade”. As condições sanitárias passaram a ter um influxo relevante sobre o trabalho prestado, sendo a frequência do contato interpessoal uma variável importante para aquilatar a

contaminação acidental do trabalhador, o que determinará a caracterização como acidente de trabalho.

Destarte, para o conjunto dos trabalhadores, a caracterização da doença contraída como doença do trabalho, nos termos da alínea “d” do §1º do art. 20 ou inciso III do art. 21 da Lei 8.213/91 importará em acesso ao auxílio-doença acidentário após quinze dias de afastamento do trabalho, ademais das garantias de estabilidade no emprego por doze meses, previstas no art. 118 da mesma lei.

Com a declaração de ineficácia do art. 29 da Medida Provisória 927 restabelece-se a legislação previdenciária, não abrindo espaço para discussões inúteis de impossibilidade de caracterização da contaminação pelo COVID-19 como doença do trabalho. Não obstante o primeiro impulso do legislador seja de excluir as doenças endêmicas como doenças do trabalho, faz a importante ressalva da exposição determinada pela natureza do trabalho, que gera presunção favorável à conexão causal da enfermidade com o trabalho em benefício do trabalhador. No que toca a situação de contaminação acidental, o trabalhador pode deparar-se com um maior esforço de demonstração do nexo de causalidade, sobretudo, quando há recusa do empregador para a abertura da CAT, mas, uma vez constatada a situação peculiar do trabalho prestado durante a pandemia, o acesso a benefício acidentário torna-se possível.

Essa questão abre ensejo à discussão atinente à responsabilização do empregador, o que é suscetível de abranger, inclusive, consequências mais drásticas como o óbito do trabalhador e as indenizações estendidas aos familiares. Por vezes, o gozo do benefício previdenciário pelo trabalhador e o respectivo acesso a estabilidade provisória não esgotará as posições jurídicas que lhe são garantidas.

3. OS FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

O cenário de adoecimento de inúmeros trabalhadores pela maior exposição ao contágio da COVID-19 não tem espaço para ser minimamente contestado, sendo os desdobramentos em termos de incapacidade laborativa temporária e óbito, inegável. A preocupação quanto aos direitos reservados a esses empregados e suas famílias vai além do gozo do benefício previdenciário pela caracterização da doença como do trabalho.

Contudo, o dever de reparação do empregador não surge como simples consectário da concessão pela previdência social de um benefício de natureza acidentária. É importante não confundir os efeitos previdenciários decorrentes do quanto disposto na alínea “d” do §1º do art. 20 e inciso III do art. 21 da Lei 8.213/91 com a imputação de responsabilidade civil ao empregador.

O nexo causal previdenciário tem maior amplitude, fundado em concepção de risco integral e com esteio no seu nítido caráter social, de proporcionar o mínimo alimentar ao trabalhador em condição de incapacidade ou o amparo as suas famílias

quando da doença ocupacional resultar morte. Sob esse prisma é suficiente que o acidente se vincule ao trabalho, ainda que indiretamente, bastando que a causa laboral contribua para o adoecimento ou morte do trabalhador, ainda que não seja decisiva para tanto, que haja a concorrência de outros fatores causais.

Não obstante a legislação previdenciária contemple situação de vinculação imediata entre o trabalho desenvolvido e o acidente ou a doença ocupacional, também admite nos incisos II e IV do art. 21 da Lei 8,213/91 que seja o trabalho uma concausa, a conjugar-se com outras causas extralaborais, expandindo a proteção até situações nas quais o trabalho é simples condição, como ocorre no acidente de trajeto, com as agressões causadas por terceiros no local de trabalho, em situações de desabamento, inundação, incêndio e outros eventos decorrentes do fortuito ou da força maior, desde que o empregado esteja no local de trabalho, etc. Os fatores causais são tidos como equivalentes, sendo suficiente que o trabalho seja uma das condições do dano, seja a incapacidade ou o óbito.

Observa Sebastião Geraldo de Oliveira¹²⁴:

(...) a lei concedeu uma amplitude maior ao nexo causal para efeitos do seguro acidentário, incluindo situações não relacionadas diretamente ao exercício do trabalho. Desse modo, algumas hipóteses de eventos cobertos pelo seguro acidentário, no âmbito da responsabilidade civil são enquadrados como excludentes do nexo causal ou da indenização como são os acidentes ocorridos por motivo de força maior, caso fortuito, bem como aqueles provocados pela própria vítima ou por terceiros.

O seguro acidentário tem um caráter marcadamente social com apoio na teoria da responsabilidade objetiva na modalidade de risco integral. Se a sociedade como um todo é beneficiária do progresso e do trabalho dos empregados, também deve ampará-los por ocasião dos infortúnios, socializando os riscos.

Portanto, não obstante firmado o nexo causal para fins previdenciários, o empregador poderá ser desonerado do dever de reparação, porque a responsabilidade civil do empregador se assenta em pressupostos distintos, em especial o nexo causal, examinado sob fundamento distinto.

Essa relevante bifurcação de efeitos advindos do acidente de trabalho justifica, nesse momento peculiar, o exame dos fundamentos para a responsabilização do empregador e reflexão dos caminhos que podem conduzir a exonerá-lo do dever de indenizar o empregado, os quais, consoante já ressaltado, deverá contemplar os trabalhadores que, em razão da natureza do trabalho, já tem o risco de contágio de doenças como algo inerente e aqueles que, pela vulnerabilidade excepcional trazida pela pandemia do COVID-19, podem ser contaminados.

¹²⁴ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenização por acidente de trabalho ou doença ocupacional. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2008. p.131.

A responsabilidade civil do empregador por danos sobrevindos ao trabalhador, no curso da relação empregatícia, está assentada no inciso XXVIII, do artigo 7º da Constituição Federal e nos art. 186, 187 e 927 do Código Civil.

Fundada no princípio do *neminem laedere*, ou seja, no dever de não ofender ou lesar outrem, destina-se à reparação de dano patrimonial ou à compensação de dano moral, sem prejuízo de abarcar as novas figuras como o dano social, o dano existencial ou a perda de uma chance. Sérgio Cavalieri Filho caracteriza a responsabilidade como, "um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico original"¹²⁵.

A responsabilidade civil é instituto em permanente processo de abertura e reformulação, renovando-se de acordo com as necessidades da sociedade contemporânea¹²⁶. Está, assim, em estreita consonância com os direitos fundamentais e com valores imateriais estruturantes como a boa-fé, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a prevenção e a reparação integral.

Seus pressupostos são a ação ou omissão culposa, o exercício de atividade de risco, o dano, e o nexo de causalidade entre o dano e a ação ou atividade. A dicotomia relativa à conduta ilícita e exercício de atividade de risco, evidencia a clássica divisão da responsabilidade civil em objetiva ou subjetiva.

A análise da culpa do agente qualifica a responsabilidade subjetiva, derivando da inobservância de um dever de conduta, previamente firmado pela ordem jurídica, em atenção à paz social. Advindo a conduta de negligência, imprudência ou imperícia, o agente teve atuação estritamente culposa, se foi intencional, a atuação foi dolosa.¹²⁷

Não obstante o grau de culpa do autor da lesão não interfira no montante para a reparação do dano cível, nos termos do artigo 944 do Código Civil, verificada a excessiva desproporção entre o dano e a culpa, será possível a redução do *quantum* indenizatório, medida de equidade que admite fazer-se exceção ao comando da reparação integral vislumbrando a proteção ao patrimônio mínimo do ofensor, o que poderá ocorrer, também, na responsabilidade fundada no risco.

Nesse sentido leciona Marcelo Junqueira Calixto¹²⁸:

¹²⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil – 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

¹²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. Manual de Direito Civil- Volume único/ Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto, Nelson Rosendal- 3. Ed. rev. atual. E amplia- Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 883.

¹²⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze. Op. cit.; p. 778

¹²⁸ CALIXTO, Marcelo Junqueira. Breves considerações em torno do art. 944, parágrafo único do Código Civil. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/breves-consideracoes-em-torno-do-art-944-paragrafo-unico-do-codigo-civil/>. Acesso em 20 mai. 2020.

(...) constatando o julgador que a reparação integral pode acarretar a ruína do ofensor, deverá determinar sua redução equitativa, apresentando as razões de seu convencimento. Mas sempre considerará que a aplicação deste dispositivo tem natureza excepcional, exigindo especial fundamentação por parte do julgador, uma vez que a regra, em tema de reparação dos danos, consta do caput do art. 944 e se traduz no princípio da reparação integral.

Entende-se que a introdução do elemento culpa foi importante para a substituição da ideia de pena pela reparação do dano sofrido¹²⁹, assim, quem age em desvio de conduta deverá ter seu patrimônio afetado para reparar as consequências do seu ato. Contudo, houve alteração no eixo teleológico da responsabilidade civil, inspirada na solidariedade social, na proteção à dignidade humana, na reparação integral do dano e, até mesmo, na prevenção do ilícito, o que levou naturalmente à expansão das situações de responsabilização independentemente de culpa.

Os fundamentos pautados no risco da atividade e, portanto, o fundamento de responsabilidade objetiva, ganharam força no código civil de 2002. Nesse sentido comenta Teresa Ancona Lopez ¹³⁰:

Com o advento do Código Civil, de 2002, há a adoção da teoria da culpa, como orientação geral (art. 186 e 927, caput), e a consagração da responsabilidade fundada no risco na cláusula geral que dá conteúdo ao parágrafo único do art. 927, e que ressalta que também haverá obrigação de indenizar, independentemente de culpa, mas somente nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano por sua natureza criar riscos.

Portanto, não obstante persista a análise da culpa do autor como regra geral, a responsabilidade objetiva é uma tendência desde meados do século passado, ocorrendo em uma grande variedade de casos¹³¹, sejam os relacionados a questões ambientais (§3º do art. 225 da CF/88 e §1º do art. 14 da Lei 6.938/81) e direitos do consumidor (art. 12, 13 e 14 da Lei 8.078/90), responsabilidade do Estado (§6º do art. 37 da CF/88), responsabilidade por fato de terceiro (art. 932 e 933 do CC), etc. A consagração de uma cláusula geral de responsabilidade civil pelo parágrafo único do art. 927 do CC, consolida esse novo trilhar. As cláusulas gerais, por trazerem diretrizes indeterminadas, por constituírem norma aberta, possibilitam esteja o sistema ajustado às contingências de cada momento histórico, sem necessidade de modificação.

Nesse sentido, porque a culpa perdeu o protagonismo de outrora, protagonismo justificado num sistema patrimonialista que reage contra um dever de reparação sem imputação de ilicitude na conduta, o dano injusto, compreendido como aquele que não

¹²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. Op. cit.; p. 777

¹³⁰ LOPEZ, T. A. Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 101, p. 112, 1 jan. 2006. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67701>>.

¹³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. cit., p. 883.

pode ser suportado, porque afeta situação juridicamente protegida, passa a ter destaque e, com ele o lesado e sua condição pessoal.

O dano corresponde ao prejuízo sofrido pelo lesado, que pode ser individual ou coletivo, alcançando, inclusive, a pessoa jurídica, patrimonial ou moral, podendo também, em consonância com especificidades do caso, materializar-se como dano estético, dano biológico, dano existencial, perda de uma chance, etc. já se cogitando, inclusive, de identificar o dano cronológico. Distintos julgados do STJ - REsp nº 1.395.285-SP; AgRg no AREsp nº 60.866-RS; e AgRg no AREsp 76.980-RS já trataram de dano cronológico ao consumidor pelo tempo gasto na solução de um problema a que não deu causa. A multiplicidade de situações vivenciadas na modernidade tem impulsionado como que uma especialização dos danos indenizáveis, os quais se destacaram dos conceitos gerais de dano material e moral, para constituírem categoria própria.

Bodin de Moraes¹³² comenta, em estudo aprofundado sobre os danos à pessoa, que:

Na verdade, ampliando-se desmesuradamente o rol dos direitos da personalidade ou adotando-se a tese que vê na personalidade um valor e reconhecendo, em consequência, tutela às suas manifestações, independentemente de serem ou não consideradas direitos subjetivos, todas as vezes que se tentar enumerar as novas espécies de dano, a empreitada não pode senão falhar: sempre haverá uma nova espécie sendo criada.

O relevante a se ponderar, entretanto, é que o dano assume, dentre os pressupostos clássicos da responsabilidade civil posição de destaque, justamente por que houve um paulatino deslocamento do fundamento da culpa para o risco, dando ênfase, não mais à condição econômica do autor da lesão, mas a situação do lesado.

Comenta Anderson Schreiber¹³³:

Nesse contexto, os pressupostos da responsabilidade civil relacionados à imputação do dever de indenizar (culpa e nexa causal) perdem relevância em face de uma certa ascensão daquele elemento que consiste, a um só tempo, no objeto e na ratio da reparação: o dano. Por décadas relegado a um patamar secundário, advindo da sua fácil verificação sob a ótica materialista, este pressuposto – então, efetivamente pressuposto – o dano vem, pouco a pouco, conquistando local de destaque na análise jurisprudencial, como elemento apto, por si só, a atrair a atuação das cortes em amparo às vítimas dos infortúnios mais diversos.

No que toca especialmente aos danos sobrevividos ao trabalhador como resultado de acidente de trabalho, desde a Emenda Constitucional 45/2004 que deu nova redação ao art. 114 da Constituição Federal, firmando a competência para ações de indenização

¹³² MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil Constitucional dos Danos Morais. 2ª ed revista Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 165.

¹³³ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 81

por dano moral ou patrimonial decorrente de relação trabalho, multiplicaram-se demandas com essa temática. Contemplam as consequências advindas para o trabalhador, em termos de incapacidade laborativa, seja total ou parcial, definitiva ou provisória e morte, com os seus desdobramentos relacionados aos danos materiais, pensionamento vitalício segundo a dimensão da perda de capacidade ou pensionamento aos herdeiros dependentes econômicos, lucros cessantes durante período de convalescimento, dano moral, inclusive por ricochete, dano estético, perda de uma chance, dano físico, dano psíquico, etc.

O adoecimento relacionado à COVID-19 poderá conduzir as discussões para além de sua caracterização como acidente de trabalho para fins previdenciários e imputação do dever de reparação ao empregador. Ocorre que as situações de informalidade e precarização de trabalho vieram à tona de modo incontornável. As plataformas digitais se disseminaram como solução possível para muitas empresas darem um mínimo de continuidade as suas atividades e, nesse cenário, despontaram os entregadores em suas bicicletas e motos, ou os motoristas de aluguel, realizando seu trabalho e, assim, contribuindo para o isolamento social e recolhimento de parte significativa da população.

Nesse sentido, as plataformas de *delivery* e *marketplaces* têm possibilitado que grande parte do comércio continue atuando ativamente, possibilitando a entrega de diversos produtos, inclusive de alimentos, em uma realidade na qual o distanciamento físico é medida imposta para evitar e conter o aumento da escala de contaminação do coronavírus¹³⁴.

São autênticas relações de trabalho que poderão acorrer à Justiça do Trabalho para análise da reparação do dano derivado da contaminação pelo vírus, o que não poderá ser resolvido sem prévia reflexão sobre a natureza do vínculo e sobre a questão social envolta nessa realidade, a revelar tanta desigualdade na distribuição da riqueza nacional.

Crucial será, para o enfrentamento dessa questão e de todas as demais relacionadas a acidente de trabalho, mesmo quando assim caracterizado para fins previdenciários, divisar o marco teórico firmado pelo art. 403 do CC para constatação do nexo de causalidade, considerando-se que “as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”.

Nesse sentido, a despeito da existência de inúmeras teorias abordando o nexo de causalidade, sendo as mais recorrentes a da causalidade adequada e a do dano direto e

¹³⁴ SANTOS, Humberto Cunha dos. Pós-crise da Covid-19: consolidação da era das plataformas digitais e e-commerce. In <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pos-cri-se-da-covid-19-consolidacao-da-era-das-plataformas-digitais-e-e-commerce-21042020>

imediate, observam Tepedino, Terra e Guedes¹³⁵ que a jurisprudência, pouco importando a nomenclatura atribuída a teoria, quando da análise das circunstâncias do caso e para perquirir acerca do liame entre a conduta ou atividade e o dano, visualizam a necessidade da causa, ”demonstrando que o dever de reparar advém da necessidade existente entre o dano e a atividade.”

Significa dizer, segundo explica Agostinho Alvim¹³⁶ que:

Suposto certo dano, considera-se causa dele a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano diretamente. Ela é a causa necessária desse dano, pois ele a ela se filia necessariamente; é causa única, porque opera por si, dispensadas outras causas. Assim é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique melhor o dano.

Vê-se, portanto, que a definição da responsabilidade civil do empregador há de principiar pelo exame do nexu de causalidade, ligando a situação de enfermidade ou óbito ao trabalho desenvolvido na empresa. Não incide a causalidade indireta previstas na legislação previdenciária, especialmente os incisos II e IV do 21 da Lei 8.213/91. Os critérios previstos na legislação previdenciária servem apenas de orientação, de ponto de partida, entretanto, o empregador somente responde quando o trabalho foi a causa necessário do dano sobrevivendo.

Fixado o nexu, examinam-se aspectos relacionados à culpa ou risco da atividade para fins de imputação do dever de indenizar, consoante a extensão dos danos e os critérios próprios para fixação do valor reparatório ou compensatório.

4. A CLÁUSULA GERAL DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA E AS SITUAÇÕES ACIDENTÁRIAS VIVENCIADAS COM A PANDEMIA DO COVID-19

Firmados os pressupostos essenciais à responsabilização civil do empregador é importante estabelecer que, não obstante o inciso XXVIII, do artigo 7º da Constituição Federal se refira a “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”, está sedimentada a jurisprudência quanto a ser aplicável às relações de trabalho a cláusula geral de responsabilidade disposta no art. 927, parágrafo único do Código Civil.

Art. 927, § único, Código Civil: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a

¹³⁵ TEPEDINO, Gustavo. TERRA, Aline de Miranda Valverde. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil, vol. 04, Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 90-93

¹³⁶ ALVIM. Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 303.

atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.¹³⁷

O Supremo Tribunal Federal (STF), quando do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 828040¹³⁸, realizado em 12.03.2020, firmou a seguinte tese:

O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, é compatível com o artigo 7º, XXVIII da CF, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei ou quando a atividade, normalmente desenvolvida por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade.¹³⁹

O ministro Edson Fachin, em seu voto no RE 828040¹⁴⁰ observou:

A legislação civil comum, mais especificamente o artigo 927 do Código Civil, bem como os artigos 200, VIII (proteção ao meio ambiente do trabalho), e 7º XXII (redução dos riscos inerentes ao trabalho), da Constituição da República, impõem interpretação sistemática do direito fundamental à proteção do trabalhador contra os riscos do seu meio ambiente laboral, de forma que a responsabilidade do empregador, nas situações em que ocorrem acidentes de trabalho no exercício de atividade de risco, deve ser objetiva. O princípio da máxima efetividade e da não-taxatividade dos direitos fundamentais sociais tem como principal consequência o reconhecimento de outros direitos decorrentes do próprio regime da Constituição em busca de eficaz proteção da dignidade e saúde do trabalhador, o que, certamente, conduz ao reconhecimento da responsabilidade objetiva diante dos riscos inerentes à própria atividade laboral.

Superada qualquer discussão quanto a incompatibilidade entre o inciso XXVIII do art. 7º da CF e o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, estabeleceu-se que a referência constitucional à culpa ou ao dolo do empregador como fundamento para imputação de responsabilidade por danos decorrentes de acidente de trabalho não impede seja aplicada a responsabilidade objetiva.

Portanto, há ensejo para a invocação do dever de reparação sob fundamento do risco da atividade, porque concorre para favorecer ao trabalhador uma melhor condição social, na forma do caput do art. 7º da CF, em situação de paridade com os lesados em situação jurídica não trabalhista. Não é demais sublinhar que não há sentido em que não

¹³⁷ BRASIL. Planalto. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 06 mai. 2020.

¹³⁸ Aprovada tese que garante a trabalhador em atividade de risco direito a indenização em caso de acidente. Portal STF. Brasília, 12 mar. 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439172&ori=1>>. Acesso em: 07 mai. 2020.

¹³⁹ STF, RE 828040, data de julgamento 12 de março de 2020. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4608798&numeroProcesso=828040&classeProcesso=RE&numeroTema=932>>

¹⁴⁰ STF, RE 828040. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/RE828040.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

se aplique ao âmbito trabalhista as bases estruturais do sistema reparatório civil que tem no dano injusto o ponto de partida e que contempla hipóteses mais amplas de responsabilidade objetiva, estabelecendo-as em leis específicas ou por aplicação da cláusula geral em referência.

Mais relevante se torna estabelecer, na seara trabalhista, o alcance do art. 927, parágrafo único do CC, com melhor compreensão dos conceitos jurídicos indeterminados nela contidos, “atividade normalmente desenvolvida” e “risco”, o que reduz a discricionariedade do magistrado por ocasião da incidência da norma no caso concreto, sem comprometer possa acompanhar as transformações sociais, mantendo-se vívida, contudo, sem prejuízo à segurança jurídica.

A situação de pandemia é bem ilustrativa da importância dessa questão. Sequer imaginada há alguns meses, suscita dúvidas quanto a incidir a cláusula geral de responsabilidade objetiva para favorecer os trabalhadores expostos a uma nova condição de risco no trabalho e que tiveram a saúde severamente atingida, alguns levados a óbito.

Em termos de acesso a benefício previdenciário acidentário, consoante já analisado, é possível divisar dois grupos de trabalhadores. Da alínea “d” do §1º do art. 20 da Lei 8.213/91¹⁴¹ já se antevê trabalhadores expostos ou em contato direto com o vírus em razão da natureza do trabalho. O dispositivo trata de doença “resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho”, o que se aplica facilmente aos profissionais de saúde que atendem aos vitimados pela COVID-19 ou aqueles que trabalham em ambiente hospitalar ou ambulatorial, no contato com pacientes, com risco de contágio.

Esses profissionais sempre estiveram sob risco de contrair doenças nesses ambientes substancialmente insalubres, em razão do risco biológico. A Norma Regulamentadora 32¹⁴², no item 32.2.1 e 32.2.1.1 considera risco biológico “a probabilidade da exposição ocupacional a agentes biológicos”, considerando-se estes como os “microrganismos, geneticamente modificados ou não, as culturas de células, os parasitas, as toxinas e os príons”. O “Coronaviridae” aparece na tabela de classificação dos agentes biológicos, anexo II da NR 32, sob grau 2, como risco individual moderado para o trabalhador e com baixa probabilidade de disseminação para a coletividade, podendo causar doenças e infecções graves, sem meios de profilaxia ou tratamento. A questão central é que o COVID-19 tem-se revelado como de risco elevado tanto para o trabalhador como para a coletividade, o que, no Anexo I da NR 32 é compatível como

¹⁴¹ BRASIL. Planalto. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 10 mai. 2020.

¹⁴² NR 32 - SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO EM SERVIÇOS DE SAÚDE. Disponível em <<http://www.trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR32.pdf>>. Acesso em 24 mai. 2020.

risco 4. A título ilustrativo, em 08.05.2020 o Conselho Federal de Enfermagem ¹⁴³ divulgou que, até então, “dos 98 profissionais de enfermagem mortos pela Covid-19 no Brasil, 25 são enfermeiros, 56 técnicos e 17 auxiliares de enfermagem.” A questão é se essa conformação distinta do risco biológico se amolda ao conceito de risco previsto no art. 927 do CC para fins de desencadeamento da responsabilidade objetiva.

De outra ponta o art. 21, III da Lei 8.213/91¹⁴⁴ equipara a acidente de trabalho a doença advinda da contaminação acidental no exercício da atividade, o que abrange inúmeras profissões sem contato direto com pessoas contaminadas, não expostas diretamente ao vírus, porém, ainda assim, sujeita a um risco biológico antes inexistente.

Em 20.05.2020 o G1¹⁴⁵ noticiou dados levantados pelo Sindicato dos Motoristas e Trabalhadores em Transporte Rodoviário Urbana em São Paulo segundo o qual foram identificados 131 trabalhadores com resultado positivo, 520 casos suspeitos e 26 óbitos. Em 18.05.2020 os Auditores Fiscais do Trabalho na cidade de Ipumirim, Santa Catarina, interditaram uma fábrica da JBS, ao identificarem 86 trabalhadores com teste positivo, trabalhando normalmente e num local com o total de mil e quinhentos empregados¹⁴⁶. Em 04.04.2020, o G1 noticiou que um gerente de uma rede de supermercados faleceu em João Pessoa, da Paraíba, em razão de contaminação pelo COVID-19.¹⁴⁷ Estudos de pesquisadores Instituto Alberto Luiz Coimbra de Pós-Graduação e Pesquisa de Engenharia (COPPE/UFRJ), foram noticiados pela CNN em 07.04.2020¹⁴⁸ por revelarem algumas profissões, fora da área de saúde, com alto risco de contágio, como comissários de voo, agentes penitenciários, cabeleireiros e maquiadores, motoristas de ônibus, cujo risco é menor quando vendem bilhetes, ciclistas mensageiros que fazem entregas para correios e aplicativos de serviços dessa natureza, caixas bancários, operadores de caixa de supermercados, etc.

¹⁴³ COFEN. Brasil ultrapassa EUA em mortes de profissionais de enfermagem por covid-19. Disponível em: <http://www.cofen.gov.br/brasil-ultrapassa-eua-em-mortes-de-profissionais-de-enfermagem-por-covid-19_79624.html>. Acesso em 24 mai. 2020.

¹⁴⁴ BRASIL. Planalto. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 20 mai. 2020.

¹⁴⁵ O GLOBO. Rio tem mais de 20 mortes de motoristas de ônibus por covid-19, diz sindicato. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/05/14/rio-tem-mais-de-20-mortes-de-motoristas-de-onibus-por-covid-19-diz-sindicato.ghtml>>. Acesso em: 24 mai. 2020

¹⁴⁶ UOL. Fiscais encontram funcionário contaminado e interditam fábrica da JBS em SC. Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/05/18/covid19-jbs-frigorifico-interditado.htm>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

¹⁴⁷ PORTAL G1 PB. Gerente de rede de supermercados morre por coronavírus, em João Pessoa. 04 abr. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2020/04/04/gerente-de-rede-supermercados-morre-por-covid-19-em-joao-pessoa.ghtml>>. Acesso em: 05 mai. 2020.

¹⁴⁸ CNN BRASIL. Pesquisa mostra quais profissões estão mais expostas ao novo coronavírus. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/04/07/profissoes-mais-expostas-a-covid-19>>. Acesso em: 20 mai. 2020

A Nota Técnica Conjunta nº 02/2020¹⁴⁹ da Procuradoria Geral do Trabalho (PGT), Coordenadoria Nacional de Defesa do Meio Ambiente de Trabalho (CODEMAT) e Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhista na Administração Pública (CONAP), faz referência à classificação de graus de risco divulgada pela Occupational Safety and Health (OSHA) em face da situação do COVID-19. É ilustrativa da situação diferenciada de risco gerado pela pandemia, não obstante não traga detalhamento das profissões sujeitas a risco mais moderado, porém existente. Se refere como de risco muito alto os médicos, enfermeiras, dentistas, paramédicos, técnicos de enfermagem, profissionais que realizam exames ou coletam amostras e realizam autópsia. São classificados sob critério de risco alto os fornecedores de insumos de saúde, profissionais de apoio que entrem nos quartos ou ambientes com pacientes confirmados ou suspeitos, profissionais que atuam no transporte de pacientes ou no preparo dos corpos para cremação ou enterro. Com risco mediano de exposição estão os profissionais em contato próximo, menos de dois metros, com pessoas que podem estar infectadas, mas que não são casos suspeitos, que tem contato com viajantes que tenham retornado de regiões de transmissão e os que tem contato com o público em geral, em escolas, grandes lojas de comércio e ambientes de grande concentração de pessoas, em áreas com transmissão comunitária. Traceja como de risco baixo os profissionais que não requerem contato com casos suspeitos, reconhecidos ou que poderiam vir a contrair o vírus, que não tem contato a menos de dois metros com o público em geral e profissionais com contato mínimo com o público em geral e outros trabalhadores.

Portanto, sendo o risco biológico uma novidade para muitas categorias profissionais, há relevância em descortinar o fundamento para eventual imputação de responsabilidade ao empregador. Uma vez constatado que o contágio ocorreu durante o exercício do trabalho, essencial perquirir se a cláusula geral do parágrafo único do art. 927 do CC se acomoda a essa situação nova, pelo que os conceitos jurídicos indeterminados de atividade normalmente desenvolvida e de risco despontam na esfera trabalhista como de importante delimitação.

Observa Tartuce que o termo “atividade” diz respeito a uma soma de atos em uma finalidade comum, e não ações isoladas, sem uma correlação temporal e logicamente coordenada como empreendimento lícito, regulamentado e autorizado pelo ordenamento jurídico¹⁵⁰. Não há uma definição exata pelo legislador do que seria atividade para a aplicação cível, contudo, nos termos do Código de Defesa ao Consumidor, a atividade é revestida de habitualidade e se correlaciona a um exercício

¹⁴⁹ NOTA TÉCNICA CONJUNTA Nº 02/2020 - PGT/CODEMAT/CONAP. Disponível em: <<https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-conjunta-02-2020-pgt-codemat-conap-1.pdf>>. Acesso em: 29 mai. 2020.

¹⁵⁰ TARTUCE, Flávio. Responsabilidade civil objetiva e risco - a teoria do risco concorrente. São Paulo: MÉTODO, 2011. P. 192 e 193

prestado com cunho econômico¹⁵¹. Para os fins do art. 927 do CC, o cunho econômico não é essencial, porque não há restrição expressa na norma.

Em sede trabalhista há menor dificuldade quanto a compreensão do conceito de atividade normalmente desenvolvida, uma vez que, consoante lembra Sebastião Geraldo Oliveira¹⁵², tem relação com o art. 2º da CLT e, também com o art. 3º §2º do Código de Defesa ao Consumidor. Com efeito, sendo o empregador uma pessoa física ou jurídica e, até mesmo, um organismo despersonalizado, como ocorre com a massa falida ou o condomínio edilício, suficiente é que desenvolva, com habitualidade, algum empreendimento, tenha ou não natureza econômica, que possa ser caracterizado como intrinsecamente de risco, para atrair a incidência do parágrafo único art. 927 do CC. Nesse sentido o TST tem admitido, por exemplo, que a atividade em minas é considerada de risco¹⁵³, que a atividade em transporte coletivo é de risco face a realidade atual de violência e assaltos¹⁵⁴, o mesmo ocorrendo com a ECT em atividade de Banco Postal.¹⁵⁵

Mais significativo é, entretanto, expressar que o termo “normalmente desenvolvida” é também aplicável ao plexo de tarefas ou atos rotineiros que o empregado realiza sob o comando do empregador. Significa dizer que o objeto empresarial pode não ser intrinsecamente de risco, entretanto, há ocasião de aplicação do parágrafo único do art. 927 do CC, se os afazeres habituais do empregado conduzem a uma situação de risco. Como exemplo: agentes motorizados dos correios em relação aos assaltos¹⁵⁶; motoboy, independentemente do segmento econômico no qual atua¹⁵⁷ em relação a assaltos e acidente de trânsito; promotor de vendas que utiliza motocicleta na

¹⁵¹ BRASIL. Planalto. Código de Defesa ao Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 12 mai. 2020.

¹⁵² OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Ob cit. p.107.

¹⁵³ TST - RR: 113195820145030165, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 07/10/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/10/2015. a

¹⁵⁴ AIRR-11299-71.2017.5.03.0065, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 15/05/2020)

¹⁵⁵ TST - Ag-AIRR: 162985820155160006, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 24/03/2020, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 27/03/2020

¹⁵⁶ TST - RR: 10026620420165020607, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 21/08/2019, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/08/2019

¹⁵⁷ TST - RR: 22231820125020391, Data de Julgamento: 21/10/2015, Data de Publicação: DEJT 23/10/2015 e também TST - RR: 4214002420075090021, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 27/09/2017, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/09/2017

realização do seu mister¹⁵⁸, etc. Destaque-se que o art. 193, §4º da CLT considera como perigosa a atividade de trabalhador em motocicleta.

A tese firmada no RE 828040 não estabelece distinção quanto a atividade do empregador ou do empregado, apenas refere que a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, deva representar exposição habitual a risco especial, trazendo ônus maior ao trabalhador do que aos demais membros da coletividade. Está assim, em consonância a jurisprudência consolidada no TST, conferindo ao obreiro uma maior proteção ao contemplar o seu mister e não apenas o objeto empresarial e, na linha do disposto no Enunciado nº 446 da V Jornada de Direito Civil,

A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade.¹⁵⁹

Portanto, no âmbito trabalhista, essa dupla conformação do significado de atividade normalmente desenvolvida, para fins de incidência da cláusula geral de responsabilidade civil, abrangendo o objetivo empresarial em si mesmo, mas, principalmente, a atividade prestada pelo trabalhador, qualquer que seja o fim da empresa, tem repercussão sobre a concepção de risco, e determina uma maior incidência da responsabilidade objetiva.

Um dado, entretanto, é importante. É preciso que o empregado normalmente, com habitualidade, ainda que em desvio de função, tenha tarefas essencialmente de risco à sua saúde, integridade física ou psíquica. O risco biológico, segundo já observado, não é próprio de muitas atividades laborativas, as quais, somente pelo contexto da pandemia, passaram a ser categorizadas como de alto ou moderado risco de contágio. Porque o parágrafo único do art. 927 do CC se refere à atividade normalmente desenvolvida, a excepcionalidade do contexto atual não justifica incidência da responsabilidade objetiva, sendo crucial a investigação da culpa do empregador. Não é suficiente o risco, é preciso que a atividade laborativa conduza a uma exposição habitual.

Dito isto, está também claro que os profissionais de saúde desenvolvem mister preponderantemente de risco, entretanto, há outras profissionais que atuam sob risco biológico. Os riscos biológicos são definidos qualitativamente, ou seja, ainda que sejam oferecidos equipamentos de proteção individual, não há neutralização desses agentes, apenas se atenua a exposição.

¹⁵⁸ TST - RR: 27162320135120054, Relator: Waldir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 08/03/2017, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/03/2017

¹⁵⁹ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/371>>. Acesso em 14 mai. 2020.

O item 9.1.5.3 da Norma Regulamentadora 9¹⁶⁰ considera agentes biológicos os fungos, bacilos, parasitas, protozoários, vírus, entre outros. Contudo, para a caracterização da insalubridade é necessária a exposição ao agente biológico nos termos previstos na Norma Regulamentadora 15.

Para tanto, recorre-se ao Anexo 14 da NR 15¹⁶¹ que escalona os graus de exposição. Considera-se em grau máximo o trabalho em contato permanente com:

“pacientes em isolamento por doenças infecto-contagiosas, bem como objetos de seu uso, não previamente esterilizados; carnes, glândulas, vísceras, sangue, ossos, couros, pêlos e dejeções de animais portadores de doenças infectocontagiosas (carbunculose, brucelose, tuberculose); esgotos (galerias e tanques); e lixo urbano (coleta e industrialização)”.

O grau é médio se o trabalho ocorre em contato permanente com pacientes, animais ou material infecto-contagiante nas seguintes situações:

“hospitais, serviços de emergência, enfermarias, ambulatórios, postos de vacinação e outros estabelecimentos destinados aos cuidados da saúde humana (aplica-se unicamente ao pessoal que tenha contato com os pacientes, bem como aos que manuseiam objetos de uso desses pacientes, não previamente esterilizados); hospitais, ambulatórios, postos de vacinação e outros estabelecimentos destinados ao atendimento e tratamento de animais (aplica-se apenas ao pessoal que tenha contato com tais animais); contato em laboratórios, com animais destinados ao preparo de soro, vacinas e outros produtos; laboratórios de análise clínica e histopatologia (aplica-se tão-só ao pessoal técnico); gabinetes de autópsias, de anatomia e histoanatomopatologia (aplica-se somente ao pessoal técnico); cemitérios (exumação de corpos); estábulos e cavalariças; e resíduos de animais deteriorados”.

Em relação a essas atividades sujeitas a risco biológico não há dúvidas quanto à inserção na cláusula geral de responsabilidade objetiva. Contudo, inegável é que outros trabalhadores que têm seu posto de trabalho em unidades de saúde e, até mesmo cemitérios, quando não há contato direto com pacientes ou corpos infectados, o risco biológico sobreveio. É uma condição nova e excepcional de trabalho. Assim, a situação é similar a dos demais profissionais apartados do sistema de saúde, falta o requisito da atividade habitualmente sujeita a risco, o que também impõe a aplicação dos pressupostos da responsabilidade subjetiva.

Estabelecido no âmbito trabalhista o significado de atividade preponderante, é importante caracterizar o significado de risco. Nesse sentido, na tese fixada pelo STF no RE 828040, o risco é aferido pelo critério de especialidade, deve implicar para o trabalhador um ônus maior do que para os demais membros da coletividade. Nesse

¹⁶⁰ NORMA REGULAMENTADORA 9. Disponível em: < https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/Arquivos_SST/SST_NR/consulta-publica/NR-9---consulta-pblica.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2020.

¹⁶¹ NORMA REGULAMENTADORA 15 – ATIVIDADES INSALUBRES. Disponível em: < https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/Arquivos_SST/SST_NR/NR-15-atualizada-2019.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2020.

sentido, a Corte Suprema, agasalhou a concepção de “alto risco, risco provável, ou risco maior que o normal, a justificar o sistema mais severo de responsabilização”¹⁶², distinta de perigo, que é o risco mais extremo, porém não recepcionada pelo legislador. Contudo, ao firmar a *ratio decidendi* não atentou aos marcos teóricos habitualmente referidos pela doutrina e tomadas pela jurisprudência para aquilatar o significado do risco no caso concreto. Esse passo seria importante para dar concretude ao conceito jurídico indeterminado.

No âmbito civil para a compreensão do conceito de risco, distintas são as teorias referenciada pela doutrina, sendo a opção por uma ou outra determinante da extensão do risco. Por exemplo, o art. 37, § 6º da Constituição Federal trata da responsabilidade objetiva do Estado. Ao fundar-se o dispositivo na teoria do risco administrativo haverá menor abrangência. Essa corrente não estabelece em desfavor do Estado um dever genérico e indiscriminado de indenizar o dano por qualquer do ato lesivo e injusto causado ao cidadão pela administração pública, admitindo excludente do nexo causal e de responsabilidade não cogitáveis na concepção mais ampla de risco integral ¹⁶³. A teoria do risco integral não admite excludente de responsabilidade como o exercício regular do direito, a legítima defesa e o estado de perigo ou as excludentes do nexo de causalidade, como força maior, caso fortuito e culpa exclusiva da vítima. Justamente em função disso tem aplicação mais restrita. Consoante observa Tartuce, mesmo em face do dano ambiental e em função do previsto no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, nota-se “uma responsabilidade objetiva agravada ou aumentada pela não admissibilidade de excludentes, como o fato exclusivo de terceiro e o fato exclusivo da vítima¹⁶⁴”, porém sem incidência do risco integral em sua concepção pura.

No que toca ao parágrafo único do art. 927 do CC o debate doutrinário ocorre em derredor das teorias do risco proveito, risco criado ou risco profissional.

Segundo a teoria do risco proveito o fundamento da responsabilidade objetiva residiria nos benefícios que são auferidos por aquele cuja atividade cria ou agrava o risco, o que representa certa restrição, já que somente seria aplicável em face das atividades lucrativas¹⁶⁵.

A teoria do risco criado, por sua vez, parte da premissa de que “cada vez que uma pessoa, por suas atividades, cria um risco para outrem, deverá responder por suas

¹⁶² TEPEDINO, Gustavo. TERRA, Aline de Miranda Valverde. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil, vol. 04, Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 115

¹⁶³ TARTUCE, Flávio. Responsabilidade civil objetiva e risco - a teoria do risco concorrente. São Paulo: MÉTODO, 2011. P. 128 e 173.

¹⁶⁴ TARTUCE, Flávio. Ob. Cit. p.181

¹⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo. TERRA, Aline de Miranda Valverde. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil, vol. 04, Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 116.

consequências danosas”¹⁶⁶. Sendo assim, não há a necessidade de um proveito da atividade para que seja configurada a reponsabilidade, bastando a própria existência do risco na atividade.

A teoria do risco profissional, por sua vez, corresponde à ideia de que o dano ocorre em razão do trabalho ou profissão do indivíduo. Sustenta Tartuce que decorre não só da atuação desenvolvida por uma pessoa jurídica, mas por pessoa natural ou profissional autônomo, podendo ser inerente à atividade de algumas empresas. Sua abordagem alcançaria as situações nas quais há danos ao empregado, mas também por danos provocados a terceiros, se praticados pelo empregado ou preposto, em função ou razão do trabalho exercido (arts. 932, III e 933 do Código Civil).¹⁶⁷

Há cizânia doutrinária quanto à qual dessas teorias auxilia na conceituação do risco na cláusula geral do art. 927, CC.

Tepedino, Terra e Guedes, por exemplo, sustentam que a teoria do risco criado está em consonância com a sistemática do CC, pois adotada claramente nos artigos 931 e 936, além de ter sido recepcionada pela CDC, não excluindo do seu alcance atividades que, não obstante o elevado risco envolvido, não ostentam intuito lucrativo. “Obriga-se, assim, o agente a internalizar o custo em sua atividade, evitando-se que a vítima suporte sozinha o dano por ele causado, em homenagem ao princípio da solidariedade social.”¹⁶⁸

Tartuce, por sua vez sustenta que o legislador não convencionou o risco a uma atividade lucrativa ou a uma prestação de serviços, assim como não relaciona com o risco que decorre da atividade por si só, seja esta lucrativa ou não. Aduz que a segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil “é um conceito mutante ou variável o qual pode se enquadrar nas mais diversas modalidades de risco até aqui estudadas. As molduras práticas pela doutrina e jurisprudência nacional demonstram essa conclusão até o presente momento”.¹⁶⁹

Com efeito, essa é a realidade que emana da jurisprudência até então firmada pelo TST, não alterada, não obstante o pronunciamento pelo STF no RE 828040. A Corte Suprema não apresentou o conceito de risco, apenas deu ênfase ao seu grau mais elevado quando comparada a situação do trabalhador aos demais indivíduos. No TST, justamente porque a atividade normalmente desenvolvida e de risco é examinada sob a perspectiva do objeto empresarial, mas também, em face das tarefas habitualmente

¹⁶⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. Op. cit., p. 965

¹⁶⁷ TARTUCE, Flávio. Op. cit., p. 162.

¹⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo. TERRA, Aline de Miranda Valverde. GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Op. cit., p. 116

¹⁶⁹ TARTUCE, Flávio. Op. cit., p. 220.

realizadas pelo trabalhador, há julgados fundamentando no risco criado¹⁷⁰, no risco profissional¹⁷¹ e, até mesmo no risco proveito¹⁷².

Diante de todo o exposto, insta pontuar que todos os trabalhadores expostos a risco biológico em graus médio ou máximo, nos termos do Anexo 14 da NR 15, para fins de responsabilização civil do empregador, se contagiados durante a pandemia com desdobramentos como adoecimento ou óbito, justamente porque o dever de reparação pressupõe dano injusto, favorecem-se com o comando do art. 927 parágrafo único do CC. Não obstante a situação de pandemia tenha representado agravamento do risco, este risco sempre foi mais elevado, se contraposto aos demais trabalhadores. Há risco profissional, porque inerente à atividade normalmente desenvolvida pelo trabalhador.

Contudo, para os demais trabalhadores, não estão inseridos no Anexo 14 da NR 15, ainda que trabalhem em unidades de saúde de qualquer natureza, e todos os demais submetidos à situação de risco de contaminação pelo COVID-19, em razão do contato interpessoal, em setores os mais distintos possíveis, porque a atividade normalmente desenvolvida não impunha condição de risco pretérita à pandemia, somente poderão se socorrer da imputação ao empregador de conduta culposa ou dolosa. Para esses casos não cabe a invocação das concepções do risco criado ou risco proveito, porque, o cerne estará na falta de habitualidade dessa exposição ao risco biológico. Para esse grupo expressivo de trabalhadores nunca houve exposição habitual ao risco especial e com potencialidade lesiva superior aos demais membros da coletividade.

Para a aferição da culpabilidade do empregador, essencial observar o que dispõe, o inciso II do art. 157 da CLT. As empresas devem instruir os empregados, por ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais. Não as desonera a novidade do contexto epidêmico, sendo responsabilidade do serviço médico da empresa ou do Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT), nos termos previstos no item 6.5 da Norma Regulamentadora (NR) 06, ouvida a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA) recomendar ao empregador o equipamento ajustado a cada situação. O item 6.3 especifica ser obrigação da empresa fornecer aos empregados EPI adequado ao risco sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos.

¹⁷⁰ TST - RR: 43125120115120009, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 07/11/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/11/2017

¹⁷¹ TST - RR: 2904220115110052, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 10/04/2019, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/04/2019

¹⁷² TST - RR: 108330320175030025, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 07/08/2019, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 09/08/2019

Nesse sentido, noticiou o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região¹⁷³, São Paulo, em 25.03.2020, a concessão de liminares em ações de dissídio coletivo, determinando que a Companhia de Trens Metropolitanos liberasse das atividades presenciais os ferroviários, inclusive empregados terceirizados, pertencentes a grupo de risco para contaminação pelo COVID-19, devendo fornecer álcool gel e máscaras aos demais trabalhadores, o mesmo sendo determinado em ação favorecendo os integrantes da categoria representada pelo Sindicato dos Trabalhadores em Refeições Coletivas de Osasco e Região.

Curial, portanto, que o empregador, diante da situação da pandemia, adote posturas ativas no sentido de minimizar o contágio para os seus trabalhadores, podendo valer-se de medidas permitidas pela Medida Provisória 927, quanto ao teletrabalho, quando o trabalho puder ser realizado sob essa forma, pois a exposição desnecessária dos trabalhadores ao COVID 19 pode caracterizar, inclusive, culpa grave. Não sendo isso possível, as ações de distanciamento dos trabalhadores uns dos outros nos centros produtivos, assim como o acompanhamento das condições de saúde de todos os envolvidos, é importante. Nesse sentido, é temerária, consoante já comentado, a dispensa de exames médicos periódicos pelo art. 15 da Medida Provisórias 927, podendo sugerir uma exoneração de responsabilidade do empregador, o que não foi o propósito essencial, pois impõe ao médico do trabalho a decisão de adotar medidas de controle da saúde dos trabalhadores. Essas práticas, aliadas a outras com especificidades próprias de cada situação empresarial, determinarão a caracterização ou não de negligência patronal.

Ilustre-se com as medidas recomendadas aos empregadores em Nota Técnica Conjunta Nº 02/2020 - PGT/CODEMAT/CONAP¹⁷⁴: Fornecimento de lavatórios com água e sabão e de sanitizantes, como álcool 70% ou outros adequados; adoção de medidas que impliquem alterações na rotina de trabalho, como política de flexibilidade de jornada quanto a serviços de transporte, creches, escolas, etc; não permitir a circulação de crianças e demais familiares dos trabalhadores nos ambientes de trabalho; seguir os planos de contingência recomendados pelas autoridades locais, como permitir a ausência no trabalho, organizar o processo de trabalho para aumentar a distância entre as pessoas, permitir a realização de trabalho à distância; advertência aos gestores dos contratos de prestação de serviços, quando houver serviços terceirizados, quanto à

¹⁷³ JUSTIÇA DO TRABALHO. Liminares obrigam fornecimento de EPIS e afastamento de trabalhadores em grupo de risco. Disponível em: <<https://ww2.trt2.jus.br/noticias/noticias/noticia/news/covid-19-liminares-do-trt-2-obrigam-fornecimento-de-epis-e-determinam-afastamento-de-trabalhadores-em-grupo-de-risco>>. Acesso em 20 mai. 2020.

¹⁷⁴ NOTA TÉCNICA CONJUNTA Nº 02/2020 - PGT/CODEMAT/CONAP. Disponível em <<https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-conjunta-02-2020-pgt-codemat-conap-1.pdf>>. Acesso em 10 mai. 2020.

responsabilidade da empresa contratada em adotar todos os meios necessários para conscientizar e prevenir seus trabalhadores acerca dos riscos do contágio do novo coronavírus obrigação de notificação da empresa contratante quando do diagnóstico do trabalhador com a COVID-19.

Não obstante a responsabilidade subjetiva, à primeira vista, traga uma maior dificuldade para o empregado provar conduta culposa do empregador, importante não olvidar o art. 818 §1º da CLT. Assim, diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de provar ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova ao empregador. Por certo, o empregador diligente não encontrará dificuldade na demonstração de que, não obstante o risco trazido com a pandemia, ciente das medidas de proteção amplamente noticiadas por órgãos governamentais e internacionais no sentido da prevenção de contágio ao trabalho, adotou as que eram possíveis e pertinentes. Em situações tais, provada a diligência do empregador, ainda que tenha sobrevivido dano ao trabalhador e tenha recebido benefício previdenciário acidentário, não haverá o dever de indenizar pelo empregador.

É preciso, entretanto, diante do inusitado da situação vivenciada, não impor ao empregador a adoção de medidas exageradas, porque, sendo a situação de risco, há cuidados preventivos, porém, o inusitado faz parte desse contexto e o trabalhador não está em situação muito diferente do remanescente da população, o risco do contágio existe para todos e, em muitas situações sequer será possível aferir se o trabalhador foi contaminado no trabalho ou fora dele. Leciona Agostinho Alvim, "há certas dificuldades que quase podem ser consideradas como impossibilidade, tal o aumento de ônus que o cumprimento da obrigação acarretaria ao devedor"¹⁷⁵. Em razão disso, essas dificuldades podem acabar excluindo o vínculo entre o prejuízo e a ação, ou seja, é retirada um pressuposto da responsabilidade civil, o nexo causal.

As situações de excludente de nexo causal são, indubitavelmente, o caso fortuito, a força maior, fato exclusivo de terceiro e culpa exclusiva da vítima, os quais devem ser examinados em cada caso para determinar a exclusão do dever de reparar. Acerca do caso fortuito e a força maior, ambos possuem como requisito subjetivo, a ausência de culpa na produção do acontecimento, e como objetivo, a inevitabilidade do evento¹⁷⁶, não obstante não se distingam em termos de eficácia. De acordo com Agostinho Alvim, o caso fortuito conduz a um impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com a sua empresa, enquanto a força maior é um acontecimento externo.¹⁷⁷

¹⁷⁵ ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 288.

¹⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 139.

¹⁷⁷ ALVIM, Agostinho. Op. cit., p. 290.

Não há dúvidas de que a pandemia é um fator externo a desencadear efeitos no ambiente de trabalho. Para os profissionais, segundo visto, expostos ao agente biológico, a pandemia serve à qualificação do risco elevado da atividade profissional, estando, portanto, inserido na concepção contida na cláusula geral de responsabilidade objetiva, portanto, não opera como excludente do nexo causal. Ocorre aspecto similar, por exemplo, com as empresas que atuam com transporte de valores em relação ao risco de assalto, situação a desqualificar a ação de terceiro como fato de terceiro, pois se insere a ação dos assaltantes na concepção de risco da vida moderna. O risco é a própria pandemia. Portanto, evidente a vinculação direta e imediata, própria do nexo causal, tornando impossível possa atuar como excludente.

Para as demais categorias de trabalhadores, a responsabilidade subjetiva do empregador advém da não adaptação dos cuidados preventivos à situação já consolidada de pandemia. O mundo do trabalho convive com essa triste realidade, não há como impedir o contágio de vários trabalhadores, entretanto, a vinculação direta e imediata do dano com a atividade laborativa advirá se esta é exercida com negligência dos cuidados protetivos, tornando o trabalhador mais vulnerável. Nesse sentido, o caso fortuito e a força maior só constituem excludentes do nexo causal enquanto a imprevisibilidade da situação existe e quando não é possível imputar ao contratante conduta culposa, no sentido de permitir a exposição descuidada ao evento inevitável. Quando o contratante se expõe ao evento inevitável e externo, seja ele previsível ou não, descaracteriza-se o fato como fortuito ou força maior, não desonerando do dever de reparação, porque descaracteriza-se a situação juridicamente como fortuito ou força maior. Instalada a situação excepcional os papéis sociais mudam e, com isso, as obrigações advém. No caso do empregador, se exige não contribua para a maior vulnerabilidade física ou psíquica dos empregados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do COVID-19, vírus com alto grau de contágio, adveio um cenário incomum de vulnerabilidade de trabalhadores de distintas categorias profissionais ao risco biológico, impondo distinguir as situações que autorizam a aplicação da cláusula geral de responsabilidade objetiva do parágrafo único do art. 927 do CC e em que condições deve-se examinar a conduta culposa do empregador.

Sendo certo que o risco em questão é anormal, também é certo que a cláusula geral em referência somente tem aplicação quando a atividade normalmente desenvolvida pelo trabalhador ou explorada pela empresa já contenha o risco biológico como dado habitual. Nesse sentido, a NR 9, a considerar como agentes biológicos os vírus e o Anexo 14 da NR 15, a escalar os graus de exposição, oferecem orientação segura na identificação do trabalho em situação de exposição habitual. Com amparo nessa situação legal e seguindo a orientação da Lei 8.213/91 que na alínea “d” do §1º

do art. 20 e no inciso III do art. 21 especifica quando ocorre acidente de trabalho para fins previdenciários, conclui-se que, somente aos profissionais de saúde já expostos ao agente biológico em questão, mesmo que agravada a situação de vulnerabilidade, com a pandemia, é possível cogitar-se de responsabilidade objetiva.

Não obstante o risco assuma um protagonismo diferenciado para a maior parte dos trabalhadores, aqueles em face dos quais não foi possível o trabalho a domicílio ou o distanciamento de outras pessoas, a responsabilidade civil do empregador segue sendo subjetiva, ao menos como regramento geral.

O inusitado passou a fazer parte do cotidiano, sendo o risco do contágio compartilhado com a sociedade em geral, portanto, há clareza quanto aos cuidados preventivos que devem ser adotados, o que impede a caracterização do adoecimento ou óbito do trabalhador como caso fortuito ou força maior. Essas excludentes do nexo causal não operam se culposamente o empregador conduz o empregado à situação de exposição sem as mínimas cautelas exigidas. Não há força maior quando o agente se conduz aos efeitos do ato externo e inevitável.

Assim, a culpabilidade do empregador haverá de ser avaliada em consonância com as medidas preventivas que passam a ser exigidas, desde as instruções quanto a precaução no contato com pessoas e mercadorias, fornecimento de equipamentos de proteção individual, até acompanhamento médico da condição de saúde. Nesse sentido, merece crítica a medida provisória 927 quando prevê a suspensão da obrigatoriedade da suspensão de treinamentos periódicos de empregados ou torna facultativa a realização de exames médicos periódicos, porque podem conduzir os empregadores a uma ação descuidada, sem possibilidade de exonerá-los da responsabilidade quando, sendo evidente a necessidade dessas ações, pelo perfil do trabalho e condição de exposição do trabalhador, decida não adotá-las.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Juliana Gomes; GOUVEIA, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil do empregador nos acidentes de trabalho**. Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-159/responsabilidade-civil-do-empregador-nos-acidentes-de-trabalho/>>. Acesso em: 06 mai. 2020.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1949.

BARROSO, Heloisa de Freitas. **A responsabilidade civil do empregador em caso de acidente de trabalho**. Jus artigos, 2018. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/66348/a-responsabilidade-civil-do-empregador-em-caso-de-acidente-de-trabalho/2>>. Acesso em: 06 mai. 2020.

- BRASIL. Planalto. **MEDIDA PROVISÓRIA Nº 927, DE 22 DE MARÇO DE 2020.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm>. Acesso em: 09 mai. 2020
- BRASIL. Planalto. **Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 06 mai. 2020.
- BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 04 mai. 2020.
- BRASIL. Planalto. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>. Acesso em: 10 mai. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 828040.** Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4608798>>. Acesso em: 10 mai. 2020.
- CARVALHO, Neudimair Vilela. **Responsabilidade Civil Objetiva do Empregador Decorrente de Acidente de Trabalho.** Jus Brasil, 2017. Disponível em <<https://neudimairvilela.jusbrasil.com.br/artigos/485492632/responsabilidade-civil-objetiva-do-empregador-decorrente-de-acidente-de-trabalho>>. Acesso em: 06 mai. 2020.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil – 10. Ed.** São Paulo: Atlas, 2012.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil – 10. Ed.** São Paulo: Atlas, 2012.
- Convenção nº 155 da OIT.** 18 de maio de 1992 Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_155.html>. Acesso em: 10 mai. 2020.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 7: Responsabilidade civil – 32. Ed.** São Paulo: Saraiva, 2018.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 7: Responsabilidade civil – 32. Ed.** São Paulo: Saraiva, 2018.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. **Manual de Direito Civil- Volume único/ Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto, Nelson Rosenvald- 3. Ed.** Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. **Manual de Direito Civil- Volume único/ Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto, Nelson Rosenvald- 3. Ed.** rev. atual. E amplia- Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.
- FRANÇA, Dumas Rodrigo. **A teoria do risco aplicada à responsabilidade objetiva.** 2009. 125 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2009.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de direito civil; volume único – 2. Ed.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- LOPEZ, T. A. **Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo.** Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v.

- 101, p. 111-152, 1 jan. 2006. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67701>>. Acesso em: 07 mai. 2020.
- LOPEZ, T. A. **Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 101, p. 112, 1 jan. 2006. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67701>>. Acesso em: 10 mai. 2020.
- MARCHI, Cristiane de. **A culpa e o surgimento da responsabilidade objetiva: evolução histórica, noções gerais e hipóteses previstas no Código Civil**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. n. 964, fev., 2016.
- MELO, Raimundo Simão. **STF decide que empregador tem responsabilidade civil objetiva em acidentes de trabalho**. Consultor Jurídico, 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-set-13/stf-decide-empregador-responsabilidade-civil-objetiva>>. Acesso em: 06 mai. 2020.
- MOLINA, André Araújo. **A responsabilidade civil do empregador pela contaminação dos trabalhadores pelo coronavírus**. In: ROSENVALD, Nelson (Org.). Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais. São Paulo: Editora Foco, 2020. 544 p.; ePUB.
- NASCIMENTO, Breno Aurélio. **É possível a configuração de doença ocupacional pelo contágio do empregado com o COVID-19?** Marins Bertoldi, 2020. Disponível em <<http://www.marinsbertoldi.com.br/conteudo/artigos/e-possivel-a-configuracao-de-doenca-ocupacional-pelo-contagio-do-empregado-com-o-covid-19/>>. Acesso em: 06 mai. 2020.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2010. p.124.
- Para o STF, covid-19 é doença ocupacional e auditores poderão autuar empresas**. Senado Notícias, 2020. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/30/para-stf-covid-19-edoenca-ocupacional-e-auditores-poderao-autuar-empresas>>. Acesso em: 06 mai. 2020.
- POMPEU, Ana. **STF: Covid-19 pode ser doença ocupacional mesmo sem comprovar momento de contágio**. JOTA. Brasília, 29 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-covid-19-pode-ser-doenca-ocupacional-mesmo-sem-comprovar-momento-de-contagio-29042020>>. Acesso em: 04 mai. 2020.
- STF: Suspenso trecho da MP 927 que não considera coronavírus doença ocupacional**. Migalhas, 2020. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/quentes/325770/stf-suspenso-trecho-da-mp-927-que-nao-considera-coronavirus-como-doencaocupacional>>. Acesso em: 06 de mai. de 2020.
- TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco - a teoria do risco concorrente**. São Paulo: MÉTODO, 2011.
- VAZ, Marcos Vinícius. **Covid-19: Doença ocupacional**. Migalhas, 2020. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/325986/covid-19-doenca-ocupacional>>. Acesso em: 06 mai. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil - 13. ed.** São Paulo: Atlas. 2013.

Possibilidade de responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho (Tema - 932 STF). TJ/MG, 2020. Disponível em <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/jurisprudencia/recurso-repetitivo-e-repercussao-geral/_possibilidade-de-responsabilizacao-objetiva-do-empregador-por-danos-decorrentes-de-acidentes-de-trabalho-tema-932-stf.htm#.XsKBj0RKjIU>. Acesso em: 17 mai. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Tema n.º 932, Repercussão Geral: RE 828040.** Relator: Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4608798&numeroProcesso=828040&classeProcesso=RE&numeroTema=932>>. Acesso em: 17 mai. 2020.

A RELEVÂNCIA DA INTERVENÇÃO SINDICAL E DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA EM TEMPOS DE COVID-19: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS 927 E 936/2020 SOB A ÓTICA DOS JULGAMENTOS DO STF

Ana Clara Barbosa Paiva Santos¹⁷⁸

Iangre dos Santos Pereira¹⁷⁹

Ana Paola Santos Machado Diniz¹⁸⁰

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A negociação coletiva trabalhista como instrumento de justiça social 2.1. A autonomia privada no âmbito da assimétrica relação jurídico-trabalhista 3. As Medidas Provisórias 927 e 936 na visão do Supremo Tribunal Federal: reflexões críticas. 5. Considerações finais; Referências bibliográficas.

RESUMO: As Medidas Provisórias nº 927/2020 e 936/2020, editadas em razão da pandemia do COVID-19 contemplam medidas que podem ser adotadas pelos empregadores, tendo como premissa a preservação do emprego e da renda, para vigerem durante o estado de calamidade pública. Destacou-se o permissivo de sobreposição de acordos individuais sobre os instrumentos normativos legais e negociais como aspecto relevante para discussão, substancialmente quando aplicável à redução proporcional de jornada de trabalho e de salário e para suspensão do contrato de trabalho. Porque impactam diretamente o papel constitucionalmente garantido às organizações sindicais para a tutela de direitos e garantias dos trabalhadores, afetando a negociação coletiva enquanto instrumento de solução do conflito trabalhista, foram submetidas ao crivo do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. O presente estudo sintetiza os argumentos centrais trazidos a lume pelos ministros da Corte Suprema, analisando-os criticamente, e no propósito de contribuir para o debate que está aceso acerca da importância da negociação coletiva e participação do sindicato nas soluções pensadas em tempos de crise e dificuldade econômica.

Palavras-chave: COVID-19, negociação coletiva, intervenção sindical, MP 927/2020, MP 936/2020

1. INTRODUÇÃO

¹⁷⁸ Graduanda em Direito pela Universidade do Estado da Bahia.

¹⁷⁹ Graduanda em Direito pela Universidade do Estado da Bahia.

¹⁸⁰ Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia (TRT5-BA). Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal de Pernambuco. Professora de Direito Civil na Graduação em Direito da Universidade do Estado da Bahia.

A situação de pandemia ocasionada pelo novo agente do coronavírus (SARS-CoV-2), que provoca a doença designada coronavírus (COVID-19), traz consigo inusitado impacto na economia dos países e, sobretudo, no cotidiano e qualidade de vida dos povos. Desde a sua caracterização pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como uma pandemia, em 11 de março de 2020, o isolamento social tem sido utilizado como estratégia para conter o avanço do vírus e evitar o colapso no sistema de saúde dos países afetados. Nesse contexto, foi editada a Lei 13.979 de 03.02.2020, dispondo sobre as primeiras providências para enfrentamento desta emergência de saúde pública, previu a adoção do isolamento social, restrição de locomoção interestadual e intermunicipal, entrada e saída do país, entre outras medidas, as quais têm sido, inclusive, ampliadas no âmbito de vários entes federativos.

Em referendun à medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio Mello na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou a competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e Municípios para adoção de outras ações, na linha do previsto no art. 23, II da Constituição Federal, no tocante a legislar sobre saúde e assistência pública. Assim, vários entes federativos têm definido as atividades essenciais, segundo a situação de contaminação vivenciada, determinando o fechamento de centros comerciais, de instituições de ensino e, mais recentemente, a imposição de mínima circulação de pessoas nas vias públicas. Dessa forma, é incontestável o seu impacto na economia, provocando descontinuidade na atividade empresarial em vários setores, afetando o faturamento de outros segmentos, decorrente da queda da produção e do consumo, a despertar a preocupação com a manutenção dos empregos formais, aumento dos índices já antes preocupantes de desemprego e recessão econômica posterior à crise. A Organização Mundial do Comércio (OMC) anunciou que o comércio global sofrerá queda de até 32% neste ano¹⁸¹.

Nesse ínterim, o Decreto Legislativo nº 06/20, reconheceu estado de calamidade pública no país, exclusivamente para os fins do artigo 65 da Lei Complementar 101 de 04.05.2000¹⁸², o que possibilita ao Poder Executivo o não cumprimento da meta fiscal prevista para o ano, haja vista a necessidade de expansão dos gastos para custear ações de combate ao COVID-19, como o pagamento de benefícios sociais, moratória na

¹⁸¹ Catástrofe no comércio global: OMC estima perdas na economia brasileira. Correio Braziliense, Brasília, 09 de abril de 2020. Disponível em: < https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/04/09/internas_economia,843311/catastrofe-no-comercio-global-omc-estima-perdas-na-economia-brasileir.shtml >. Acesso em: 10 de maio de 2020.

¹⁸² Art. 65. Na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional, no caso da União, ou pelas Assembléias Legislativas, na hipótese dos Estados e Municípios, enquanto perdurar a situação: I - serão suspensas a contagem dos prazos e as disposições estabelecidas nos arts. 23, 31 e 70; II - serão dispensados o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9º.

arrecadação de tributos, subsídios às empresas, etc¹⁸³. O Ministério da Economia estima em R\$ 419,2 bilhões o déficit de 2020, considerando as medidas anunciadas para conter os efeitos do coronavírus sobre a saúde e a economia anunciados até então, o que equivalente a 5,55% do PIB¹⁸⁴.

Em decorrência, o Governo Federal, em 22.03.2020, por intermédio da Medida Provisória 927, dispôs sobre medidas trabalhistas que poderão ser adotadas pelos empregadores para preservação do emprego e da renda, sob a justificativa de enfrentamento da excepcionalidade atual. Trouxe alteração em aspectos relacionados à concessão de férias, compensação de horas, exigências administrativas em saúde e segurança do trabalho, diferimento de recolhimento do FGTS e teletrabalho, dispondo no art. 2º¹⁸⁵ sobre a possibilidade de celebração de acordo individual prevalecer sobre a lei ou normas coletivas, desde que no suposto da garantia de permanência do vínculo.

Em 01.04.2020 sobreveio a Medida Provisória 936, instituindo um Programa Emergencial de Manutenção de Emprego e da Renda, e especificando no art. 2º, como objetivos centrais, a preservação do emprego e da renda, a continuidade das atividades laborais e empresariais e a redução do impacto social decorrente da situação de calamidade pública e de emergência de saúde pública. Dispõe sobre o pagamento pela União Federal do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, nas situações de suspensão temporária dos contratos de trabalho ou quando estabelecida a redução proporcional da jornada de trabalho e de salário.

Essas medidas provisórias têm merecido análise cuidadosa em ponto extremamente sensível, porque ao admitirem a prevalência dos acordos individuais restritivos de direitos mínimos sobre a lei, acordos e convenções coletivas, tocam em direitos subjetivos trabalhistas, constitucionalmente assegurados sob o fundamento da norma mais benéfica. Desencadeiam questionamentos acerca da autonomia individual do empregado e autêntica simetria entre os sujeitos sociais na situação de crise, o que

¹⁸³ Destaca-se: Decreto nº 10.285 de 20.03.2020 que reduz a zero o IPI sobre alguns produtos reiteradamente usados na prevenção ao contágio; Resolução nº 152 de 19.03.2020 que prorroga para pagamento dos tributos federais no âmbito do Simples Nacional; Medida Provisória nº 952 de 15.04.2020 que prorroga prazo para pagamento de tributos incidentes sobre a prestação de serviços de telecomunicações; Medida Provisória nº 944 de 03.04.2020 que criou programa destinado à realização de operações de crédito para pagamento de folha salarial de pessoas jurídicas especificadas; Lei 13.982 de 02.04.2020 que dispõe sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social e elegibilidade ao benefício de prestação continuada e estabelece medidas excepcionais de proteção social.

¹⁸⁴ Governo projeta déficit primário de R\$ 419,2 bilhões em 2020. **Poder360**, 02 de abril de 2020. Disponível em: < <https://www.poder360.com.br/economia/governo-projeta-deficit-primario-de-r-4192-bilhoes-em-2020/> >. Acesso em: 13 de maio de 2020.

¹⁸⁵ **Art. 2º** Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregado e o empregador poderão celebrar acordo individual escrito, a fim de garantir a permanência do vínculo empregatício, que terá preponderância sobre os demais instrumentos normativos, legais e negociais, respeitados os limites estabelecidos na Constituição.

remete à análise de pertinência, mesmo considerando-se o risco real de extinção de postos de trabalho e o interesse real do trabalhador em manter seu emprego, de subversão das bases estruturais e constitucionais do Direito do Trabalho.

Desafia, sobretudo, arguta análise acerca do sentido em atribuir-se papel secundário aos entes coletivos e as consequências jurídicas e sociais do seu alijamento da defesa dos interesses da classe trabalhadora, em desprestígio à negociação coletiva. A questão decorre de a medida provisória 936 tornar facultativa a participação sindical, dispensando-a, ainda que momentaneamente, em assuntos sensíveis como a redução de jornada e de salário, ou a suspensão do contrato de trabalho, o que está em oposição ao previsto nos incisos III e VI do artigo 8º e incisos VI, XIII, XXVI do art. 7º da Constituição Federal. O art. 2º da medida provisória 927, ao tracejar uma cláusula geral de preponderância do acordo individual sobre os instrumentos normativos legais e negociais, ainda que preservando os limites estabelecidos na Constituição Federal, reforça o alijamento do sindicato das soluções pensadas para o enfrentamento da crise no âmbito de cada categoria.

Pela relevância da matéria, já mereceu análise pelo Supremo Tribunal Federal. Em 17.04.2020 decidiu-se, por maioria, no âmbito da ADI 6363, não referendar medida cautelar parcialmente deferida em decisão monocrática do relator Ministro Ricardo Lewandowski. Na ocasião da concessão da medida cautelar, o relator decidiu dar interpretação conforme a Constituição Federal ao §4º do art. 11 da Medida Provisória 936¹⁸⁶, assentando que:

[os] acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho [...] deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração”, para que este, querendo, deflagre a negociação coletiva, importando sua inércia em anuência com o acordado pelas partes.¹⁸⁷

Como a decisão cautelar do Ministro Ricardo Lewandowski não foi referendada pelo Pleno do STF, mantém-se íntegra a Medida Provisória 936 ao admitir o acordo individual para redução de jornada e salário no prazo máximo de noventa dias (art. 16) ou suspensão do contrato de trabalho no prazo máximo de sessenta dias (art. 8º).

¹⁸⁶ **Art. 11.** As medidas de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho de que trata esta Medida Provisória poderão ser celebradas por meio de negociação coletiva, observado o disposto no art. 7º, no art. 8º e no § 1º deste artigo.

§ 4º Os acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária do contrato de trabalho, pactuados nos termos desta Medida Provisória, deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração.

¹⁸⁷ **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.363.** Distrito Federal, abril de 2020. Disponível em: < www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6363.pdf >. Acesso em: 13 de maio de 2020.

Resultado distinto não adveio com o julgamento da ADI'S 6342, 6344, 6346, 6348, 6349, 6352 e 6354 todas de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, ocasião na qual, também por maioria, decidiu-se referendar a decisão do relator que, entre outros pontos, negava a concessão da cautela requerida no tocante ao art. 2º da Medida Provisória 927 expressando: “*Descabe, no que ficou prevista a preponderância do acordo individual escrito, voltado à preservação do liame empregatício – repita-se – ante instrumentos normativos legais e negociais, assentar, no campo da generalidade, a pecha de inconstitucionalidade*”¹⁸⁸.

Não obstante o destaque que tem a hermenêutica constitucional advinda do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, e a natureza vinculante das decisões proferidas em controle de constitucionalidade, ainda que cautelares, os julgamentos não arrefeceram o debate em derredor das exceções implementadas.

É objetivo central desse estudo, à luz dos argumentos trazidos a lume pelos ministros, nos julgamentos realizados virtualmente e acessíveis pelos meios de comunicação, refletir quanto a ser profícuo subtrair o protagonismo dos sindicatos nesse contexto de crise. Considerada a missão constitucionalmente reservada aos sindicatos de salvaguarda dos direitos fundamentais dos trabalhadores, o precedente trazido pela Corte Constitucional, em julgamento pautado por argumentos metajurídicos e sob a influência da crise, desperta relevantes inquietações.

É possível cogitar-se, em razão do contexto de crise das empresas e crise nos empregos, que tenha o conflito desaparecido e restabelecida a simetria entre empregado e empregador, a prescindir da atuação sindical, admitindo-se em abstrato plena autonomia negocial ao trabalhador? Estando os sindicatos próximos da realidade concreta e própria de cada atividade econômica, sendo verossímil seu interesse primordial da preservação de empregos, não estariam mais aptos a colaborar nas soluções possíveis para a situação atual e, também, para a que se avizinha, passado o momento mais crítico? A crise vivenciada justifica ou autoriza o risco severo em admitir-se exceções ao texto constitucional no tocante ao direito fundamental de intervenção sindical obrigatória em negociação coletiva para flexibilização de direitos essenciais e sob argumentos meramente econômicos?

Com esta análise há o propósito de contribuir para o debate que apenas se inicia, porque os desdobramentos da situação atual são desconhecidos e a análise empreendida pelo STF, ainda provisória, porque em sede cautelar, poderá tomar rumo diverso, quiçá sob o impulso dos conflitos sociais a reivindicarem seu reexame ou movido por outras inesperadas variáveis que esses tempos tão estranhos oferecem.

¹⁸⁸ **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.342.** Distrito Federal, abril de 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/marco-aurelio-nega-liminar-mp-medidas.pdf> >. Acesso em 13 de maio de 2020.

2. A NEGOCIAÇÃO COLETIVA TRABALHISTA COMO INSTRUMENTO DE JUSTIÇA SOCIAL

O direito do trabalho, porque assegurado no art. 7º da CF/88 e entrelaçado aos fundamentos de elevação da dignidade da pessoa humana, equilibrando os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, é um direito fundamental social. Os propósitos do art. 3º da CF/88, de melhoria da condição social do trabalhador, intrinsecamente jungidos à garantia de desenvolvimento da nação, erradicação da pobreza e marginalização, redução das desigualdades sociais, promoção de uma sociedade mais justa livre e solidária, tornam-se alcançáveis por intermédio de normas heterônomas, nacionais ou internacionais ratificadas pelo Brasil e, sobretudo, com as normas autônomas advindas dos pactos firmados entre os sujeitos sociais.

A pluralidade de fontes formais, com possibilidade de conteúdos não inteiramente convergentes, tem reflexos no sistema de hierarquia das leis. O princípio protetor, na sua formulação atinente à norma mais favorável, justifica a inversão hierárquica da pirâmide Kelseniana, que tem na Constituição o seu vértice, tornando possível a aplicação de norma de nível inferior em detrimento de outra de nível superior, desde que concorra para oferecer uma melhor condição social ao trabalhador (caput do artigo 7º da CF/88).

Com a vigência da Lei 13.467/17, e a modificação da redação originária do art. 620¹⁸⁹ da CLT e concepção do art. 611-A¹⁹⁰, houve alguma flexibilização do princípio da norma mais benéfica. Ao possibilitar a prevalência do negociado coletivamente sobre o legislado, ainda que em condição de desvantagem para o trabalhador, ou ao admitir, em tese, independentemente do conteúdo, a prevalência do acordo coletivo sobre a convenção coletiva, trouxe acalorada discussão, porque impôs mudança que contradiz o caput do art. 7º da CF/88 e a premissa da melhoria da condição social ao trabalhador.

As medidas provisórias 927 e 936 sob análise, imprimiram discussão ainda mais séria ao tema das fontes normativas, porque, sob o fundamento da crise pandêmica,

¹⁸⁹ **Art. 620.** As condições estabelecidas em Convenção quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo.

¹⁹⁰ **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; **XV** - participação nos lucros ou resultados da empresa.

admitiram um protagonismo inesperado e preocupante ao acordo individual, inclusive com conteúdo supressivo de direitos garantidos constitucionalmente, em detrimento da negociação coletiva e do seu significado jurídico-social.

A negociação coletiva é genuína manifestação da autonomia da vontade das partes e se legitima com a simetria entre os sujeitos sociais negociantes, exigindo a participação do sindicato profissional em um dos polos, preservando a possibilidade de os interesses econômicos serem representados diretamente pela empresa ou pelo organismo sindical a que pertence.

A estabilização dos interesses antagônicos imanentes à relação capital-trabalho, com a celebração da convenção ou acordo coletivo de trabalho, é o resultado que se almeja. Contudo, o art. 8º, incisos III e VI da Constituição Federal¹⁹¹, dá destaque à participação do sindicato em sua missão de defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, e a ressalta como obrigatória. Maurício Godinho Delgado¹⁹² afirma que o princípio da interveniência sindical na normatização coletiva constitui autêntica garantia para os trabalhadores, ao assegurar que a validade de um processo negocial coletivo está condicionada à participação do sindicato da classe, de modo a possibilitar o diálogo entre os sujeitos em plano de igualdade.

Partindo do pressuposto de que há significativa desigualdade entre empregador e empregado, os entes coletivos trabalhistas assumem função ímpar ao mitigar essa assimetria, garantindo a equivalência que dá ensejo a autênticas concessões recíprocas, minimizando a pressão do mais forte sobre o mais fraco. O sindicato, entretanto, deve poder valer-se de instrumentos de pressão, para o negociar fluir como expressão da liberdade. Nesse sentido destaca Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva (2008, p. 99):

Se não foi possível falar em poder efetivo dos trabalhadores, não haverá autonomia coletiva como poder de direito. Ou seja, sem condições efetivas para a constituição de um contrapoder não se poderá atribuir relevância jurídica à negociação coletiva, o que contribui para a avaliação de seus resultados e para o conteúdo das cláusulas negociadas. A autonomia coletiva não se equipara, pois, a uma manifestação da vontade do sujeito contratante, embora coletivo, em decorrência de sua liberdade contratual, como aparece nos conceitos privados de autonomia privada da vontade. (...) A negociação coletiva como fonte de direito pressupõe autonomia coletiva como recurso de poder concreto, através da indissolúvel trilogia garantista. Se os trabalhadores não podem realmente utilizar a greve de forma ampla para a defesa real de seus interesses, se a liberdade sindical não significa nada mais do que um direito genérico à associação e tem seu conteúdo material esvaziado, não se

¹⁹¹**Art. 8º** É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

¹⁹² DELGADO, Maurício Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho e seus princípios informadores**. Juslaboris, 2001. Disponível em: < https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/52335/007_delgado.pdf?s >. Acesso em: 11 de maio de 2020.

pode falar em autonomia coletiva e em negociação coletiva como verdadeira fonte do direito.¹⁹³

Perante o antagonismo de interesses inerente às relações trabalhistas, a negociação coletiva erige-se em instrumento democrático, porque viabiliza o diálogo social, conduzindo os interlocutores à solução que atenda seus peculiares interesses, o que se afigura extremamente relevante nas situações de crise, que põem em risco a empresa e a preservação dos empregos.

As funções cumpridas pela negociação coletiva, contudo, extravasam a normatização ou ao processo dialético de articulação de interesses distintos para a pacificação de conflitos, desempenhando também uma função social relevante, representada pela materialização do princípio da progressão social. Nesse sentido, em face de direitos revestidos de indisponibilidade absoluta, observa Maurício Godinho (2005, p. 1400)¹⁹⁴, que impõe-se observar “*um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico profissional, sob pena de afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho*”.

Considerando a relevância do mínimo existencial e não desconhecendo o constituinte que crises de toda ordem resvalam para o âmbito econômico, com vocação para atingir o mundo do trabalho, admitiu a negociação coletiva restritiva em temas como a redução salarial, compensação de horas e redução de jornada, cujo efeito essencial é amoldar a dureza econômica ao vivenciado no âmbito de cada empresa ou categoria.

Erigindo-se a participação sindical e a negociação coletiva em direito fundamental social, que não depende de questões orçamentárias para sua efetivação, pressupondo, tão somente, abertura de espaço democrático para o diálogo entre o capital e o trabalho, sequer cabe cogitar-se estar submetido ao princípio da reserva do possível. São direitos fundamentais que deveriam se impor ao legislador ordinário, sem reservas. Nesse sentido ressalta Ingo Sarlet e Mariana Filchiner Figueredo¹⁹⁵:

Os direitos sociais, por serem fundamentais, comungam do regime pleno da dupla fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais. Com efeito, para além de poderem ser reconhecidos como protegidos contra uma supressão e erosão pelo poder de reforma constitucional (por força de uma exegese necessariamente inclusiva do artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF), os direitos sociais (negativos e positivos) encontram-se sujeitos à lógica do

¹⁹³ SILVA, S.G.C.L. **Relações Coletivas de Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2008.

¹⁹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005.

¹⁹⁵ SARLET, I.W.; FIGUEIREDO, M.F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: < https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html >. Acesso em: 18 maio 2020.

artigo 5º, § 1º, da CF, no sentido de que a todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo em que se deve levar em conta a necessária otimização do conjunto de princípios (e direitos) fundamentais, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto.

Portanto, em consideração à relevância constitucional do protagonismo sindical e da negociação coletiva, qualquer mínima limitação não vem dissociada da perplexidade, instalando a incoerência no sistema jurídico-trabalhista.

Guilherme Ludwig (2020)¹⁹⁶ observa ser impossível reescrever a Constituição Federal em função da crise, por mais grave que ela seja, pois não há duas constituições, uma para o estado de normalidade e outra, de excepcionalidade, sendo o maior risco o de perenização da flexibilização dos direitos e o arrefecimento de direitos de cidadania. De fato, os direitos trabalhistas potencializam o pleno exercício da cidadania, sendo notável destacar a autonomia coletiva como uma de suas maiores expressões.

Oportuno assinalar a relevância da negociação coletiva e ampla participação sindical no âmbito internacional, sendo o Brasil signatário de várias convenções internacionais sobre o tema. Desde a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 já se assegura, conforme previsto no art. 23, que *“todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para a proteção de seus interesses”*. Merecem destaque as Convenções 98 e 154, adotadas pela Organização Internacional do Trabalho, respectivamente em 1949 e 1981, e ratificadas com o Decreto Legislativo nº49 em 27.08.1952 e o Decreto Legislativo nº 22 de 12.05.1992.

A Convenção 98 estabelece regras atinentes à liberdade de filiação sindical e participação em negociações coletivas. O art. 4º ressalta o fomento e a promoção do pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação coletiva com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego. Ao passo que, a Convenção 154 no art. 5º, sinaliza que o Estado deve adotar medidas adequadas às condições nacionais no estímulo à negociação coletiva, estabelecendo-se no art. 7º que *“as medidas adotadas pelas autoridades públicas para estimular o desenvolvimento da negociação coletiva deverão ser objeto de consultas prévias e, quando possível, de acordos entre as autoridades públicas e as organizações patronais e as de trabalhadores”*.

Em razão da vigência da Lei 13.467/17 que estabeleceu a prevalência do negociado sobre o legislado e, em função do processo legislativo que a precedeu, sem espaços para a ampla participação dos trabalhadores nas discussões, durante a 108ª Conferência da OIT o Brasil foi incluído na lista de países sob suspeita de ferir a

¹⁹⁶O STF e a Interpretação das Medidas Trabalhistas de Emergência. Youtube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=kCNUTdKyUJI&feature=youtu.be>>, Acesso em: 14 de maio 2020.

Convenção 98¹⁹⁷, concorrendo a edição das Medidas Provisórias 927 e 936 para agravamento desse quadro. A OIT, na Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho¹⁹⁸, declara:

Todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é: a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.¹⁹⁹

Ao tracejar políticas consideradas como as mais eficazes para mitigar os efeitos da COVID-19 no mundo do trabalho, a OIT sinaliza acerca da importância dos esforços coordenados para fomento do emprego e da renda, promoção da economia e da demanda por mão de obra, objetivando evitar os efeitos da perda de capacidade produtiva de trabalhadores e redução drástica no consumo, para que não ocorra uma recessão econômica prolongada. Concebe promoção de política fiscal, promoção de políticas monetárias flexíveis, apoio financeiro e concessão de empréstimo a setores específicos, ampliação de proteção social a toda a população, retenção de emprego com redução de jornada e licenças remuneradas. Contudo, a OIT assinala a importância do diálogo social tripartite, o que torna imprescindível a participação de organismos profissionais:

A construção de confiança por meio do diálogo é essencial para uma ação política eficaz. Especialmente em tempos de maior tensão social e de falta de confiança nas instituições, é importante fortalecer os mecanismos de diálogo social e neles confiar, a fim de estabelecer uma base sólida que promova uma estreita colaboração entre empregadores, trabalhadores e governos. O diálogo social no nível empresarial também é essencial.

2.1. A autonomia privada no âmbito da assimétrica relação jurídico-trabalhista

Não obstante a relevância da participação sindical na estabilização do conflito coletivo e na negociação coletiva, as medidas provisórias sob exame trouxeram como instrumento para a preservação do emprego durante a crise, a negociação individual.

¹⁹⁷ Reforma trabalhista põe Brasil na lista suja da OIT. **Brasil de fato**. São Paulo, 11 de junho de 2019. Disponível em: < <https://www.brasildefato.com.br/2019/06/11/reforma-trabalhista-poe-brasil-na-lista-suja-da-oit>>. Acesso em: 19 de maio de 2020.

¹⁹⁸ **Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho**. Genebra, 19 de junho de 1998. Disponível em: < https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf>. Acesso em: 19 de maio de 2020.

¹⁹⁹ Quais políticas serão as mais eficazes para mitigar os efeitos da COVID-19 no mundo do trabalho? **Organização Internacional do Trabalho**, 2020. Disponível em: < https://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_741493/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 19 de maio de 2020.

A situação é crucial, porque reaviva a reflexão acerca dos precisos contornos da autonomia privada individual em sede trabalhista. Tal autonomia se traduz pela liberdade negocial, pelo poder atribuído aos sujeitos de auto regulamentarem as suas relações jurídicas e, assim, permanecerem vinculados ao quanto dispuserem. Justamente porque tem no poder de autorregulamentação seu fundamento central, a paridade entre os sujeitos que negociam é essencial e define a maior ou menor necessidade de intervenção do Estado nessa esfera, o que ocorre em termos de restrição do abuso de um contratante sobre o outro, pelo reequilíbrio da situação contratual, pela imposição de garantias mínimas inegociáveis, entre outros aspectos.

Não se olvide, ademais que, consoante previsto nos artigos 421²⁰⁰ e 422²⁰¹ do Código Civil, o contrato deixou de ser mero instrumento de concretização dos interesses individuais e passou a ser instrumento de promoção do bem-estar social e de garantia da realização de direitos fundamentais. Os princípios da função social e boa-fé objetiva definem limites para a liberdade contratual, condicionam os sujeitos da relação a agir com probidade e contemplando os interesses sociais relacionados as posições jurídicas que lhe são garantidas.

No tocante ao direito do trabalho, a falta de paridade e assimetria entre empregado e empregador é o ponto de partida, tendo como consectário reservar-se a autonomia individual um espaço reduzido, sempre na perspectiva de melhoria da condição jurídica do empregado. A realidade econômica e social permeada de trabalho precarizado, empregos temporários, altos índices de trabalhadores desempregados e desalentados apenas enfatiza o real distanciamento da situação ideal de plena liberdade negocial do trabalhador, porque onde a dificuldade econômica impera, onde a urgência alimentar ameaça, arrefece a condição de resistência e não há disponibilidade do empregador para concessões. Sequer a plena cognição pelo trabalhador acerca da titularidade dos direitos é significativa para a ampliação de sua autonomia, pois, o dado econômico, representado pela invencibilidade da dependência material, é suscetível de comprometer sua desenvoltura no tracejo das condições as quais deva se submeter.

Nesse diapasão, faz-se mister assinalar que o desequilíbrio inerente aos contratos de trabalho não mudou durante a pandemia, ainda que várias empresas tenham sido conduzidas a sérias dificuldades econômicas, o que denota uma realidade bem preocupante, sem dúvida. A dificuldade não determina a paridade. Ao contrário, a latente crise social e econômica provoca o poder econômico a intentar elevar-se sobre direitos subjetivos mínimos e incontestáveis de titularidade do trabalhador. Há incongruência ao se presumir uma maior autonomia individual em períodos de crise, seria o momento de uma maior intervenção estatal protetiva e ampla garantia de

²⁰⁰**Art. 421.** A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato;

²⁰¹ **Art. 422.** Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé;

participação sindical no debate acerca das ações essenciais à preservação das empresas e garantia de preservação dos empregos.

Oportuno comentar ponderações de Fredie Didier²⁰², em curso realizado na ENAMAT, Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho, em 27.04.20120, acerca da autonomia privada trabalhista. Enuncia que o Direito vem arrefecendo as limitações que foram historicamente impostas à autonomia da vontade no século XX e justificadas pela necessidade de contenção do abuso, voltando o olhar ao indivíduo e, nesse sentido, devolvendo a liberdade que lhe havia sido tirada de autorregramento das suas relações jurídicas. Visualiza que, não obstante o paradigma da proteção não possa ser ignorado, passar a ser examinado no caso concreto, pois o estágio atual é de recapacitação do indivíduo. Nesse sentido, faz referência a Lei 13.146/ 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), contrapondo-a com a situação do trabalhador e seu regime de proteção. Aponta como, não obstante a deficiência mental ou restrições cognitivas os sujeitos são, a priori, considerados capazes, modulando-se caso a caso, e em consonância com a situação pessoal, as restrições toleráveis. Percebe o direito do trabalho inserido nesse contexto, o que considera evidenciado com as últimas reformas trabalhistas, ao conferir maior espaço para a autonomia, tanto coletiva quanto individual, dentro do espírito do tempo atual de recapacitação dos sujeitos, o que não impediria a mensuração das situações de vulnerabilidade, caso a caso.

Há inegavelmente uma distorção das perspectivas em que estão as pessoas com deficiência e os trabalhadores, absolutamente distintas. É importante destacar que, para as pessoas com deficiência, o reconhecimento a priori de sua autonomia intenta assegurar o pleno exercício de todos os direitos fundamentais, promovendo sua emancipação e valorização enquanto ser humano, ao passo que, perante a situação de hipossuficiência do trabalhador, atribuir-lhe pleno poder de decisão dentro de uma relação desigual, potencializa ainda mais a precarização das condições de trabalho. A delimitação da autonomia do trabalhador ainda desponta com uma necessidade social, não desapareceu a fragilidade que lhe é inerente em decorrência de sua condição econômica, política e social. Infelizmente, no século atual, o contexto crescente de precarização, informalidade, desemprego crescente, os quais apareceram de modo nítido quando a pandemia impôs necessidade de isolamento social, se contrapõe com a ideia de recapacitação a priori, sobretudo quando é o capital transnacional, sem fronteira, globalizado, que tem tido maior desenvoltura, a se impor, inclusive sobre os Estados soberanos.

²⁰² CFC - Relações de trabalho em meio à pandemia de coronavírus - Prof. Fredie Didier. Youtube. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=Tj-CqhK4nS0&feature=youtu.be>>, Acesso em: 18 de maio 2020.

3. AS MEDIDAS PROVISÓRIAS 927 E 936/2020 NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: REFLEXÕES CRÍTICAS.

A constitucionalidade das Medidas Provisórias 936 e 927 foi submetida ao crivo do STF no exercício do controle concentrado de constitucionalidade. As Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIS) 6342, 6344, 6346, 6348, 6349, 6352 e 6354, todas de relatoria do ministro Marco Aurélio, propostas em face da Medida Provisória 927, atacam vários dos seus dispositivos. O artigo 2º será destacado porque trata especificamente do acordo individual escrito formalizado entre empregado e empregador, traçado para se sobrepor aos instrumentos normativos, como leis e normas coletivas, sob a justificativa de concorrer para a preservação do vínculo laboral. Assim está disposto no artigo 2º da Medida Provisória 927:

Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregado e o empregador poderão celebrar acordo individual escrito, a fim de garantir a permanência do vínculo empregatício, que terá preponderância sobre os demais instrumentos normativos, legais e negociais, respeitados os limites estabelecidos na Constituição.

Não obstante o permissivo legal somente tenha validade durante o estado de calamidade pública e haja expressa ressalva quanto aos “limites estabelecidos na Constituição”, o seu potencial para inversão total do sistema de hierarquia das normas trabalhistas, em prejuízo de direitos mínimos dos trabalhadores, traz inquietude.

Não fosse a singularidade da relação trabalhista assimétrica, consoante já comentado, o artigo 2º da Medida Provisória 927 projeta os efeitos da negociação individual para além do período crítico de distanciamento social e paralisação ou afetação do pleno exercício da atividade empresarial causado pela pandemia. Ao se referir ao estado de calamidade, remete, por inexistência de outra norma, ao Decreto Legislativo 06/2020, que perdurará até 31.12.2020.

Ocorre que o Decreto Legislativo 06/2020 restringe os efeitos do estado de calamidade pública, pois apenas objetiva dispensar o Poder Executivo dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898/19 e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar nº101/2000. Portanto, a norma admite que os acordos individuais possam continuar a ser celebrados até o final do ano, ou seja, após a cessação dos óbices trazidos pela pandemia para as atividades empresariais.

Por óbvio que haverá inúmeras dificuldades para as empresas para além da fase de isolamento social e descontinuidade de muitas atividades econômicas, e retração de tantas outras. Entretanto, o Direito do Trabalho traz, desde sempre, instrumentos para que as soluções sejam democraticamente discutidas, sem risco de voluntarismo do empregador perante o empregado, o que, segundo já comentado, é consectário da assimetria que há entre os sujeitos da relação de emprego. Inegavelmente, é com a participação do sindicato na negociação coletiva que os caminhos são construídos de

modo mais democrático. Projetar a negociação individual para todo o tempo de calamidade pública apenas agrava o cenário de preocupação deflagrado desde a edição da medida provisória.

Nesse cenário de crise, não se olvide a atuação do Ministério Público do Trabalho e as boas soluções encontradas, em conjunto com as partes e na escuta cuidadosa das dificuldades de cada setor, formalizando-as nos termos de ajustamento de conduta. A Justiça do Trabalho, ademais de aparecer como esteio para que os abusos não ocorram por quaisquer dos interlocutores coletivos, tem oferecido, por intermédio das negociações pré processuais, a partir da atuação do CEJUSC (Centro Judiciário de Métodos Consensuais de Solução de Disputas), tanto em primeiro, quanto em segundo grau, oportunidade ímpar para as conciliações envolvendo sindicatos, quando em jogo interesse de múltiplos empregados, podendo amalgamar, também, vários empregadores de um mesmo setor econômico.

Não obstante, o ministro Marco Aurélio Mello, relator das ADI'S supracitadas, indeferiu pedido cautelar de declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da MP 927, conservando a sua eficácia, posicionamento que foi referendado, por maioria, pelo Pleno do STF. Na decisão liminar, ao se reportar ao referido artigo justificou: *“Descabe, no que ficou prevista a preponderância do acordo individual escrito, voltado à preservação do liame empregatício – repita-se – ante instrumentos normativos legais e negociais, assentar, no campo da generalidade, a pecha de inconstitucionalidade”*²⁰³.

O esteio central dos argumentos trazidos pelo relator e reforçados pela maioria dos ministros que o acompanharam, os quais não diferem substancialmente dos trazidos a lume quando da análise das ADIs relacionadas à Medida Provisória 936, relaciona a situação de crise sanitária, seus indubitáveis efeitos econômicos sobre as empresas e a necessidade de preservá-las para a subsistência dos empregos que geram. Há nos fundamentos toda uma preocupação em enaltecer a iniciativa do Poder Executivo em editar as Medidas Provisórias 927 e 936, porque a emergência da crise justificaria a concepção de soluções urgentes, cabendo ao Supremo Tribunal Federal não se sobrepor ao Congresso Nacional que, seguindo o natural processo legislativo, terá a oportunidade de examiná-las.

A certa altura do julgamento da ADI 6363²⁰⁴, que trata da Medida Provisória 936 e, portanto, circunscrita ao tema do acordo individual, o Ministro Barroso sinaliza que a Constituição Federal não deve ser interpretada em abstrato e que toda decisão judicial

²⁰³**Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.342.** Distrito Federal, abril de 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/marco-aurelio-nega-liminar-mp-medidas.pdf> >. Acesso em 13 de maio de 2020.

²⁰⁴**Pleno - redução de salários por acordo individual em decorrência da pandemia de Covid-19.** Youtube. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=ONpu8U3zM_4&feature=youtu.be > , Acesso em: 16 de maio 2020.

tem impacto social, o que impunha ao STF, na situação pandêmica atual, adotar uma posição de autocontenção, fazendo deferência aos peritos que orientaram o Poder Executivo na análise das soluções perante a crise econômica, e não tolhendo a oportunidade de o Poder Legislativo atuar, inclusive para atenuação das medidas adotadas, sob risco de o STF errar.

Também o Ministro Marco Aurélio, nesse mesmo julgamento, recomenda a autocontenção, sinalizando como extravagância a judicialização imediata das questões atinentes a constitucionalidade de medidas provisórias. Apresenta esse aspecto como uma das motivações para indeferir as tutelas de urgências nas ADIS de sua relatoria, o que abrangeu o art. 2º da Medida Provisória 927, fazendo ressalva, apenas, de questões centrais ligadas a saúde e segurança no trabalho. Houve confirmação dessa posição no julgamento plenário, ao se declarar a inconstitucionalidade de dois dispositivos ligados ao tema, os artigos 29²⁰⁵ e 31²⁰⁶ da Medida Provisória 927.

Relevante citar trecho da fala do Ministro Ricardo Lewandowski que enfatiza a impropriedade desse argumento de autocontenção:

Não é dado aos juízes, independentemente da instância a que pertençam, seja por inércia, comodidade ou tibieza, abdicar de seu elevado múnus de guardiães dos direitos fundamentais, sobretudo em momentos de crise ou emergência, por isso cumpre a Suprema Corte enfrentar a questão sob exame, com a devida parcimônia buscando preservar ao máximo do texto normativo sob ataque prestigiando o esforço feito pelo Poder Executivo para enfrentar a crise, preservar as empresas e também os empregos, (...) sem no entanto relevar sua tarefa de confirmá-los aos ditames constitucionais.²⁰⁷

Ricardo Lourenço Filho e Luciana Conforti, em aula online proferida em 06.05.2020 na Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região (EJUD-6)²⁰⁸, comentam, com preocupação, essa posição de autocontenção assumida pelo STF. O argumento de que caberia ao STF não se sobrepor ou se antecipar ao Poder Legislativo tolhendo-lhe a oportunidade de aprimorar as medidas provisórias, na visão dos referidos magistrados, ressalta um minimalismo preocupante. Lembram que as

²⁰⁵ **Art. 29.** Os casos de contaminação pelo coronavírus (**covid-19**) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexos causal.

²⁰⁶ **Art. 31.** Durante o período de cento e oitenta dias, contado da data de entrada em vigor desta Medida Provisória, os Auditores Fiscais do Trabalho do Ministério da Economia atuarão de maneira orientadora, exceto quanto às seguintes irregularidades: I - falta de registro de empregado, a partir de denúncias; II - situações de grave e iminente risco, somente para as irregularidades imediatamente relacionadas à configuração da situação; III - ocorrência de acidente de trabalho fatal apurado por meio de procedimento fiscal de análise de acidente, somente para as irregularidades imediatamente relacionadas às causas do acidente; e IV - trabalho em condições análogas às de escravo ou trabalho infantil.

²⁰⁷ **Pleno - Consulta a sindicato para acordos de redução salarial.** Youtube. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=hWVcam3KGdE&feature=youtu.be> >, Acesso em: 15 de maio 2020.

²⁰⁸ **O STF e as MPs 927 e 936/20.** Youtube. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=5tQ-D9_Ipmc >, Acesso em: 16 de maio 2020.

medidas provisórias têm eficácia imediata, portanto, seus efeitos já se produzem na sociedade desde a sua edição, reclamando uma posição judicial acerca da constitucionalidade. Enfatizam como a argumentação pautada no consequencialismo das decisões judiciais, distorce o papel o Judiciário como garantidor de direitos. Observam com preocupação o quanto o argumento econômico tem avançado sobre o jurídico, apresentando-se como mais forte, o que, uma vez aceito, deixa os direitos trabalhistas reduzidos à condição de mercadoria, encerrados em “aritmética econômica”, perdendo-se sua percepção como direitos subjetivos dos trabalhadores. Lembram que a Corte Suprema ao enfrentar o tema da terceirização de atividade fim no RE 958252 também sucumbira ao argumento econômico.

Nesse sentido, no que toca ao art. 2º da Medida Provisória 927, admitir-se a derrogação de leis e normas coletivas por negociação individual desorienta todo sistema de interpretação do Direito do Trabalho, orientado tradicionalmente pela aplicação da norma mais benéfica, em atenção ao princípio da proteção disposto no caput do art. 7º da CF/88. Quiçá seja um preço significativamente oneroso no que tange à segurança jurídica e pacificação social, mesmo diante da crise. O ajuste individual como estratégia para preservar o vínculo laboral tende a agravar a situação de vulnerabilidade do empregado, porque este não antevê alternativas para além daquela apresentada pelo empregador para sua adesão. Nesse sentido, somente uma interpretação restritiva do texto, sobretudo após pronunciamento do STF acerca de sua constitucionalidade, garantirá coerência ao sistema.

Homero Batista Mateus da Silva²⁰⁹, acerca do art. 2º da Medida Provisória 927, traçou uma linha interpretativa intentando garantir sua assimetria com o texto constitucional, inclusive porque o STF não produziu interpretação acerca do seu alcance, o que justifica o esforço de coerência com o sistema jurídico-trabalhista. Como a referida medida admitiu que o empregador, perante os efeitos econômicos da pandemia, adotasse providências relacionadas à designação de teletrabalho, antecipação de férias individuais, concessão de férias coletiva, banco de horas, inclusive com antecipação de feriados, considera que o artigo 2º dá abertura para as partes, em acordo individual, exclusivamente nessas matérias flexibilizadas, fazerem os ajustes segundo as necessidades de cada empresa. Defende o citado magistrado que a medida provisória merece interpretação contida, por isso sustenta que os acordos individuais complementem previsões que não foram detalhadas no texto da medida, desde que guardem consonância com os parâmetros mínimos e com os valores constitucionais. O artigo é expresso ao dizer: “*respeitados os limites estabelecidos na Constituição*”. Desse modo, afasta a ideia de eficácia plena do acordo individual em detrimento de leis e atos

²⁰⁹ **Medidas provisórias 905, 927 e 936 – parte 1/4.** Youtube. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=44YaoTm5FzU&list=PLZ60CjbJXGzIYm2UnjPzB0oi3BeMHfALg&index=1> >. Acesso em: 08 de maio de 2020.

normativos, como salta aos olhos da simples leitura do preceito. Somente a interpretação literal do artigo 2º, a seu sentir, levaria à sua inconstitucionalidade.

A ADI 6.363, por sua vez, discute a questão da redução proporcional de jornada e salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho por acordo individual trazida com a Medida Provisória 936. O pedido cautelar foi assim apresentado na petição inicial:

a) O deferimento de cautelar para suspender a fim de afastar o uso de acordo individual para dispor sobre as medidas de redução de salário e suspensão de contrato de trabalho, o § 4º do art. 11; e o art. 12, na íntegra; bem como das expressões “individual escrito entre empregador e empregado” do inciso II do art. 7º; “individual” do inciso II do parágrafo único do art. 7º; “individual escrito entre empregador e empregado” do § 1º do art. 8º; “individual” do inciso II do § 3º do art. 8º; e “no acordo individual pactuado ou” do inciso I do § 1º do art. 9º.

A Medida Provisória 936 implementa o acordo individual para redução de jornada e salário e para suspensão do contrato dos empregados que ganham salário igual ou inferior a R\$ 3.135,00 ou os que percebem salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social, desde que tenham diploma universitário. Também afasta a negociação coletiva, ressalvando a possibilidade de redução de jornada e salário até 25%, também por acordo individual, para os demais empregados não inseridos dessas margens salariais. Contempla o pagamento pela União de um Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, cujo valor tem correspondência com o percentual de redução salarial ou com a situação de suspensão do contrato, entretanto, tendo como base o valor do benefício do seguro desemprego a que teria direito o empregado. No §4º do art. 11 disciplina que os acordos individuais pactuados deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral no prazo de dez dias de sua celebração.

No dia 17 de abril de 2020, em julgamento por videoconferência, o Plenário do STF, por maioria, negou referendo à medida cautelar concedida pelo relator Ministro Ricardo Lewandowski. Restou garantida a inteira eficácia da medida provisória, decidindo-se pela validade dos acordos individuais firmados para vigor pelo tempo máximo de noventa dias, em caso de redução de jornada e de salário e de sessenta dias, em caso de suspensão do contrato, independentemente da anuência sindical, conforme consta nos artigos 7º e 8º.

O relator assentara que os acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho deverão ser comunicados pelos empregadores ao sindicato para que este, querendo, deflagre a negociação coletiva, advindo da inércia a anuência²¹⁰.

²¹⁰**Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.363.** Distrito Federal, abril de 2020. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6363.pdf>>. Acesso em: 13 de maio de 2020

Nos fundamentos postos, complementados ao examinar os embargos declaratórios²¹¹ interpostos pela Advocacia Geral da União, os quais foram reiterados no plenário, o Ministro Ricardo Lewandowski parte do pressuposto de que os atos do poder público gozam de presunção de constitucionalidade e legalidade. Entendeu merecer a medida provisória uma interpretação conforme a Constituição Federal, impondo uma suplementação necessária para garantir a participação sindical e a negociação coletiva. Objetivou conformar a norma ao texto constitucional, preocupado com o volume de acordos individuais firmados desde a edição da medida provisória, porém destacando a necessidade de preservar o diálogo entre os atores sociais envolvidos na crise econômica resultante da pandemia, atento ao modelo tripartite recomendado pela OIT e garantindo a deflagração da negociação coletiva, ainda que a posteriori.

Também faz referência à Resolução 1/2020 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, intitulada “Pandemia e Direitos Humanos nas Américas” que exorta os Estados-membros a respeitar os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais de sua população, garantindo meios de subsistência aos trabalhadores, priorizando a proteção de empregos, salários, liberdade de associação e a negociação coletiva.

Ressaltou, quando do julgamento dos embargos declaratórios:

Tendo em conta que a cautelar apenas se limitou a conformar o art. 11, § 4º, da Medida Provisória 936/2020 ao que estabelecem os arts. 7º, VI, e 8º, VI, da Constituição, outra conclusão não é possível se não aquela segundo a qual os eventuais acordos individuais já celebrados – e ainda por firmar – entre empregadores e empregados produzem efeitos imediatos, a partir de sua assinatura pelas partes, inclusive e especialmente para os fins de pagamento do benefício emergencial no prazo estipulado, ressalvada a superveniência de negociação coletiva que venha a modificá-los, no todo ou em parte. Seria impensável conceber que o Presidente da República – considerado o elevado discernimento que o exercício do cargo pressupõe – pretendesse, com a Medida Provisória, que os sindicatos, ao receberem a comunicação dos acordos individuais, simplesmente os arquivassem, pois isso contrariaria a própria razão de ser dessas entidades, as quais, por sua reconhecida relevância social, mereceram destacado tratamento constitucional. À toda a evidência, não seria imaginável que os constituintes de 1988 lhes tivessem reservado o modestíssimo papel de meros arquivistas de contratos de trabalho. (...) constituiria precedente perigosíssimo afastar a vigência de normas constitucionais asseguradoras de direitos e garantias fundamentais, diante do momento de calamidade pública pelo qual passamos. Isso só poderia ocorrer – e mesmo assim em escala limitada e sob supervisão do Congresso Nacional – durante a decretação dos Estados de Defesa ou de Sítio, escrupulosamente delimitados nos art. 136 e 137 da Lei Maior.

(...) constituiria precedente perigosíssimo afastar a vigência de normas constitucionais asseguradoras de direitos e garantias fundamentais, diante do momento de calamidade pública pelo qual passamos. Isso só poderia ocorrer – e mesmo assim em escala limitada e sob supervisão do Congresso Nacional

²¹¹ **EMB.DECL. NA MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.363.** Distrito Federal, abril de 2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752453470&prcID=5886604&ad=s#>>. Acesso em: 13 de maio de 2020

– durante a decretação dos Estados de Defesa ou de Sítio, escrupulosamente delimitados nos art. 136 e 137 da Lei Maior.

Nessa mesma linha argumentativa, contudo, sem sequer admitir a realização prévia do acordo individual para posterior ratificação pelo sindicato, votando pela inconstitucionalidade da norma, posicionaram-se os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber.

Observou o Ministro Fachin ser imperiosa a participação sindical e a negociação coletiva para a formulação de política de trabalho, para a definição de prioridades e estratégias de promoção do emprego, não autorizando a emergência da pandemia, a discricionariedade sem controle e em descompasso com o Estado Democrático, havendo parâmetros a serem observados mesmo na emergência. A emergência *“não traduz incompatibilidade entre liberdade e saúde pública e não propicia regras derivadas da hermenêutica constitucional que suspendam a Constituição”*.

Não compreende como possível que sejam adotadas medidas de retrocesso sem a exaustão de meios alternativos, enfatizando a justiça social como valor e fundamento da ordem jurídica e ditame da ordem econômica, devendo a livre iniciativa equilibrar-se entre a busca de lucro e a função social, sublinhando, com referência a doutrina de Tércio Ferraz Sampaio, que os valores econômicos são valores meio, e os valores sociais, valores fim. Também concebe a estabilidade e previsibilidade das decisões jurídicas como imprescindível e acredita que, com a restrição à intervenção sindical e negociação coletiva, como previsto na medida provisória, há possibilidade real de afetar direito fundamental, em descompasso com as salvaguardas constitucionais.

A Ministra Rosa Weber, por sua vez, na mesma linha do Ministro Fachin, de inconstitucionalidade dos dispositivos questionados na ADI 6363, considera ter havido afronta aos incisos III e VI do artigo 8º e incisos VI, XIII, XXVI do art. 7º da Constituição Federal que prestigiam a autonomia da vontade coletiva e a participação sindical quando em questão a redução de salários. Destaca que a arquitetura da Medida Provisória 936 ao descartar a negociação coletiva para os trabalhadores que ganham até R\$ 3.135,00 ou acima de duas vezes o teto de benefícios previdenciários, desde que com diploma superior, e permitir para as demais faixas salariais, apenas a redução salarial e no limite de 25%, agride núcleo inexpugnável do texto constitucional.

Sublinha que não há evidências de que o acordo individual poderá contribuir decisivamente para a redução do impacto da COVID-19 para as empresas, se contraposto ao acordo ou convenção coletiva. Ao contrário, recrudesce o conflito coletivo. Sequer a solução de ratificação posterior pelo sindicato pode evitar os efeitos nefastos, pois os abusos e excessos podem advir com a celebração de uma enorme quantidade de acordos individuais, assumindo o prejuízo uma dimensão grupal, incontornável a posteriori. Também observa que, uma vez lavrado o acordo individual pelo trabalhador, premido pelo medo e insegurança da situação atual, há possibilidade

de surgimento de um segundo conflito, igualmente preocupante, deste com o seu sindicato.

Também destaca a Ministra Rosa Weber não ver racionalidade no critério de restrição à negociação coletiva por faixa salarial. Manifesta preocupação quanto ao impacto que os acordos individuais terão sobre uma multiplicidade de trabalhadores com renda salarial de até dois salários mínimos, os quais, pela situação de hipossuficiência, serão duramente afetados, destacando como possibilidade real que empresas não atingidas pela pandemia aproveitem o ensejo para desonerar suas despesas, em prejuízo dos trabalhadores. Enfatiza que a crise exige “*pensamento, coordenação e ação coletiva*”, para tanto sendo primordial a participação do sindicato, em momento no qual o agregar forças viabilizará perceber as saídas possíveis.

Manifestando posição diametralmente oposta e exarando o primeiro voto divergente, o Ministro Alexandre Moraes destacou que o acordo individual firmado versando sobre a redução proporcional da jornada e do salário do empregado ou suspensão do contrato, deve ser considerado um ato jurídico perfeito e acabado, pois condicionar a sua validade e plena produção de efeitos à apreciação do sindicato laboral esbarra no princípio da segurança jurídica, argumento reforçado pelo Ministro Barroso. Sustentou que o §4º do artigo 11²¹², ao determinar a comunicação do acordo ao sindicato, no prazo de até dez dias corridos da sua celebração, não intenta admitir uma condição resolutiva, possibilitando ao sindicato afastar, corroborar ou modificar o acordo. Representa, tão somente, a possibilidade de diagnóstico da existência de vícios formais. Considera preocupantes os efeitos práticos dessa intervenção sindical, a refutar ou modificar o acordo individual firmado pelo trabalhador, porque havendo a complementação pela União das perdas havidas, com o pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, sérias dificuldades haveria para a devolução dos valores, seja pelas empresas, seja pelos empregados que agiram de boa-fé.

Dedicou-se também a tecer observações acerca da necessidade de interpretação da medida provisória conforme o artigo 6º²¹³ da CF, que prevê o trabalho como direito social, fundamental e garantidor da dignidade humana, alertando que diante do cenário pandêmico, a principal, e muitas vezes, a primeira atitude tomada por muitas empresas,

²¹² **Art. 11.** As medidas de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho de que trata esta Medida Provisória poderão ser celebradas por meio de negociação coletiva, observado o disposto no art. 7º, no art. 8º e no § 1º deste artigo.

§ 4º Os acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária do contrato de trabalho, pactuados nos termos desta Medida Provisória, deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração.

²¹³ **Art. 6º** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

é a demissão em massa. Dessa forma, o objetivo da medida, segundo posição exarada pelo Ministro Alexandre de Moraes, não foi prever hipóteses de redução salarial, mas criar ferramentas de preservação do emprego e renda. Isto posto, sustenta que a interpretação do artigo 7º²¹⁴, VI, do texto constitucional, não pode ser literal, devendo ser observado que, diante da situação de excepcionalidade vivenciada, não há divergência entre empregado e empregador e sim convergência de interesses, no que diz respeito à sobrevivência das empresas e conseqüente manutenção dos empregos, o que, a rigor, dispensaria a intervenção sindical. Também o Ministro Fux sinaliza que a realidade atual traz convergência de vontades entre empregado e empregador, inaugurando os sujeitos sociais a melhor forma de solução, de modo que os valores liberdade e autonomia devem impregnar a interpretação da Constituição.

O argumento quanto ao momento atual não refletir um conflito entre empregado e empregador – pois ambos intentam a preservação da empresa, por dela dependerem os postos de trabalho -, descortina uma rejeição pela Corte Suprema do conflito social. Em larga medida se manifesta incongruente com posições no sentido de que o empregado tem ampla autonomia para decidir entre firmar o acordo individual ou optar pelo desemprego, e que o empregador, podendo o mais, que é despedir, deveria poder fazer o menos que é reduzir salário ou suspender o contrato. A rigor, o sentimento que advém da Medida Provisória 936 é de que, dispensa-se a intervenção sindical para estabelecer-se o exclusivo comando empresarial de fazer do modo como entender melhor aos seus interesses, pois, qualquer que seja sua ação, o desemprego em cenário de retração de novas contratações é solução ameaçadora para o empregado, então o acordo individual sobrevém sem muita dificuldade. O ponto de partida para iniciar-se um debate acerca da simetria na crise e inexistência do conflito entre empregado e empregador, pressupunha que o abono pago pelo Governo Federal complementasse integralmente os salários, não estando os milhões de acordos celebrados após a edição da medida provisória justificados pela supressão do antagonismo, mas são resultado da perplexidade, da dificuldade, da angústia pelo porvir, da insegurança.

Na mesma linha da divergência apresentada pelo Ministro Alexandre de Moraes, o Ministro Barroso destaca que as soluções apresentadas são demarcadas pela temporariedade e pela razoabilidade, destacando como benfazejo ao trabalhador a estabilidade provisória garantida em igual período ao tempo de redução salarial ou suspensão do contrato, ressaltando que a maioria dos trabalhadores atingidos pela possibilidade de negociação individual será dos que percebam salário igual ou inferior a R\$ 3.135,00 (três mil cento e trinta e cinco reais), de modo que a redução realizada nessa faixa salarial não gera grande impacto sobre os rendimentos do trabalhador, em vista da proporcionalidade de reposição pelo benefício pago pela União. Sequer cogitam

²¹⁴ **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;

os ministros da situação dos trabalhadores que ganham acima do dobro do teto dos benefícios previdenciários e que, não obstante tenham padrão de vida melhor, tem a vida ajustada aos seus ganhos. Importa dizer que muitos dos compromissos familiares, voltados para o atendimento às necessidades de educação, saúde e moradia dessas famílias, estarão comprometidos, a revelar que não existe trabalhador hipersuficiente sem salário ou com salário reduzido.

Importante destacar que o Ministro Barroso estabeleceu no início do seu voto, as bases do seu julgamento sobre a matéria. Deixa claro que, a seu sentir, os princípios e valores essenciais do Direito do Trabalho são: garantir direitos materialmente fundamentais como segurança, salário mínimo, repouso, férias e garantia contra o desemprego; a necessidade de preservar empregos e aumentar a empregabilidade; reduzir a informalidade; melhorar a qualidade dos sindicatos; desonerar folha de pagamento, o que concorre para a empregabilidade e redução da informalidade e, por fim, acabar com a imprevisibilidade a afetar as empresas quanto ao custo do trabalho, pois somente após o fim do contrato e após julgamento de ações na Justiça do Trabalho saberá quanto custa a mão de obra contratada.

Nesse sentido, sustenta que o texto constitucional não deve ser interpretado em abstrato, tendo em vista que a realidade fática faz parte da normatividade e, portanto, o sentido e alcance das normas não pode estar indiferente ao contexto vivido. Salienta que a negociação coletiva não evitaria a demissão em massa em tempo hábil, devendo-se invocar a interpretação que impeça tal infortúnio. Mesma linha de pensamento é adotada pelos Ministros Luiz Fux e Carmen Lúcia, aquele destacando o realismo jurídico e a razoabilidade, como aspectos essenciais a serem observados e que concorrem para a rejeição da inconstitucionalidade invocada.

Curioso observar a visão que os Ministros Fux e Barroso têm acerca da participação do sindicato nesse momento de crise, a ponto de, não obstante reconhecerem a sua importância, haja vista a assimetria e desigualdade entre empregado e empregador, cogitarem da intervenção sindical na crise como um ideal. Sustentam que a emergência do momento desautoriza que a negociação coletiva seja a única solução, o que, inclusive, não é vedado, porém assumem não convir sobrestar acordos individuais para dar guarida à intervenção sindical cogente, conforme previsto no art. 8º, inciso VI da Constituição.

O Ministro Barroso observa a grande heterogeneidade dos sindicatos e a sua deficiência e incapacidade para, a tempo e hora, no volume que se exigirá, com eficiência e probidade analisar milhões de acordos de suspensão de contrato e redução de jornada. Toma como fato a impossibilidade prática e a falta de estrutura dos sindicatos para atender a essa demanda urgente, o que conduziria as empresas ao caminho fácil da demissão. Também sinaliza que a medida provisória traçou medidas de proteção ao trabalhador, para evitar abusos do poder patronal, o que torna a via do

acordo individual menos temerária, citando como exemplo: a vigência temporária do acordo individual; a garantia no emprego por tempo igual ao tempo de vigência do acordo; e a preservação do valor da hora trabalhada, só sendo possível reduzir jornada, assegurando a reposição do percentual descontado com o benefício emergencial no mesmo percentual, ainda que a base de cálculo seja o seguro desemprego. O Ministro Fux, por sua vez, comenta que os sindicatos não alcançaram as aspirações dos trabalhadores, tanto que a Reforma Trabalhista buscou deter sua proliferação com o fim do imposto sindical, o que denota não estarem cumprindo o propósito constitucional.

Ricardo Lourenço Filho e Luciana Conforti, em aula online proferida em 06.05.2020 na Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região (EJUD-6)²¹⁵, caracterizam as argumentações como “*ad terrorem*”, articulando-se o convencimento pela sinalização da catástrofe, muito mais pautado em conjecturas pessoais do que em bases empíricas e estudos estatísticos seguros, inclusive porque os desdobramentos da situação vivenciada ainda são desconhecidos em toda a sua essência. Todos os ministros favoráveis às duas medidas provisórias, suscitaram tais argumentos *ad terrorem*, pautando-se na atual crise sem precedentes para flexibilizar direitos fundamentais trabalhistas, que se materializam como verdadeiras cláusulas pétreas. Foi empregada a via da intimidação para convencer, ao superestimar supostas consequências negativas da não admissão da tese de que a participação sindical é prescindível nesse momento de excepcionalidade. Pintou-se uma situação de terror como fundamento para afastar a lei, o que abre precedentes perigosos ao afastar a vigência de normas constitucionais asseguradoras de direitos e garantias fundamentais em períodos de atribulação.

A grande inquietação advém não da redução de jornada e de salário e, até mesmo, da suspensão do contrato de trabalho, pois vão, inegavelmente, surgir como soluções de redução de danos, no sentido de garantir o emprego, contribuindo para que as empresas subsistam durante o momento mais crítico. A questão é que a Constituição Federal já contempla a solução para crises desse jaez e ela passa pela negociação coletiva, com a imprescindível atuação do sindicato. Esse direito fundamental posto em parênteses pela Suprema Corte é preocupante, sobretudo quando a solução proposta não parece resolver o problema central, servindo para tensionar ainda mais as relações trabalhistas. O momento já é extremo em si mesmo!

A oportunidade da crise quiçá será a chance para os sindicatos buscarem resgatar o sentimento de pertencimento, de categoria, suficientemente abalado com a crescente descentralização dos centros produtivos e o impacto da globalização no mundo do trabalho. É momento ideal, inclusive, para a construção de soluções para além das categorias profissionais, pois não será incomum que muitas empresas, em razão do

²¹⁵ O STF e as MPs 927 e 936/20. **Youtube**. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=5tQ-D9_Ipmc >. Acesso em: 18 de maio de 2020.

fenômeno da terceirização ou com as parcerias próprias dos grupos econômicos, busquem soluções comuns, que abranjam todos os trabalhadores envolvidos no processo produtivo, direta ou indiretamente, ainda que representadas por sindicatos diversos. Empresas coligadas precisam de soluções em concerto, sob risco de o que for adotado em uma, refletir decisivamente na outra, o que, por óbvio, envolve os empregados e sindicatos de cada qual. O diálogo social do momento precisa ultrapassar as fronteiras das categorias e o olhar daqueles que manejam com o mundo do trabalho, precisa estar atento a essa realidade. Voltar o olhar para o contrato individual, resgatando ideário do início do século XX em termos de autonomia da vontade, liberdade, quando a Constituição Federal grita igualdade e solidariedade, é seriamente contraditório.

Com efeito, o combate aos efeitos deletérios da pandemia provocada pelo Covid-19 realmente exige respostas ágeis, criativas e flexíveis, mas sem desprezitar preceitos constitucionais já consolidados, e nem confrontar a evidente importância do diálogo social tripartido, envolvendo o governo e as organizações sindicais profissionais e econômicas. É especialmente na adversidade que se deve ouvir todas as forças sociais envolvidas, para superá-la de forma consensual, construindo respostas solidárias, criativas, inesperadas e resolutivas. A desconsideração do indelével conflito coletivo nas relações de capital e trabalho, contraria a própria lógica subjacente do Direito do Trabalho, ao fazer tábula rasa da desigualdade estrutural entre os polos da relação laboral quanto ao seu poder de barganha, o que pode conduzir ao recrudescimento desse conflito coletivo.

O exercício da negociação coletiva ademais de transmitir segurança quanto a rigidez da democracia reinstaurada com a Constituição Federal de 1988, permitirá o desabrochar de uma experiência de diálogo mais amadurecida, capaz de subsistir à crise e contribuir para as importantes soluções que se farão necessárias passados os noventa dias de vigência máxima dos acordos, passado este ano e superado o estado de calamidade. Se as conjecturas catastróficas expressas nos julgamentos se tornarem realidade, uma sociedade amadurecida, com o diálogo social exercitado na dificuldade, saberá encontrar a solução pontual e ajustada para cada setor, para cada empresa, para cada grupo de empresas, contemplando as especificidades de cada categoria e de cada momento, bem como as suas necessidades mais urgentes.

A crise do Covid-19 revelou o lado cruel da informalidade no mundo do trabalho, haverá de revelar o potencial que as soluções negociadas podem ter para a construção de novas bases no mundo do trabalho e, assim, alavancar o crescimento econômico, que deverá estar voltado para a efetiva redução das desigualdades sociais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, importantes reflexões advém das polêmicas inovações trazidas com as Medidas Provisórias 927 e 936, elaboradas para enfrentamento da crise sanitária gerada pelo COVID-19, em matéria atinente à sobreposição dos acordos individuais sobre a negociação coletiva e direitos mínimos legalmente garantidos.

Em primeiro plano ressalte-se que a autocontenção suscitada pelos ministros do STF, quando do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas face as medidas provisórias acima referidas, revela a negação do conflito inerente à relação de trabalho, sem representar caminho seguro para a solução ou mesmo amenização da crise econômica e garantia de preservação de empregos, além de representar distanciamento do seu papel essencial de sentinela dos valores constitucionais.

Chamado a intervir para rechaçar exceções ao texto constitucional no tocante ao direito fundamental de intervenção sindical obrigatória e negociação coletiva para flexibilização de direitos essenciais, sucumbiu a Corte Suprema ao argumento econômico, mantendo acesso o debate. Quiçá as consequências advindas do amplo permissivo à negociação individual durante o estado de calamidade pública possam trazer variáveis importantes a impulsionar nova reflexão sobre o tema, seja do STF, seja do Congresso Nacional, porque a expectativa que se tem é de mais precarização e menos emprego formal, cujos efeitos ruinosos sobre a vida da nação ficarão bastante visíveis durante a crise pandêmica.

Cabe ressaltar que o indelével conflito coletivo entre empregadores e empregados permanece também durante a crise, ainda que todos estejam vulneráveis, afinal, a evidente assimetria e o antagonismo de interesses entre capital e trabalho, constituem a base estruturante da própria lógica trabalhista. Nesta conjuntura, é indubitável que os atores sociais precisam atuar conjuntamente, mas em plano de igualdade, num diálogo tripartido entre entidades patronais e organizações dos trabalhadores, com a participação do Estado, mirando elaborar soluções acessíveis para superação das dificuldades econômicas e sociais geradas pela pandemia.

O protagonismo sindical faz-se mister, pois além da determinação clarividente na Constituição Federal acerca de sua participação obrigatória, quando em questão redução de salário e jornada, pela via negocial coletiva, há que se pensar, em termos práticos, na substancial contribuição que os organismos sindicais poderão dar para a construção de soluções para além do período crítico de contenção da pandemia, pois os reflexos econômicos esperados trarão desafios enormes para o ajuste da economia, também visando a recuperação do poder de consumo da população, o que pressupõe preservação da renda das famílias.

A participação sindical na contemporaneidade e numa situação crítica como a vivenciada impõe, inclusive, a superação das barreiras concernentes às categorias profissionais e econômica, haja vista o entrelaçamento que o sistema produtivo descentralizado da atualidade impõe entre várias empresas. Outrossim, sendo certo que

o trabalho é o meio para construção de uma vida digna e de valorização da cidadania e, se o momento requer a flexibilização de direitos fundamentais trabalhistas, a participação sindical pode garantir que as alterações provisórias firmadas em acordos, sejam realizadas de forma menos hostil ao trabalhador, incidindo apenas no que se mostra estritamente necessário e através de meios adequados e menos danosos e, sobretudo, mais democráticos, na esteira do que vem sendo concebido nos países centrais sob a inspiração das diversas recomendações e convenções da OIT.

Ademais, no Brasil a situação de crise terá aptidão para fortalecer o sindicato, porque somente no exercício da negociação coletiva em tempo crucial se obtém o amadurecimento que se deseja e que é relevante para a prevalência desejada do negociado sobre o legislado. Conforme preleciona Martinez (2020, p.2236), “*o diálogo social não pode ser entrave ao propósito constitucional, mas, ao contrário, meio para a sua concretização*”, portanto, o diálogo social tripartido apresenta-se como chave para dirimir o atual entrave dessa crise sem precedentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CFC - Relações de trabalho em meio à pandemia de coronavírus - Prof. Fredie Didier. **Youtube**. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=Tj-CqhK4nS0&feature=youtu.be>>, Acesso em: 18 de maio 2020. 14:30.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

MARTINEZ, L; POSSÍDIO, C. **O trabalho nos tempos do Coronavírus**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Medidas provisórias 905, 927 e 936 – parte 1/4. **Youtube**. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=44YaoTm5FzU&list=PLZ60CjbJXGzIYm2UnjPzB0oi3BeMHfALg&index=1> >. Acesso em: 08 de maio de 2020.

Medidas provisórias 905, 927 e 936 – parte 2/4. **Youtube**. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=44YaoTm5FzU&list=PLZ60CjbJXGzIYm2UnjPzB0oi3BeMHfALg&index=1> >. Acesso em: 08 de maio de 2020.

Medidas provisórias 905, 927 e 936 – parte 3/4. **Youtube**. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=rbW3xVqtEL4&list=PLZ60CjbJXGzIYm2UnjPzB0oi3BeMHfALg&index=3&t=0s> >. Acesso em: 09 de maio de 2020.

Medidas provisórias 905, 927 e 936 – parte 4/4. **Youtube**. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=44YaoTm5FzU&list=PLZ60CjbJXGzIYm2UnjPzB0oi3BeMHfALg&index=1> >. Acesso em: 09 de maio de 2020.

- O STF e a Interpretação das Medidas Trabalhistas de Emergência. **Youtube**. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=kCNUTdKyUJI&feature=youtu.be> > , Acesso em: 14 de maio 2020.
- PEDRA, A. S. *et al.* **Direitos e Deveres Fundamentais em tempos de Coronavírus**. 1ª ed. São Paulo: IASP, 2020.
- PLANALTO. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mai. 2020.
- PLANALTO. **Medida Provisória N° 927, de 22 de Março de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm. Acesso em: 8 mai. 2020.
- PLANALTO. **Medida Provisória N° 936, de 1° de abril de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm. Acesso em: 8 mai. 2020.
- PLANALTO. **Decreto Legislativo N° 6, de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 10 mai. 2020.
- SANDRI, Jussara Schmitt. Função social do contrato. Conceito, Natureza jurídica e Fundamentos. **REVISTA DE DIREITO PÚBLICO**, Londrina, p. 120-141, AGO/SET. 2011. Disponível em: <file:///C:/Users/user/Downloads/8721-38875-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2020.
- SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. **A autonomia privada coletiva**. Revista USP, 2007. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67753/70361> >. Acesso em: 15 de abril de 2020.
- WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. **A autonomia privada e a relação de emprego sob a perspectiva do direito individual do trabalho**. Juslaboris, 2016. Disponível em: < https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/101982/2016_wyzykowski_adriana_autonomia_privada.pdf?sequence=1&isAllowed=y >. Acesso em: 16 de abril de 2020.

SUBNOTIFICAÇÕES E O DIREITO DE SABER: COVID19 E OUTROS CASOS

Lêda Lessa Andrade Filha²¹⁶

Carlos Eduardo Soares de Freitas²¹⁷

RESUMO: Este ensaio trata de examinar a dimensão política da subnotificação de dados e informações no Brasil, em relação aos contaminados da Covid-19, vista em plena tentativa de enfrentamento à pandemia, e em outros casos, como os acidentados do trabalho e as pessoas desaparecidas na época da ditadura. A partir da análise de artigos e reportagens, apurou-se que os efeitos da subnotificação provocam imprecisão na adoção de políticas públicas de prevenção à saúde pública, com riscos à sociedade, e impedimento de acesso de pessoas e famílias acerca da contaminação do novo Coronavírus em casos de óbitos. A subnotificação significa, neste sentido, deixar de revelar, e, portanto, apagar a realidade. Infere-se que a subnotificação parece ser utilizada pelo atual governo federal como tática reiterada de apagamento já praticada pelo Estado brasileiro em algumas situações, com o objetivo de controlar a sociedade por meio de barrar o Direito social ao saber.

Palavras-chave. Subnotificação; Covid-19; Apagamento; Brasil.

Introdução.

A pandemia do novo coronavírus apresentou à sociedade um vocabulário próprio, como ocorre quando há um fato ou um processo amplo, que atinge a atenção de toda uma população. Assim foi com a tragédia provocada pela empresa Vale, em 2019, na cidade de Brumadinho. Ali escutamos e nos habituamos com um vocabulário específico a exemplo dos termos: tragédia, barragens, soterramento e sobreviventes. Hoje, algumas expressões são faladas, lidas e ouvidas em todos os momentos, desde as mais simples, como: doença, vírus, morte, contaminado, alta médica, hospital, morte, enterro, cemitério, médico, enfermeiro, técnico de enfermagem, sintomas, risco, febre, máscara, álcool, álcool gel, vacina; às menos comuns: Covid-19, antiviral, cloroquina, pneumonia, cardiopatia, Fiocruz, Anvisa, OMS, epidemiologista, infectologista. E há aquelas palavras que guardam relação mais direta com a responsabilização do poder público na atenção à saúde coletiva, como testes, colapso, isolamento, SUS, UTI, CTI, leitos, curva, ministério da saúde, notificações e subnotificações. Cada qual tem seus significados, e estes suas interpretações para aplicação nas realidades específicas. O

²¹⁶ Professora do curso de Psicologia da Escola Baiana de Medicina, psicanalista.

²¹⁷ Professor do Departamento de Ciência Humanas, Campus I, da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), advogado.

objetivo deste ensaio é refletir, diante da pandemia, o que pode ser entendido sobre subnotificações e o que estas sinalizam para a desigual sociedade brasileira. Ressalta-se a evidência da subnotificação em relação à Covid-19 e recorre-se a outros casos históricos. Para a pandemia atual, denota-se os efeitos do vírus e a perversidade do chefe do poder executivo federal, que trata de se desimplicar da proteção à saúde pública da população brasileira, como tem sido apresentado nos meios de comunicação.

Em vista do que estamos vivenciando provocado pela pandemia do novo coronavírus, este ensaio se vale de fontes pouco usais, mas relevantes para essa atualidade diferenciada. Assim, mensagens de Twitter, Instagram, ou Facebook são aqui utilizadas, assim como entrevistas em áudios, *lives* e vídeos remotos, a fim de que a análise sobre as notificações acompanhe essa incômoda história do tempo presente.

O que significa *subnotificações*.

O entendimento da palavra *subnotificação* produz a necessidade de conhecer o significado de *notificação*. Assim, temos como *notificação*: “1. ato de notificar; 2. *jur.* Ordem judicial para que alguém faça ou não faça; intimação; 3. *jur. P. ext.* Documento que contém essa ordem (...)”. É o que nos diz o Dicionário Aurélio (FERREIRA, 1986). *Sub* é um prefixo latino, que funciona para que a expressão nuclear passe a ter posição inferior (FERREIRA, 2015). Assim, subnotificar seria uma ação inferior a notificar. A literalidade da expressão dá margem ao entendimento que se usa comumente, como se verifica nos casos relacionados, por exemplo, ao que apuram os Auditores Fiscais do Trabalho. Esses servidores públicos autuam empresas que não cumprem as obrigações de informar quantos empregados foram admitidos ou despedidos; ou se não houve o encaminhamento adequado do empregado acidentado do trabalho ao INSS. Diz-se que essas condutas patronais seriam subnotificações, pois os empregadores não forneceram corretamente as informações para que a administração pública pudesse compor um cadastro oficial, seja o CAGED ou o dos acidentados do trabalho da previdência social.

No caso da pandemia do novo coronavírus, as informações sobre as quantidades de contaminados, curados e mortos, servem para que governos de todos os países possam avaliar: medidas públicas que demonstraram acertos e outras que se mostraram equivocadas; o percurso do vírus internamente nos países e externamente entre países; quais as populações mais afetadas e as variações que podem existir para a proliferação do vírus; a eficácia de medicações adotadas, entre outras medidas.

Redes de informação sobre a contaminação podem confirmar a eficácia de dispositivos protetivos e preventivos à saúde, como o isolamento social, o uso de máscaras e a testagem em massa das populações. A testagem serviria para conhecer o grau de contaminação do vírus e, assim, buscar formas de dirigir políticas de prevenção à saúde pública. Os dados dos indivíduos testados, sejam positivos ou não, forneceriam informações para um melhor conhecimento da propagação do vírus e da potência da

Covid-19, questões necessárias para que os centros de pesquisa desenvolvam projeções epidemiológicas e forneçam elementos aos laboratórios na busca de antivirais.

A não realização de testagens nas populações pode resultar em desinformação acerca da quantidade de contaminados e mortos. Os portadores da Covid-19 que não testam, não serão notificados como positivados, e aí serão incluídos dentre as subnotificações²¹⁸. A imprensa noticiou que países que submeteram seus povos a testes em larga escala, como Nova Zelândia, Coréia do Sul, China e Alemanha, conseguiram um maior controle sobre o vírus em seus territórios. Em outros, como o Brasil, a testagem segue sendo baixa²¹⁹. Parece crível, em um modelo ideal de transparência de dados, a equação simples de que, quanto mais testes, menos subnotificações, e quanto menos testes, mais subnotificações. Havendo subnotificações em excesso, maiores serão as dificuldades para o enfrentamento da pandemia, pois os governos não terão dados suficientes para cuidar da saúde pública das suas populações. O significado proposto pelo dicionário encaixa-se à situação concreta: a *subnotificação* identifica-se como uma posição inferior em relação à notificação. Inferior, aqui, no sentido de representar menos que o real.

A base de dados para a pesquisa científica deve ter apoio na realidade, e não na idealização ou na ficção. As informações coletadas a partir dos resultados dos testes servem para articular a proteção e a prevenção contra o vírus, inclusive por meio de orientações de condutas das pessoas e da comunidade em geral. Cuida-se, portanto, de algo sensível e grave, que deve refletir o que de fato se passa em uma dada sociedade. Neste sentido, veracidade e falseamento no trato desses dados produzirão efeitos opostos. Espera-se que os dados coletados não sejam manipulados, mas estejam íntegros, isto é, pautados na realidade. As notificações relacionam-se, pois, a informações que devem compor um cenário o mais fiel possível aos fatos para fundamentar políticas e pesquisas. De outro lado, subnotificações são imprestáveis e não servem para orientar condutas sociais, políticas públicas e investigações científicas, sob o risco de se ampliarem as consequências deletérias à saúde pública, com repercussões negativas em toda a sociedade e na economia.

Subnotificações, saúde do trabalhador e desaparecidos políticos.

²¹⁸ Para a médica infectologista Ceuci Nunes, do Hospital Couto Maia, em Salvador, há confusão entre subnotificados e subdiagnosticados, sendo o último condição prévia do anterior (em debate realizado pela Associação Brasileira de Juristas pela Democracia – ABJD, em 18 de maio de 2020, disponível em <https://www.facebook.com/abjdbr/videos/554490211930903/>, acesso em 18 de maio de 2020). Para efeito do presente ensaio, importa mais especificamente o problema da subnotificação.

²¹⁹ Sobre subnotificações, testagens e outras informações, conferir o episódio Greg News, sobre Subnotificação, em 1º de maio de 2020, acessível em <https://www.youtube.com/watch?v=WqiFIdDABuc>.

Para uma dimensão mais precisa sobre as subnotificações, saíamos temporariamente do exame sobre o novo coronavírus para a discussão de duas diferentes temáticas que ilustram o potencial de prejuízos que provoca. Primeiro, analisemos a saúde do trabalhador.

Segundo o Boletim Informativo da Organização Mundial de Saúde (OMS), cerca de 2,2 bilhões de trabalhadores no mundo estão sem acesso aos serviços de saúde ocupacional. No Brasil, as subnotificações dos acidentes de trabalho são conhecidas e significativas. Isto por dois motivos. Um primeiro, é estrutural da composição da classe trabalhadora brasileira, posto que mais da metade está na informalidade: não são empregados contratados formalmente e nem servidores públicos. São trabalhadores sem carteiras assinadas, autônomos, biscateiros. Pessoas em estado de maior precariedade nas condições de trabalho, que se encontram sob maior risco de acidentes e sem registros na previdência social. Calcula-se que metade da classe trabalhadora estaria segurada regularmente à previdência e apenas esse conjunto fornece registros para as estatísticas de doenças e acidentes do trabalho.

Um segundo problema é que esse quantitativo sofre com as desinformações e com as informações equivocadas ou incompletas, isto é, o falseamento de informações. Com isso, chega-se a uma quantidade de registros de acidentes de trabalho bem abaixo do que acontece no cotidiano laboral de milhões de pessoas no território brasileiro. A base falsa não permitiria a construção de efetivas políticas públicas preventivas aos acidentes de trabalho, o que poderia resultar em perspectiva negativa sob a forma de piora das condições de trabalho. Essa base falseada gera um círculo vicioso, com repercussões na saúde de milhões de pessoas e na ampliação de gastos públicos na seguridade social.

O falseamento dos dados na saúde do trabalhador foi constatado quando do estabelecimento, em 2007, do Nexo Técnico Epidemiológico, ou NTEP. A inserção de dados científicos aos números da previdência social provocou alteração significativa na quantidade de concessões de benefícios acidentários pelo INSS. Com essa modalidade de adoção do nexo ocupacional entre trabalho e acidente, evidenciou-se o quanto eram subnotificados os acidentes antes de 2007 (FREITAS, 2018). É um indicativo inequívoco de que o manejo ético na tecnologia de apuração de dados permite a maior aproximação com a realidade. Diga-se que nem toda a sociedade aplaudiu a iniciativa de construir uma tecnologia social e sanitária tão refinada para o apuro dos números reais de adoentados do trabalho. Houve quem protestasse. A Confederação Nacional da Indústria (CNI) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade em 2007; todavia, em abril de 2020, o plenário virtual do Supremo Tribunal Federal decidiu que se trata de norma constitucional, e validou a regulamentação do Nexo Técnico Epidemiológico²²⁰.

²²⁰ Sobre o julgamento do STF, conferir em <https://www.mauromenezes.adv.br/stf-reconhece-constitucionalidade-do-nexo-epidemiologico-de-doencas-do-trabalho/>, acesso em 08 de junho de 2020.

No caso concreto, o setor patronal da indústria, por meio da sua representação coletiva, opôs-se ao uso da epidemiologia e da tecnologia de informações para o cômputo de notificações dos acidentes de trabalho.

Ainda no âmbito da saúde do trabalhador, presume-se haver uma grande quantidade de trabalhadores adoentados em decorrência da exposição ao amianto. Houve, e ainda há, ausência de notificações desses casos no Brasil, em vista da precária estrutura do sistema de saúde e do desconhecimento social acerca da extensão do problema. Este é mais um caso emblemático no que diz respeito à subnotificação.

Outro campo a ser examinado na perspectiva dos prejuízos das subnotificações é visto em nossa história política recente. Sabe-se que pessoas foram perseguidas, presas, torturadas, desaparecidas e mortas pela ditadura civil-militar implantada no país pelo golpe de Estado em 31 de março de 1964. Até hoje, 35 anos após o encerramento da ditadura, famílias buscam informações sobre parentes desaparecidos, e o Estado brasileiro ajuda muito pouco em apoios e esclarecimentos. Três casos são de domínio público pela extensão e crueldade; todos deixaram um legado de desaparecimentos cujas investigações, se existem, estão inconclusas e lentas, causando maior dor àqueles que buscam notícias sobre os seus: 1) a repressão que se abateu na chamada Guerrilha do Araguaia, na primeira metade da década de 1970²²¹; 2) o funcionamento de um centro clandestino de tortura e extermínio na cidade de Petrópolis, que funcionou nos anos 1970²²²; e 3) a descoberta de um cemitério clandestino no bairro de Perus, em São Paulo, em 1990, com ossadas sem identificações²²³. O esforço conjunto da rede de comissões de memória e verdade que se espalhou no Brasil a partir da criação da Comissão Nacional da Verdade somou-se aos trabalhos da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos. Do muito que foi revelado, há pouco o que se comemorar em termos de dados reais. Ainda não é possível afirmar, com segurança, quantas pessoas foram mortas pelo Estado terrorista²²⁴ durante a ditadura. Mesmo que

²²¹ Sobre o tema, conferir o Relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV), em <http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/12/consulte-integra-do-relatorio-final-da-comissao-nacional-da-verdade.html> (acesso em 09 de junho de 2020). Recentemente, o Congresso da UFBA registrou, na Mesa “O papel do Grupo Tortura Nunca Mais na defesa dos Direitos Humanos e da Justiça de Transição”, o emocionado depoimento de Diva Santana, membro da Comissão Nacional dos Mortos e Desaparecidos Políticos e irmã de Dinaelza Soares Santana Coqueiro, desaparecida no Araguaia por volta de 1974. Em <https://www.youtube.com/watch?v=pCXCvhG5zDU> (acesso em 10 de junho de 2020).

²²² Sobre o tema, conferir as seguintes fontes: o Relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV), o Relatório da Comissão Estadual da Verdade do Rio de Janeiro, em <https://www.plural.jor.br/documentosrevelados/wp-content/uploads/2015/12/cev-rio-relatorio-final.pdf>, e o Relatório da Comissão Municipal da Verdade de Petrópolis, em https://issuu.com/cmvpetropolis/docs/relatorio_cmvp (todas acessadas em 08-06-2020).

²²³ Sobre as ossadas de Perus, conferir https://pt.wikipedia.org/wiki/Cemit%C3%A9rio_de_Perus (acessado em 09-06-2020).

²²⁴ Para um estudo sobre a expressão, conferir *El Estado Terrorista argentino*, de Eduardo Luis Duhalde (2014).

desaparecimentos passem a ser considerados mortes, há necessidade de constar no registro de óbito a causa da morte: a violência do Estado. Outros casos também se caracterizaram pela subnotificação na causa da morte, pois foram forjados suicídios, como os do operário Manoel Fiel Filho e do jornalista Wladimir Herzog. A omissão do Estado brasileiro em apurar a violência ocorrida na Guerrilha do Araguaia custou-lhe condenação na Corte Interamericana de Direitos Humanos²²⁵.

Também neste caso seria razoável imaginar que a sociedade estaria de acordo com investigar o que realmente ocorreu no passado recente e finalmente contabilizar as perdas humanas e identificá-las. Mas isto não é unânime. Desde o início do governo de Jair Bolsonaro em 2019, os boicotes oficiais aos trabalhos da Comissão da Anistia e da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos têm sido severos, de modo a prejudicar as apurações e rever conclusões e indenizações. Tal como se verifica no caso dos acidentes de trabalho, as notificações sobre mortos e desaparecidos políticos no Brasil encontram dificuldades importantes.

Ambos os casos compõem medidas de Estado, a partir de determinações legais. Governos devem executar políticas de Estado, e não as atrasar, adiar-las ou prejudicá-las. Mas a obrigação legal não tem sido rigorosamente cumprida. Acidentes de trabalho nem sempre são computados como tais, e o passado político tem deixado de ser devidamente apurado. Essas são duas situações que envolvem o confronto entre, de um lado, conhecer a realidade através de dados, e de outro, aprofundar o desconhecimento.

De volta ao novo coronavírus.

Esses casos se entrelaçam com as subnotificações do novo coronavírus. Não de forma objetiva, mas no modelo de conduta de um governo autoritário, que age contra a sociedade e contra a lei.

Há um cronograma no primeiro semestre de 2020 que revela um governo defensor do desconhecimento, ou do controle restrito de informações. Vejamos as medidas propostas e adotadas, e a conduta do governo federal e seu chefe:

1 - Em março de 2020, o poder executivo editou a Medida Provisória nº 928 que, entre outros assuntos, suspendia “o transcurso dos prazos prescricionais para aplicação de sanções administrativas previstas”²²⁶ na Lei nº 12.846, de 2013 (que “Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências”). Essa proposta limitaria o acesso às informações públicas pela sociedade, o que é obrigatório

²²⁵ A sentença pode ser encontrada em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf

²²⁶ Ver em <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141147> (acesso em 08 de junho de 2020).

desde a Lei nº 12.527, de 2011 (conhecida como LAI ou Lei de Acesso à Informação). Em 30 de abril de 2020, o STF julgou a Medida Provisória inconstitucional e a invalidou²²⁷. Se tivesse sucesso em seu intento, o governo atuaria durante a pandemia sem a obrigação de prestar integralmente as informações à sociedade, isto é, a transparência ficaria seriamente afetada.

2 - O modo como o chefe do executivo federal e alguns ministros vêm tratando a pandemia no Brasil, desde o seu início, tem como principal destaque o desdém do conhecimento científico sobre a saúde pública. Vê-se dois tipos de atuação: uma, que é o fazer pouco caso publicamente das medidas preventivas básicas de cuidados pessoais e sociais adotadas em todos os países, a saber, o isolamento social e o uso de máscaras no rosto. E outra, que é atrasar auxílios econômicos a trabalhadores, municípios e estados no combate ao novo coronavírus. Com discursos agressivos contra o isolamento social e seus defensores em municípios e estados da federação, em nome da necessidade de continuidade das atividades econômicas, o presidente da república passou a criar aglomerações públicas em torno de si em visitas previamente combinadas com seus apoiadores políticos, geralmente em finais de semana, e em idas inesperadas a outras instituições federais, como as sedes do STF²²⁸ e do MPF²²⁹. Nestes atos, o presidente fez questão de não usar máscara de proteção em desacordo às proposições sanitárias. O governo federal propôs, com atraso, ajuda econômica às pessoas em estado de necessidade, na forma de três parcelas de R\$ 200,00. No parlamento, o valor foi alterado para R\$ 600,00, com a possibilidade de chegar a R\$ 1.200,00 em situações específicas. Para a efetivação desse apoio, o governo omitiu-se em montar estrutura e logística adequadas para atender à população. Assim, o que se viu no final do mês de abril foram longas filas e aglomerações de pessoas em agências da Receita Federal e depois na Caixa Econômica Federal, para que pudessem requerer o benefício emergencial temporário. Provavelmente, o ambiente proporcionou maior número de contaminados. O apoio a pequenas empresas, principais empregadoras do país, também se deu na mesma lógica. A expectativa de municípios e estados era que fossem dispensados de pagar dívidas para a União, e como isso utilizassem mais verbas na saúde pública, com a compra de equipamentos hospitalares, equipamentos de proteção individual para profissionais da saúde e testes para acompanhar a evolução da contaminação nas cidades. Esse dinheiro, até 14 de junho, ainda não estava confirmado.

²²⁷ Conferir em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442475&ori=1> (acesso em 08 de junho de 2020).

²²⁸ Sobre o fato, conferir em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/07/bolsonaro-atravesa-pracados-tres-poderes-a-pe-e-vai-ao-stf-acompanhado-de-ministros.ghtml> (acesso em 08 de junho de 2020).

²²⁹ Sobre o fato, <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/visita-surpresa-de-bolsonaro-a-aras-e-vista-no-stf-como-novo-ato-de-pressao-do-presidente.shtml> (acesso em 08 de junho de 2020).

E, por fim, o gasto de verbas federais da Saúde destinadas ao combate à Covid-19 revelou-se aquém do necessário²³⁰, em prejuízo evidente à saúde pública.

3 - A tentativa sistemática do presidente da república em desmoralizar as contribuições dos pesquisadores e da ciência cristalizou-se na propaganda que faz sobre o uso da cloroquina e da hidroxicloroquina como medicamentos eficazes para tratar o paciente da Covid-19. Com base em estudos de pouco alcance e validação insuficiente, carente do apoio da comunidade científica em geral, o presidente divulga os medicamentos como saída satisfatória contra a doença. Ocorre que o uso sem controle desses medicamentos pode causar danos colaterais e mesmo mortes, como alertam pesquisadores²³¹.

4 – De março até meados de maio de 2020, a sociedade acompanhou uma intriga forjada pelo presidente da república em relação à sua própria situação de saúde, que pode ser sintetizada nas seguintes questões: Jair Bolsonaro testou para o novo coronavírus? Qual teria sido o resultado dos testes? Importaria à sociedade a divulgação do resultado? Essas questões permaneceram até que o judiciário determinou a divulgação, que foi feita e todos ficamos sabendo que ele não testara positivo²³². Ao contrário de outros chefes de Estado, o brasileiro fez mistério e transformou esse mistério em audiência para aprofundar suas opiniões contrárias a políticos defensores do isolamento social e de outras medidas preventivas, como a testagem da população.

5 - As dúvidas levantadas acerca do aumento do número de mortes decorrentes de Síndrome Respiratória Aguda Grave (SRAG), em 2020, chamaram a atenção de alguns pesquisadores. Teriam sido mortes provocadas pela Covid-19? Reportagem de um jornal mineiro, por exemplo, expôs diretamente a questão²³³. A hipótese de haver troca de diagnóstico como subnotificação da Covid-19 é sugerida pelo cientista Atila Iamarino em mensagem divulgada em rede social. Esse seria um caminho para distorcer dados e assim aumentar as subnotificações. Abaixo, a mensagem de Iamarino:

Figura nº 1. Mensagem de Atila Iamarino.

²³⁰ Em final de abril, os gastos não chegaram a 25%. Ver reportagem em <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/04/28/governo-gastou-23-dos-r-253-bilhoes-destinados-a-combater-o-coronavirus.htm> (acesso em 08 de junho de 2020).

²³¹ Sobre o assunto: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/04/12/academias-alertam-sobre-riscos-do-uso-da-cloroquina-sem-respaldo-cientifico.htm> (acessado em 08-06-2020).

²³² Sobre o assunto, conferir em <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/05/13/exames-de-bolsonarodao-negativo-e-presidente-usa-pseudonimos> (acesso em 09 de junho de 2020).

²³³ Conferir em https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2020/05/25/interna_gerais,1150380/numero-vitimas-coronavirus-mg-pode-ser-800-maior-que-o-divulgado.shtml (acesso em 08 de junho de 2020).



atila iamarino  @oatila · 6 de jun

Pra quem é de estados com poucos casos de COVID-19, como MG, PR, MS e outros nessa lista, cuidado com essa síndrome respiratória aguda que também tá matando. Ela cresceu como a COVID, mata como a COVID, é infecciosa como a COVID. Mas só é mais comum onde não se testa COVID-19.



5 - Na primeira semana de junho de 2020, com números alarmantes em todo o país de pessoas contaminadas e mortas em decorrência novo coronavírus, a sociedade brasileira foi tomada de surpresa com o adiamento do horário do anúncio dos dados das últimas 24 horas. Ao invés da divulgação pública ocorrer por volta das 19 horas, como estava acontecendo desde o início da pandemia, houve um atraso de 3 horas. Com isso, nem todas as pessoas souberam das informações. Poucos dias depois, o ministério da saúde noticiou que alteraria a metodologia de cômputo dos dados. Ao invés de divulgar os falecimentos tabulados nas últimas 24 horas (ou seja, não apenas as ocorridas no dia, mas também aquelas ocorridas anteriormente, mas que foram confirmadas como vítimas da Covid-19 naquele dia), o ministério sugeriu que fossem divulgadas apenas as mortes ocorridas no dia. Uma mudança que afetaria a série histórica e comprometeria definitivamente os dados de contaminados e de mortos no país. Com isso, as bases de dados sofreriam um impacto importante, acarretando prejuízos para a definição de políticas preventivas. A reação política e da comunidade científica em relação a essa tentativa de manipulação das informações foi imediata e contundente. Em 09 de junho, decisão monocrática do ministro Alexandre de Moraes, do STF, determinou que o governo voltasse a divulgar os dados como antes²³⁴.

Esse conjunto de medidas e condutas revela indiferença e confronto do governo federal em relação aos dados, informações e fatos que compõem a realidade. Uma postura que, de forma reflexa, produz subnotificação. A condução do atual governo

²³⁴ Sobre o tema, conferir a reportagem em <https://www.cartacapital.com.br/justica/alexandre-de-moraes-manda-governo-voltar-a-divulgar-dados-totais-da-covid-19/> (acesso em 09 de junho de 2020).

parece ser eco de atos pretéritos. Um fato revelado pelo historiador Lucas Pedretti e publicado pelo jornalista Ancelmo Gois²³⁵ ilustra a postura negacionista de militares na época da ditadura civil-militar: em um radiograma de 1972, o coronel Moacyr Coelho proibiu terminantemente que meios de comunicação fizessem referências ao surto de meningite em Caravelas, na Bahia.

Subnotificação como apagamento e barreira à verdade.

Qualquer ato que adultere a realidade atrapalha o expectador que a contempla. A subnotificação tem esse efeito em relação à verdade, considerando-se esta aquela que reflete dados, fatos e informações reais. A subnotificação confunde-se, por vezes, com o apagamento ou o silenciamento, quando a realidade depende da revelação. Isto porque subnotificar não revela nem desvela, mas esconde, camufla, abafa. Naomi Klein, em sua impactante obra *A doutrina de choque* (2008), analisa o que chama de capitalismo do desastre e mostra a importância do apagamento para o dominador que deseja impor um novo e cruel cenário ao dominado. Permite a metáfora de que a memória do dominado seria apagada até se transformar em uma página em branco, e com isso o dominador poderia escrever o que bem entendesse²³⁶.

A vinculação dessa tese com a questão deste ensaio é o risco de não haver, no Brasil, números fiéis de contaminados e de mortos, quando todos os outros países aparentemente estão se dedicando a anotar suas realidades. O risco de apagamento pela ausência de testes e, com isso, de notificações, configura-se como algo próximo. Ao postergar apoio orçamentário a municípios e estados (para financiar testagens em massa, por exemplo), já em dificuldades pelos efeitos do neoliberalismo e da política de austeridade fiscal²³⁷, o governo federal passa a controlar uma versão do porvir: ou seja, o que será, segundo o falseamento pautado nas subnotificações.

É preciso insistir. Já se sabe, mesmo que por uma percepção mais imediata da realidade, dos efeitos deletérios da subnotificação de casos da Covid-19: impactos na saúde pública, enviesamento das informações para fins estatísticos, irresponsabilidade ao dificultar a inserção de dados em apurações de mortalidade mundiais, impedimento

²³⁵ Conferir em <https://blogs.oglobo.globo.com/ancelmo/post/ministerio-da-saude-obscura-medida-de-esconder-dados-sobre-meningite-em-1972.html> (acesso em 09 de junho de 2020).

²³⁶ Frantz Fanon, em suas críticas à colonização, parece ter influenciado as reflexões da canadense Naomi Klein. O intelectual da Martinica afirmou: “O que os industriais e os banqueiros da metrópole esperam de seu governo não é que dizime as povoações mas que salvguarde, com a ajuda de convenções econômicas, seus “interesses legítimos”,” (FANON, 1979, p. 50)

²³⁷ É o que demonstra o estudo “Austeridade e Retrocesso – Impactos Sociais da Política Fiscal no Brasil” (2018), encomendado à Fundação Friedrich Ebert pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde (CNTS) e outras entidades, em http://www.cnts.org.br/wp-content/uploads/2018/08/DOC-AUSTERIDADE_doc3-_L9.pdf (acesso em 09 de junho de 2020).

de estudos epidemiológicos na análise da realidade, comprometimento de projeções e de planejamento de ações pelo pessoal diretamente envolvido na atenção à saúde, etc.

Os danos não param aí, no entanto. No cenário pandêmico, sob orientação dos órgãos sanitários, os velórios dos falecidos são breves, sem aglomerações, com a presença de pouquíssimas pessoas, os caixões fechados, quase sem rituais.

No Brasil, a taxa de contaminação é uma das mais altas do mundo, e em decorrência do absurdo descaso do governo Jair Bolsonaro com a saúde dos brasileiros, configurando-se como um operador a serviço da necropolítica (MBEMBE, 2016), a testagem para a Covid-19 tem sido muito baixa, aquém, inclusive, da de vários países da América Latina²³⁸, como já se disse mais acima. A disposição para o não fazer (a testagem) manifesta-se como interesse de não saber, e assim, de não tratar adequadamente a saúde pública e de não dar às pessoas o direito ao conhecimento sobre os seus mortos.

Para milhares de familiares, há parentes falecidos cuja *causa mortis* não foi identificada – ou não foi adequadamente diagnosticada. No Brasil, na medida que a curva de contaminados ascendia, tendo em conta a falta de medidas prévias adequadas de contenção da expansão do vírus, veio a escassez de vagas em muitos hospitais, sobretudo na rede pública de saúde. Viu-se uma explosão de mortes em casa, cujos motivos são apontados por profissionais de saúde: faltam testes, os sintomas se parecem com os de outras doenças, os quadros de saúde deterioram-se rapidamente, as pessoas têm medo de enfrentar a rede superlotada²³⁹.

Temos, portanto, que o sofrimento psíquico pode vir a ser muito mais agudizado para um enorme contingente de famílias. Além de não poderem chorar os seus mortos já desde os funerais abreviados e sem consolo, ficarão impedidos de inscrever na história da sua geração o nome daquilo que causara a tragédia. Se nas tramas vividas e contadas do nosso tempo, ao perguntar por alguém que conhecemos, recebermos como resposta que a pessoa faleceu, é comum que se siga a indagação pela causa. Podemos imaginar como se dará, no futuro das próximas gerações, o diálogo sobre uma história mal contada: “De que morreu o seu pai?” “Não sei... Morreu em casa, com falta de ar.” Furtar ao povo a sua memória é impedir o adequado e justo luto dos seus mortos.

²³⁸ Quando estávamos há um mês e meio de iniciado o isolamento, já se sabia, por exemplo, que as taxas de ocupação dos leitos de UTI para a Covid-19 em São Paulo, no Rio de Janeiro, no Ceará, em Pernambuco e no Amazonas estavam em risco de chegar ao seu limite. Conferir, a este respeito, <http://www4.bahiana.edu.br/Corpore.Net/Main.aspx?SelectedMenuIDKey=&ShowMode=2> (acesso em 10 de junho de 2020).

²³⁹ Ver as reportagens: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/05/07/coronavirus-causa-epidemia-de-mortes-em-casa-entenda-os-motivos.htm> e <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/06/01/o-que-esta-por-tras-da-explosao-de-mortes-em-casa-em-meio-a-pandemia-de-covid-19.ghtml> (acessos em 10 de junho de 2020).

Não, não se saberá nunca – e nunca mais – aquilo que poderia engendrar algum pertencimento, ainda que por razões tão trágicas²⁴⁰. Um pertencimento simbólico, que atestaria o vivido desta tragédia não só anunciada, mas inscrita na própria carne. Ir-se embora deste mundo com o atestado da Covid-19 permitiria que a morte tivesse nome, que fosse chorada pelos familiares em coro uníssono com centenas de milhares de outros tantos filhos, irmãos, netos, sobrinhos, cônjuges que perderam os seus ao redor do planeta. O Estado, em ato negligente, ao impedir isto, falta com a memória e a verdade do seu povo.

Considerações finais

Escamotear. Denegar. Esconder. Subtrair. Dissimular. Fingir. Subnotificar.

Este ensaio procurou tratar de refletir a subnotificação, com atenção para a conjuntura e para a conduta daquele a quem cabe chefiar o Estado.

Assim, para além das possíveis críticas políticas e análises jurídicas²⁴¹, objetivou-se examinar o que a prática da subnotificação diz sobre as entranhas políticas do país a partir de posturas autoritárias do Estado. Pretendeu-se alertar para a importância do registro e da memória, e a atual pandemia se soma a outras situações vividas pela população brasileira. Enfim, apagar histórias, abafar dados, sonegar informações, subnotificar, revela um grave sintoma social de um sujeito chamado Brasil.

Referências.

- DUHALDE, Eduardo Luis. *El Estado Terrorista argentino*. 1ª ed. 1ª reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Colihue, 2014.
- FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2ª ed, Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.
- FERREIRA, Mauro. *360º: aprender e praticar gramática*. 4ª ed. São Paulo: FTD, 2015.
- FREITAS, Carlos Eduardo Soares de. *Auxílio-acidente e saúde do trabalhador*. Salvador: EDUFBA, 2018.
- KLEIN, Naomi. *A doutrina de choque – a ascensão do capitalismo do desastre*. São Paulo: Nova Fronteira, 2008.

²⁴⁰ Sobre a dor de se não saber para onde levaram os seus, ver Levi (1998).

²⁴¹ Conferir artigo de Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni, e Diogo Bacha e Costa, em <https://www.prerrogativa.com.br/a-desinformacao-na-pandemia-segredos-que-matam/> (acesso em 9 de junho de 2020).

MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. Arte & Ensaios. Revista do PPGAV/EBA/UFRJ, nº 32, dezembro 2016.

LEVI, Primo. *é isso um homem?* Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

WHO. Workers' Health: Global Plan of Action, 2007. IN https://www.who.int/occupational_health/publications/global_plan/en/ (acessado em 18-05-2020).

MOVIMENTOS SOCIAIS E LEITURAS PARA O NOSSO TEMPO

Celso Antonio Favero²⁴²

INTRODUÇÃO

Este ensaio é mais propriamente um instrumento de trabalho. Ele foi redigido no contexto das conversas de um grupo de lideranças de movimentos sociais da periferia de Salvador e que durante o último ano e meio participou de um curso de formação de juristas leigos no bairro de Cajazeiras. Alguns professores e alunos do curso de direito da UNEB de Salvador estão inseridos neste grupo. Com a pandemia, o grupo decidiu reunir-se virtualmente, a cada 15 dias, para ouvir as histórias que cada um tem para contar sobre a comunidade em que vive e sobre os seus movimentos, organizações ou coletivos sociais. Para uma dessas reuniões, foi proposto como tema a relação desses coletivos com a pandemia e, principalmente, com as demandas das comunidades onde estão inseridos. São, portanto, antes de tudo, notas de trabalho. Vamos lá, portanto.

Nesta conjuntura marcada pelo sofrimento decorrente da disseminação do coronavírus, os movimentos sociais têm como tarefa obrigatória, intransferível e urgente a realização de uma releitura radical das contradições que forjam a atual realidade. Esta tarefa precisa ser articulada, no entanto, com duas outras não menos necessárias e urgentes: a do cuidado das pessoas, da sua saúde e da sua sobrevivência imediata, e a criação de uma nova base social e política, de um novo projeto e estratégia que sejam capazes de contribuir no difícil trabalho de produção de uma outra sociedade. O cuidado necessário das pessoas que padecem, articulado com a produção de uma releitura radical da realidade e das suas contradições essenciais, além da produção de novos sujeitos, movimentos, projetos e estratégias, são hoje mandatos urgentes e indeclináveis dos movimentos que pretendem a transformação radical da atual ordem social.

Mas, é evidente que, dada a crescente gravidade das situações que se colocam atualmente para esses movimentos, os problemas imediatos, como os do cuidado, antecipam-se aos demais e tendem a dominar quase completamente o cenário e as capacidades desses movimentos. Lembro da história contada um dia por um jovem que, no passado, fora nosso aluno em um curso de formação de juristas leigos promovido pela AATR em parceria com a UNEB. Quando morador de rua, dizia ele, todo o seu dia

²⁴² Graduado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica (PUC) de Minas Gerais, Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Doutor (PhD) em Sociologia pela Université du Québec à Montréal (UQAM) e professor pleno, com dedicação exclusiva, no Departamento de Ciências Humanas, Campus I, Salvador, da Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisa Territórios, Hegemonias, Periferias e Ausências. E-mail: celsofavero@terra.com.br

era ocupado pela busca de comida, não havendo lugar para a preocupação com a política. O mesmo tende a ocorrer hoje para os movimentos sociais, sobretudo para aqueles que envolvem populações mais vulnerabilizadas de cidades como Salvador: os gritos de socorro que vertem das ruas, dos becos, das escadarias e das casas transformadas em prisões e que chegam aos movimentos são hoje tantos e tão fortes que parecem não permitir a eles outras preocupações fora do cuidado. Para os que sofrem e gritam por socorro, o horizonte não é amanhã, é hoje, agora: este é o cenário imediato dos movimentos.

Entendo, no entanto, que, sob o risco de sacrificarmos os movimentos, sobretudo os que se pretendem revolucionários, a questão que hoje estrutura e dá sentido aos mesmos precisa ser reelaborada. Se antes do Coronavírus a vulnerabilidade dessas populações já era gritantemente violenta, muito mais o é agora. E não se trata apenas de uma questão de aumento do tamanho da miséria. A própria realidade já não é mais a mesma. Ela envolve hoje uma série de novos elementos, a exemplo do cerceamento normatizado da liberdade de ir e vir, de modo que as estratégias anteriores de enfrentamento de problemas do dia a dia pelas populações, como o da busca de comida, já não são mais adequadas. O cuidado e a assistência, que antes já eram necessários considerando a gravidade dos problemas sociais neste país, agora são novos e se tornaram ainda mais necessários: são questões de vida e morte.

NOVAS QUESTÕES PARA MOVIMENTOS SOCIAIS REVOLUCIONÁRIOS

Nessa nova realidade, recoloca-se portanto a própria pergunta básica que dá sentido aos movimentos sociais: como fazer o cuidado e a assistência? Ou, resgatando o que é próprio dos movimentos sociais: **como “cuidar” das populações, dos indivíduos, das famílias e dos diversos grupos sociais, identificando e respondendo as suas demandas imediatas, urgentes e plurais, sem esquecer o caráter pedagógico que essa relação precisa ter?** Três perguntas de caráter metodológico desdobram-se dessa preocupação:

1) Como os movimentos sociais podem apreender, pelo cuidado, as próprias **vivências das populações**, todas elas e ao mesmo tempo permeadas de contradições, de conflitos, de expressões de solidariedade, de dinâmicas que desmancham muito do que já existia e que inventam e reinventam estratégias de indivíduos, famílias e populações no sentido da readaptação à realidade, do resgate de capacidades de resiliência às novas realidades, e, mesmo, de rompimento das atuais vivências para a produção de novas realidades?

2) Como apreender esses processos e essas estratégias identificadas nas múltiplas vivências nos termos de uma **“pedagogia investigativa”**, que seja capaz de transformar as relações de cuidado e de assistência dos

movimentos e dos seus agentes com essas populações cuidadas em relações de mão dupla, dialógica, que põem frente a frente artesões de mundos, iguais, que, ao se reinventarem, reinventam ao mesmo tempo e para além das rotinas das suas vivências cotidianas, as práticas, os conhecimentos e as estruturas dos modos de produzir a vida e os mundos?

3) Como, a partir dessas relações pedagogicamente estruturadas do cuidado, da assistência, do diálogo e da produção de ações e de conhecimentos, **os movimentos podem se reinventarem**, alargarem, densificarem e aprofundarem as suas bases, tornando-se, essencialmente, uma dimensão desdobrada das vivências no próprio cotidiano das populações, capaz de articular dialogicamente os projetos de produção de vida dessas populações cuidadas com os projetos estratégicos de médio e longo termo dos próprios movimentos?

A sociedade atual, totalidade e diversidade, mundial, brasileira e soteropolitana, acometida como está por profundos, largos e complexos conjuntos de fenômenos, vê o seu próprio âmago, o das vivências, sendo desmanchado, reacomodado, reelaborado, tudo ao mesmo tempo. A crise do coronavírus não é apenas uma crise sanitária e não é, também, apenas a crise de um ou de outro sistema político ou econômico. Ela carrega consigo, na sua própria essência, contradições ainda mais profundas, de caráter sistêmico, pondo em questionamento o sentido do atual modelo civilizatório. Ela coloca em questão o nosso próprio modo de viver juntos, inventado na modernidade.

O MUNDO PÓS-CORONAVÍRUS NÃO SERÁ MAIS O MESMO

Difunde-se, hoje, em todo o mundo, como se fosse um refrão, a ideia de que o mundo da pós-crise será diferente do atual, e que nós mesmos seremos outros. Capitalismo, liberalismo, racionalismo progressivo, individualismo, todas essas invenções modernas estão em crise. A realidade de amanhã estará radicalmente mudada. No entanto, o dia de amanhã não nascerá de uma evolução natural e não será produto de deuses, destinos ou fatalidades. As contradições que estruturam a realidade, os modos como elas serão desdobradas hoje e amanhã, por que conflitos, por que forças sociais, esta é a matéria da produção da história.

Essa situação marcada pelo acirramento das contradições está provocando hoje debates intensos em todo o mundo. As contradições são contradições sociais, elas dão conta dos modos como as sociedades se estruturam e se movem. O lugar, o poder e as estratégias das grandes potências mundiais, o significado atribuído às tecnologias no controle social e político, os movimentos e as estratégias dos atores nos cenários internacionais, nacionais e locais, são todos indicadores de como estão se rearticulando hoje as diversas forças que produzirão o amanhã. O controle dos mercados de equipamentos para o enfrentamento do coronavírus, o fechamento de fronteiras e o

acirramento nas relações diplomáticas entre os países, as disputas em torno de medicamentos supostamente milagrosos, a difusão do medo, tudo isso contribui para o reposicionamento dos atores no plano global. Ao lado disso, questões aparentemente simples como a do aumento da violência policial, do tráfico e das milícias nas periferias das grandes cidades brasileiras, o controle de territórios, o assassinato de lideranças de movimentos sociais, os movimentos das igrejas, a expansão desenfreada do desmatamento na Amazônia, a passividade de determinados atores, as limitações nas ações de outros atores ao plano do cuidado, são todas expressões de como as forças sociais, econômicas e políticas estão se reposicionando no mundo e de como elas se relacionam no plano das contradições.

Em artigo publicado em março deste ano no jornal inglês Financial Times, por exemplo, o historiador israelense Yuval Noah Harari afirmava que

As decisões que os governos e os povos tomarem, nas próximas semanas, provavelmente moldarão o mundo que teremos nos próximos anos. Não apenas formatarão nossos sistemas de saúde, mas também nossa economia, política e cultura (Harari, 2020).

O mesmo vale, e talvez com maior precisão ainda, para as decisões dos múltiplos atores sociais. Vem se produzindo toda uma dinâmica, toda uma mobilização, reacomodação, no plano prático e, também, no plano teórico.

Aprofundando essas temáticas, encontra-se uma enorme quantidade de estudos hoje disponíveis. O filósofo italiano Giorgio Agamben, um dos mais ativos estudiosos do nosso tempo, em artigo publicado recentemente no periódico italiano “Il Manifesto” (Agamben, 2020), afirmava que a emergência do novo coronavírus foi transformada no pretexto mais adequado para o aprofundamento do estado de exceção em todo o mundo, tornando-o paradigma normal de governo. A reclusão nas próprias casas, a utilização de algoritmos para o controle, são apenas indícios do que será o estado de exceção no futuro próximo.

O geógrafo britânico David Harvey, em “Políticas Anticapitalistas em Tempos de COVID-19” (Harvey, 2020), publicado no seu próprio site, afirma, primeiro, que não há desastres naturais, porque todos eles dependem da ação humana; segundo, que os impactos econômicos e demográficos do vírus dependem de fissuras e vulnerabilidades que já existiam no modelo econômico; terceiro, que o coronavírus não atinge todos do mesmo modo, já que as forças de trabalho que cuidam dos doentes é racializada e que há diferenças entre os que podem ou não trabalhar de casa. Ele conclui afirmando que as únicas políticas que surtirão efeitos agora serão socialistas.

Finalmente, para o filósofo esloveno Slavoj Žižek, o novo coronavírus é um golpe à la “Kill Bill” no capitalismo (Žižek, 2020). Em livro sobre a pandemia que será proximamente lançado, o autor fala da emergência, hoje, de um novo socialismo, no qual trilhões serão gastos, violando as leis de mercado, mas que ainda assim corre o

risco de ser um “socialismo para os ricos”, ajudando apenas a elite. Seria, como em 2008, quando governos transformaram-se em salvadores de bancos, um keynesianismo das elites. No mesmo livro ele identifica o que chama de poder subversivo do coronavírus e, ao mesmo tempo, o crescimento de uma tendência de aprofundamento do racismo e de estados de histeria. Esta é, aliás, uma das bandeiras das “esquerdas social-democráticas”, inclusive no Brasil, que defendem a tese do fortalecimento do Estado na economia.

A ESCRITURA E A LEITURA DOS SINAIS DA NOVA REALIDADE

Se a própria realidade mudou, e se o mundo após o coronavírus já não será igual ao de hoje, nem mesmo um desdobramento evolutivo do mesmo, os próprios movimentos sociais precisam se refazerem para se tornarem capazes de melhor cuidarem das pessoas, de realizarem uma leitura mais adequada da nova realidade e de produzirem uma nova sociedade. A leitura da nova realidade do mundo feita a partir do cuidado e das vivências das populações torna-se a chave para essa transformação. No entanto, duas outras perguntas tornam-se aqui necessárias: onde esta nova realidade está escrita (onde preciso focar para ler esta realidade)? Como, ou através de que método deve-se fazer esta leitura? Lembrando o que nos ensinou Paulo Freire, a leitura do mundo precede a leitura do texto.

Primeiro, a questão do lugar onde a realidade está escrita. Se a realidade social se mostra através das contradições que a estruturam e que lhe dão sentido, é lá onde essas contradições são mais agudas e transparentes, ou seja, nas “situações de fronteiras”, que a sua leitura torna-se mais fácil. Para José de Souza Martins, “a fronteira é essencialmente o lugar da alteridade” ou do encontro/desencontro que tem no limite a relação entre o humano e o não humano. Nas próprias palavras do autor,

Se entendermos que a fronteira tem dois lados e não um lado só, o suposto lado da civilização; se entendermos que ela tem o lado de cá e o lado de lá, fica mais fácil e mais abrangente estudar a fronteira como concepção de fronteira do humano (Martins, 1997, p. 163).

Segundo, como (método) ler essa realidade em situações de fronteira? Se a fronteira está lá onde a miséria da desumanização é mais plena e escancarada, como, nesses lugares, se pode fazer a leitura radical da realidade? Por um lado, é no universo das vivências das populações que vivem nas fronteiras e nos seus modos de produzir a vida que as contradições se revelam e ganham sentido. As vivências estão todas elas preñes de contradições, são as contradições sendo vividas. Viver é resolver contradições. Mas, a realidade e essas contradições não estão só no aqui e agora, elas foram produzidas na história. A história, e, essencialmente a história escrita nas fronteiras é o outro lugar de inscrição da realidade. A história - a exemplo da história

vivida e revelada na perspectiva da ancestralidade - é o berço onde o real de hoje nasceu e se desenvolveu.

Podemos tomar como exemplo, para introduzir um gancho na leitura da realidade, a própria história das pandemias. Para Michel Maffesoli (York, 2020), na longa história, duas grandes pragas (pandemias) marcaram rupturas de modelos civilizatórios (de modos que estruturam, legitimam e justificam o “estar juntos”): a praga justiniana (pandemia causada pela peste bubônica ocorrida no reinado do imperador Justiniano, entre os anos 527-565, e teria causado a morte de aproximadamente 100 milhões de pessoas), que provocou a decadência romana, e a praga de 1348 (a pandemia da “peste negra” ou da “morte negra”, cujo auge se deu entre 1346-1356 e matou entre 75 a 200 milhões de pessoas), que precipitou o fim da Idade Média. O coronavírus, segundo Maffesoli, situa-se nesse mesmo nível: ele põe em crise o racionalismo progressivo produtor de violência totalitária e a concepção puramente individualista da existência, que se tornou dominante desde Descartes e que é ainda defendido apenas por “castas orgulhosas de sua superioridade ilusória”.

Houve, na modernidade, uma série de grandes epidemias e pandemias que deixaram marcas profundas nas sociedades. Três grandes pandemias, por coincidência ou não, ocorreram em sequências quase exatas de 100 anos:

- 1) Entre 1816-1826, ocorreu a primeira grande pandemia do cólera, deixando mais de um milhão de mortos (a história do cólera remete ao mundo antigo, com manifestações de grandes surtos e epidemias; como manifestação de pandemia, só teria ocorrido nesses anos);
- 2) Entre 1918-1920, tivemos a gripe espanhola, que teria deixado aproximadamente (ou mais de) 70 milhões de mortos;
- 3) desde o final de 2019, estamos vivendo sob a marca do COVID-19, também chamado Coronavírus, que até este momento já causou a morte de mais de 100 mil pessoas.

As duas primeiras pandemias (1816-1826 e 1918-1920), embora não tenham produzido rupturas civilizatórias, testaram de forma profunda as estruturas das sociedades e deixaram sequelas que colocaram em crise os próprios modos estruturadores e os sentidos dominantes do “estar juntos”. Fenômenos como a xenofobia (o ódio contra povos considerados disseminadores do vírus), a desqualificação, a degradação e a negação da própria humanidade de determinados grupos no interior das sociedades cresceram fortemente nesses contextos. Mas, ao mesmo tempo, as pandemias foram tempos de produção de melhorias sociais e políticas. Os atuais sistemas de saúde pública e de seguridade social, por exemplo, que, nas últimas décadas, vêm sendo objetos de profundos desmanches em todos os países, são decorrentes da gripe espanhola.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enfim, na longa história, tempos de pandemia sempre foram tempos de crises econômicas, sociais, políticas e culturais, de destruição, reorganização, reorientação e produção de novos sujeitos, de novas forças e de novos projetos. Repete-se hoje, como um refrão, que após a pandemia ninguém e nada será como antes. Se isso é verdade, também é verdade que o que será não resultará de uma suposta decorrência de forças da natureza, de deuses, de destinos ou de fatalidades. O ventre da sociedade já contém as contradições que a estruturam e que tendem a se desdobrarem como conflitos; nele, conscientes ou não conscientes, enquanto algumas forças estão se remexendo, se reacomodando na perspectiva da manutenção e do fortalecimento da atual ordem estrutural, outras desafiam essa ordem na sua essência produzindo germes de perturbação do conjunto do sistema social. Se o futuro não será igual ao passado, o que e como será decorrerá do acirramento das contradições, do aprofundamento e da radicalização dos conflitos e das estratégias dos diversos sujeitos sociais e políticos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN**, Giorgio. Lo stato d'eccezione provocato da un' emergenza immotivata. 26/02/2020. Disponível em: <https://ilmanifesto.it/lo-stato-deccezione-provocato-da-un'emergenza-immotivata/>. Acesso em 28/03/2020.
- HARARI**, Yuval Noah. O mundo após o coronavírus. Disponível em: <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/Yuval-Noah-Harari-o-mundo-apos-o-coronavirus/4/46887>. Acesso em 28/03/2020.
- HARVEY**, David. Anti-Capitalist Politics in the Time of COVID-19. 19/03/2020. Disponível em <http://davidharvey.org/>. Acesso em 19/03/2020.
- MARTINS**, José de Souza. Fronteira: a degradação do outro nos confins do humano. São Paulo: Hucitec, 1997.
- YORK**, Sara Wagner. Maffesoli: a pandemia de coronavírus ou como desaparece o mito do progresso. In. <https://medium.com/@sarawagneryork/maffesoli-a-pandemia-de-coronav%C3%A9rus-ou-como-desaparece-o-mito-racionalista-do-progresso-7e7f7b3f6b6a>. Acesso em 13/04/2020.
- ZIZEK**, Slavoj. Slavoj Zizek: Coronavirus is 'Kill Bill'- esque blow to capitalism and could lead to reinvention of communism. 19/03/2020. Disponível em: <http://www.revistaikaro.com/slavoj-zizek-coronavirus-is-kill-bill-esque-blow-to-capitalism-and-could-lead-to-reinvention-of-communism/>. Ver também: <https://outraspalavras.net/crise-civilizatoria/zizek-ve-o-poder-subversivo-do-coronavirus/>; <https://outraspalavras.net/crise-civilizatoria/zizek-coronavirus-racismo-e-histeria/>.

COVIDIÁRIO: CENÁRIOS E LIÇÕES PANDÊMICAS

Claudia de Faria Barbosa²⁴³

Laíze Lantyer Luz²⁴⁴

O ano de 2020 começou com expectativas quando até os números trouxeram perspectivas de inovação: segunda década do segundo milênio e ano de eleições municipais com possibilidades de renovação e de inovação na política local. As cidades brasileiras fizeram seus exuberantes carnavais, as crianças e os jovens recomeçavam o ano letivo repletos de esperanças. Então, quase que de repente, a humanidade se depara com o discurso imperativo da Organização Mundial da Saúde (OMS), dos governos e das notícias vindas de países mais longínquos: “Pare!”.

Não foi uma ordem advinda de um déspota esclarecido que quisesse dominar o mundo, também não foi de uma superpotência mundial que estivesse disposta a tudo para manter a sua supremacia absoluta. Pelo contrário, foi a ordem de um ser invisível, e silencioso. O microscópico capaz de fazer ressoar um silêncio ensurdecido capaz de paralisar e causar sentimentos pandêmicos de medo, ansiedade e angústia. Essa montanha russa de incertezas desperta uma histeria coletiva capaz de fazer com que a “ordem” fosse prontamente obedecida, dando a tônica de uma “anomia social”²⁴⁵ onde até mesmo o direito consagrado na constituição,²⁴⁶ art. 5º “é livre a locomoção no território nacional [...]” fosse violado, com a justificativa de que é melhor ferir um direito constitucional do que arriscar a própria vida e a do outro.

Dias depois da crise sanitária instalada, as máscaras dos super heróis caem. Pessoas invisíveis e invisibilizadas começam a aparecer discretamente nos ambientes de

²⁴³ Doutora em Humanidades (UCSAL), pesquisadora do Grupo de Estudos Hermenêuticos em Famílias, Territórios, Identidades e Memória (GEHFTIM, CNPq-UESB), professora da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB), Centro Universitário UniRuy I Wyden e professora colaboradora do Programa de pós-graduação stricto sensu em Relações Étnicas e Contemporaneidade (PPGREC – UESB). Autora do livro: *As mulheres na política local: entre as esferas pública e privada*. E-mail: barbosa.claudiadefariabarbosa@gmail.com

²⁴⁴ Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador (UCSal), especialista em Direito Ambiental pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Orientadora do Grupo de Pesquisa de Direito Ambiental e Resíduos Sólidos da Liga Acadêmica de Estudos Jurídicos da Bahia - LAEJU/BA. Membro da Comissão de Meio Ambiente e Mediação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/BA). Fundadora da Organização PEACE (Paz, Educação Ambiental e Consciência Ecológica). Embaixadora do Instituto Lixo Zero Brasil. Consultora e Auditora Lixo Zero. Advogada e Mediadora de conflitos socioambientais. Escritora e Roteirista de Histórias da Vida. E-mail: llantyer@gmail.com

²⁴⁵ Durkheim, Émile (1893). *Da Divisão Social do Trabalho*. Tradução. Eduardo Brandão. 24 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

²⁴⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm Acesso em: 8 maio 2019.

instabilidades desse novo tempo. Nesse cenário de incertezas, novas dúvidas surgem em busca de aprendizados possíveis sobre “a cruel pedagogia do vírus”²⁴⁷: O que ela tem a ensinar? Quem são/serão os protagonistas nesse novo cenário de mundo assolado pela pandemia do Covid-19?

Ainda não há respostas, mas pistas. Saramago chama atenção: “se podes olhar, vê. Se podes ver, repara”²⁴⁸. Se o ser humano conseguir olhar com mais profundidade e sensibilidade para o problema do qual é cocriador há de perceber que o impacto do covid-19 para a humanidade vai além da imediata ameaça e tem outras consequências. A observação e os pensamentos demonstram a certeza de que a política precisa ser conduzida a favor das pessoas e não das coisas. Mais do que nunca há uma demanda por acessibilidade e por uma política que faça a gestão dos recursos em favor da vida e de sua manutenção. E, para que haja a preservação da vida há que se evitar o contágio e o colapso das instituições de saúde.

Entretanto, as formas de subjetivação continuam a serem produzidas na constância de silenciamentos de mortes, melancolias e submissões a um poder em que corpos se tornam dejetos, frente a um agir arbitrário que insiste na produção do fim de vidas humanas. Não somente no ato de matar, crianças são abandonadas em elevador, pessoas negras espancadas nas ruas dos grandes centros e pacientes acometidos pelo vírus morrem sem condições de respirar [...], tudo isso chama atenção para o deixar morrer, seja pela violência e violação de direitos, seja por escassez de condições sanitárias e hospitalares como o noticiado fato de corrupção em negociações de compra e venda de respiradores, por exemplo. No caos a necropolítica²⁴⁹ se instala de vez, quando a sociedade se organiza em torno de uma instrumentalização generalizada da existência humana com a destruição material de corpos humanos e populações, sobretudo das mais vulneráveis e vulnerabilizadas.

A estratégia utilizada na China com resultados considerados promissores foi “proteger os profissionais de saúde com equipamentos de proteção individual; identificar os sintomáticos, realizar os testes, dar os resultados rapidamente e isolá-los e identificar os comunicantes e colocá-los em quarentena”²⁵⁰. Entretanto, em países em desenvolvimento como o Brasil o isolamento social não é simples. Atividades essenciais como profissionais da saúde, limpeza, produção e distribuição de alimentos e mídia (real ou *fake*) se mantêm na ativa. Mas seguem, principalmente, pessoas essencialmente

²⁴⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. A cruel pedagogia do vírus. Coimbra: Almedina, 2020.

²⁴⁸ SARAMAGO. O ensaio da cegueira. São Paulo: Companhia das letras, 1995.

²⁴⁹ MBEMBE, Achille. Necropolítica. Biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. São Paulo: Edições n. 1, 2018.

²⁵⁰ World Health Organization. Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19). World Health Organization; 2020. Disponível em: <https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/who-china-joint-mission-on-covid-19-final-report.pdf> Acesso em: 9/05/2020

(in)visíveis. Essas são as coadjuvantes que não podem parar diante do paradoxo de que para se manterem vivas diante da pandemia precisam continuar trabalhando pela sobrevivência. Para esses seres aparentemente humanos, mas não necessariamente cidadãos, nada ao que tudo indica mudou. O caos silencioso e invisível sempre esteve presente. O ser microscópico apenas ampliou o *zoom*.

No contexto da linha de frente, seja na política ou nas empresas, o lugar da tomada de decisões ainda é de prevalência masculina. Os homens ainda exercem a maioria dos cargos de liderança, enquanto que a maioria das mulheres continuam como sujeitos quase (in)visíveis e invisibilizados. Entretanto, o impacto da pandemia mostra que as áreas diretamente afetadas têm maior concentração de mulheres, por conta de historicamente elas terem sido responsáveis pelas funções de cuidado, higiene e produção de alimentos.

Conforme as Nações Unidas²⁵¹, a carga de trabalho com cuidados para as mulheres é três vezes maior do que a dos homens. Com a crise pandêmica, esse fenômeno aumentou exponencialmente, e são elas que estão na linha de frente da pandemia. Wittenberg-Cox²⁵² as considerou como "exemplos de verdadeira liderança". A autora chama atenção para as mulheres que estão conseguindo gerenciar ações de sobrevivência humana, se inserindo a frente dos trabalhos de saúde, limpeza e gestão. Na saúde, elas representam 70% dos profissionais em todo o mundo. Isso demonstra porque são tantas mulheres engajadas nas instituições. Entretanto, na política esse percentual é ínfimo, em 2018 elas eram apenas dez dos 153 chefes de Estado eleitos em todo mundo²⁵³. Wittenberg-Cox também destaca países liderados por mulheres que têm tido resultados promissores no enfrentamento e combate à pandemia, como é o caso de Ângela Merkel, um exemplo de liderança no combate ao covid-19. De acordo com Rosie Campbell²⁵⁴ os estilos de liderança não são inerentes a homens e mulheres, mas a forma de socialização historicamente fez com que as mulheres sejam mais colaborativas, enquanto alguns homens tendem a uma política mais individualista e, em alguns casos, ainda machista.

As mulheres, já há algum tempo, parecem ter se tornado mulheres de poucas palavras, de palavras catadas, contadas e cantadas – a conta-gotas. A maioria delas foi criada sob a crença de que é preciso se calar diante da violência, do assédio moral, sexual e do machismo do mundo.

²⁵¹ <https://nacoesunidas.org/mulheres-na-linhas-de-frente-da-covid-19/>

²⁵² WITTENBERG-COX, A. O que os países com as melhores respostas ao coronavírus têm em comum? Mulheres Líderes Revista Forbes. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/avivahwittenbergcox/2020/04/13/what-do-countries-with-the-best-coronavirus-reponses-have-in-common-women-leaders/#442a4b3c3dec> Acesso em: 9/05/2020.

²⁵³ Dados da União Interparlamentar.

²⁵⁴ Diretora do Instituto Global para Liderança Feminina no King's College London. Disponível em: <https://unfoundation.org/author/geeta-rao-gupta/> Acesso em 09/05/2020.

Em *Terra de Mulheres*, romance publicado em 1915, da autora Charlotte Perkins Gilman²⁵⁵ e inspiração para a criação da mulher-maravilha e suas Amazonas, é retratado como seria uma sociedade composta exclusivamente de cidadãs. A obra se baseia em um socialismo utópico, descrevendo um território isolado da civilização, sem fome, sem miséria ou doenças, e fundada na cooperação. Organizado ao extremo, é vislumbrado um mundo frutífero, sem guerras ou conflitos – o que parece maravilhoso, se o narrador da história não fosse um homem.

Historicamente, homens têm editado narrativas sobre mulheres, livros e artigos sobre elas. Enfim, ditado regras de conduta. Esses homens parecem incorrer em um cerceamento, ainda que despropositado, das vozes e liberdades femininas. E muitas mulheres – por medo, por falta de sororidade real, ou mesmo para proteger seus companheiros, seus pais, seus filhos – têm se calado.

Para Sousa²⁵⁶, as mulheres são as que assumem a linha de frente também no que tange ao período de isolamento social. São elas as consideradas “cuidadoras do mundo” tanto dentro de casa, como na prestação de serviços nas profissões de saúde, assistência social e limpeza. Geralmente elas são culturalmente associadas às tarefas de prestação de cuidados, tão requisitadas nos “tempos sombrios”²⁵⁷ de confinamento e pandemia.

Nos desafios de um “mundo novo” há que se fazer perguntas, mas que se estruturam para mostrar as disparidades que a humanidade (sobre)vive. As imagens das pessoas acometidas pelo vírus chocam, os sistemas de saúde mostram suas fragilidades. O custo emocional do distanciamento social é evidenciado nas violências e violações de direitos noticiadas diariamente, a tristeza das famílias se agrava por serem impedidas de ver, cuidar dos doentes e de velar seus entes queridos. Enquanto isso, números de corpos sem rosto e sem nome viram manchetes nos telejornais da “sociedade do espetáculo”²⁵⁸, as crises sociais e econômicas provenientes de tudo isso assolam as pessoas mais vulneráveis por meio da fome e da precariedade, a situação retrata a desigualdade social e insiste mostrar a humanidade a sua fragilidade e impotência.

Apesar de tudo isso, a vida no ano de 2020 segue com reaprendizados e prossegue com ineditismos. A educação, o trabalho e os encontros familiares passam a ser remotos mediados pela tecnologia, as compras passam a ser por *drive-thru*, as saídas de casa são limitadas ao máximo, podem chegar a um *lockdown*. Os eventos esportivos, shows musicais, teatrais e cinematográficos também passam a ser mediados pela

²⁵⁵ GILMAN, Charlotte Perkins. *Terra das Mulheres*. Tradução Flávia Yacubian. 1 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

²⁵⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Almedina, 2020.

²⁵⁷ ARENDT, Hannah. *Homens em tempos Sombrios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

²⁵⁸ DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Trad. Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

tecnologia por meio de *lives*, redes sociais e plataformas digitais no mundo da cybercultura. E as eleições? Ainda não confirmadas, mas provavelmente acontecerão por meio de campanhas midiáticas e providas de *fake-news* dificultando ainda mais enxergar o que está por vir.

Portanto, há que se aquietar a mente para escutar e se reinventar com intuito buscar consciência do ato de cidadania do sufrágio, na tentativa de renovação. O pensamento voltado para a mudança de si, através de novas lentes revolucionárias de um(a) novo(a) cidadã(o), oferece ao mundo pós-covid mais equidade, justiça social e dignidade da pessoa humana.

AS INSTITUIÇÕES ESTÃO FUNCIONANDO? E DAÍ? REFLEXÕES SOBRE O ESTADO E AS FORMAS DE GOVERNANÇA NA CRISE DO COVID-19

...quando o outro não importa, absolutamente, e é um simples meio para finalidades que estão fora dele, é que foi eliminada a última sombra de qualquer processo de sociabilidade.

Georg Simmel

Agora, a Constituição não permite que o presidente adote políticas genocidas.

Gilmar Mendes, Ministro do STF em 08/04/2020

Sara da Nova Quadro Côrtes²⁵⁹

Cloves dos Santos Araujo²⁶⁰

INTRODUÇÃO

Este ensaio pretende, em pleno desenvolvimento de PANDEMIA de COVID-19, responder à seguinte questão: as instituições estão funcionando? Para que e para quem? Numa breve contextualização cabe situar a tese do “golpe” no impeachment de Dilma Rousseff, na substituição de Michel Temer e o desmanche das políticas públicas e dos direitos sociais, na eleição de Bolsonaro e no seu “*modus operandi*”, com aprofundamento do desmanche. Em todo este tempo, como uma constante, as respostas das próprias instituições, sejam do STF e do Legislativo tem sido: “As instituições estão funcionando”.

Retomando uma distinção de Louis Althusser entre aparelhos repressivos e aparelhos ideológicos de Estado²⁶¹, pois enquanto na versão clássica do golpe a dimensão repressiva do aparato estatal sobressai, na versão atual prevalece a dimensão ideológica de agentes estatais e de atores da sociedade civil. Sendo assim, se antes os protagonistas do golpe eram especialistas em uso da força (os militares) agora são especialistas no uso do Direito, do discurso das leis ou do discurso jurídico num tempo em que a política como campo de proposição de alternativas tem sido combatida e atacada.

²⁵⁹ Doutora em Ciências Sociais (UFBA); Mestra em Direito (UNB); Professora da UFBA.

²⁶⁰ Mestre em Direito (UNB); Doutorando em Geografia (UFBA); Professor da UNEB.

²⁶¹ ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado**, Trad. Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros Castro. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

Numa perspectiva constitucionalista em certos aspectos, a versão atual do golpe talvez seja mais grave do que a clássica, pois a atual envolve uma escamoteação ideológica que, pretensamente, e em nome da constituição, distorce, corrói, erode a própria Constituição. Nesta perspectiva, vivemos em 2016 um golpe de Estado não no sentido clássico da expressão, mas um golpe parlamentar, judicial e midiático onde o direito como ideologia assume posição central.

Outra perspectiva pode ser traduzida na entrevista do juiz Marcelo Bretas, 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, quando este afirma que “a Justiça tem que ser temida”²⁶². Neste sentido, pôr as instituições em funcionamento é impor medo à sociedade, reforçando a tradição hobbesiana. O próprio Hobbes apresenta seu irmão gêmeo: o medo. A frase é do próprio contratualista, segundo o qual “minha mãe pariu gêmeos, eu e o medo.”²⁶³. Lênio Streck²⁶⁴ se pergunta “A questão é saber as razões pelas quais um juiz, agente político do Estado, pense dessa maneira. Qual é o papel das instituições? Colocar medo nas pessoas? Já não há medo suficiente?” Em nome da exposição maior ao medo como forma de governança chegamos do ponto de vista judicial a diversas justificativas para que as violações da Constituição passem a ser a regra como: “ponto fora da curva”, “matar no peito” qualquer decisão contrária ao ordenamento constitucional, ou “porque a literatura jurídica me permite”. É preciso voltar o olhar às estruturas numa sociedade capitalista e ao processo histórico para compreender que muitas destas “aberrações”, são todas absolutamente funcionais.²⁶⁵

No dia 01 de abril de 2016, a Presidenta Dilma Rousseff, em Cerimônia no Palácio do Planalto, assinou os últimos decretos de reforma agrária e regularização fundiária de territórios quilombolas sob as manifestações dos movimento: “reforma agrária é a solução para o País” e “a forma de enfrentar a bancada da bala contra o golpe é ocupar as propriedades, as fazendas”. Nesta perspectiva dialética da luta social compreende-se que o que definirá a interpretação da história neste caso “se foi golpe” é a capacidade de resistência (princípio da efetividade) pois, que até aqui mesmo com a

²⁶² O GLOBO, ‘Justiça tem que ser temida’, diz Marcelo Bretas: juiz defende manutenção de prisão após análise de segunda instância. Marco Grillo 04 de janeiro de 2018. Disponível em <https://oglobo.globo.com/brasil/justica-tem-que-ser-temida-diz-marcelo-bretas-22257178>.

²⁶³ RIBEIRO, Renato Janine. **Medo e esperança em Hobbes**. In: NOVAES, Adauto (org). **A crise do Estado-nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 140.

²⁶⁴ STRECK, Lênio. **O juiz Marcelo Bretas tem razão: a Justiça nos dá medo! Mas fracassamos?**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jan-08/streck-bretas-razao-justica-medo-fracassamos>, 2018.

²⁶⁵ DULTRA, Rogério. **Temos um Judiciário Lava-Jato?** Uma resposta a Lênio Streck. Disponível em <https://jornalggn.com.br/artigos/temos-um-judiciario-lava-jato-uma-resposta-a-lenio-streck-por-rogerio-dultra/>, 10 de janeiro de 2018.

Constituição de 1988²⁶⁶ reconhecendo anistia aos atos de exceção, firma-se o debate dentro das instituições (inclusive do Poder Judiciário) se em 1964 houve golpe, movimento ou revolução, e os militares estão ainda disputando a interpretação da história. É certo que os militares eram especialistas em força, e agora o Golpe é dado pelos especialistas em Constituição, em leis, ou seja, o sistema de justiça protagoniza o processo. Sendo assim, o desafio também é refletir sobre o Direito.

Como vimos nesta breve introdução “A maior dificuldade, numa apresentação do Direito, não será mostrar o que ele é, mas dissolver as imagens falsas ou distorcidas que muita gente aceita como retrato fiel”²⁶⁷, como identificar direito e lei e colocar para fora do direito a questão da justiça. A grande contribuição da dialética é abrir um caminho para inserir o direito na luta de classes e capturá-lo no estudo das contradições e conflitos. Ao inserir o direito no processo histórico pode-se fazer uma crítica do presente pelo futuro, e não somente pelo passado, analisando o movimento, o processo e a superação das contradições do presente, tal como assinalou o filósofo marxista alemão Ernst Bloch no “Princípio Esperança”, com a descoberta do ainda-não-consciente como classe de consciência do novo.²⁶⁸

Quando o Brasil chegou a 5 mil mortos por coronavírus o Presidente da República, ao ser questionado, responde “E daí?”²⁶⁹. Pode-se fixar aqui que o “E daí?” é a resposta plausível para um governo que representa de modo eficiente, para usar um conceito da análise econômica do direito, os parasitas – mercado financeiro e empresários - pois nada se compara ao parasita brasileiro, como afirma em recente artigo Ladislau Dowbor. Este autor nos explica uma coisa óbvia: nosso problema não é falta de dinheiro, pois se o Brasil tem um PIB de 6,8 trilhões de reais e uma população de 210 milhões, o que produzimos hoje representa 11 mil reais por mês por família de quatro pessoas. Com o que produzimos hoje, se formos em busca de uma desigualdade menos obscena, dá para todos viverem de maneira digna e confortável. Para o autor

²⁶⁶ ADCT “ATOS DE EXCEÇÃO” Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos. (Regulamento)

²⁶⁷ LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 7)

²⁶⁸ BLOCH, Ernst. **Princípio Esperança**, 2005, p. 17

²⁶⁹ 'E daí? Lamento. Quer que eu faça o quê?', diz Bolsonaro sobre mortes por coronavírus; 'Sou Messias, mas não faço milagre'. Nesta terça-feira, Brasil somou 5.017 mortes por Covid-19, segundo os números oficiais, e superou o total de mortos da China, país de origem da pandemia de coronavírus. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/28/e-dai-lamento-quer-que-eu-faca-o-que-diz-bolsonaro-sobre-mortes-por-coronavirus-no-brasil.ghtml>

então “Nosso problema não é **pobreza**, e sim desgoverno. Ou, para dizê-lo de maneira hoje atualizada, é falta de governança, de fazer o conjunto funcionar.”²⁷⁰

Na esteira deste autor constata-se que calculando o quanto se tira da capacidade de compra das famílias por meio do absurdo nível de juros sobre o cheque especial, do rotativo do cartão, dos crediários e do empréstimo bancário, somando os juros sobre os créditos concedidos às empresas, chegamos a 1 trilhão de reais. São 15% do PIB esterilizados, transformados em lucros financeiros. Acrescentem a isso os R\$ 300 a R\$ 400 bilhões transferidos para os que aplicam as suas fortunas em **títulos da dívida pública**, e chegamos a 20% do PIB, alimentando fortunas. Em 2018 o Estado foi desfalcado em R\$ 320 bilhões. São lucros e dividendos que, uma vez distribuídos, desde 1995 sequer pagam impostos. É um dreno poderoso.²⁷¹

Pode-se afirmar que as instituições estão funcionando para manutenção da ordem capitalista? Na PANDEMIA, vemos diversos movimentos do Estado para criação de mais valor para a burguesia com medidas como: transferência de recursos para empresas e bancos permissão de redução de salário - com a criação de uma massa ainda maior de desempregados – pois não exige, quando repassa recursos públicos, (por meio de crédito ou não cobrança de impostos) uma contrapartida de não demissão de trabalhadores.

Por outro lado, busca-se garantir a contenção da revolta social pela garantia não da vida, mas do combate à fome. Pode-se apontar uma conformação inconstitucional de direito à assistência social, sem parâmetros sistêmicos, ordenados para defender a infância e adolescência (quase 60 milhões), pois o valor do auxílio emergencial sequer alcança o valor do salário mínimo e mesmo assim só foi concedido à metade das pessoas que solicitaram. Além disso a falta de acesso à informação e condições de acesso ao auxílio emergencial de R\$ 600,00 aos que não tem CPF regular, acesso à internet e aos Bancos impediu que muitos fizessem o pedido. Lembra-se que após 2 meses de quarentena 97 milhões pediram auxílio emergencial, 50 milhões receberam, o governo admite que 70 milhões precisam do auxílio, sendo que a PEA, a população economicamente ativa, é de 172 milhões.

Pode-se questionar: qual a relação conceitual lógica entre o básico, o mínimo e o emergencial? A renda é “básica”²⁷², o salário é “mínimo” previsto na Constituição

²⁷⁰ DOWBOR, Ladislau. Nada se compara ao parasita brasileiro. Disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596626-nada-se-compara-ao-parasita-brasileiro>, em 28 de fevereiro de 2020.

²⁷¹ DOWBOR, Ladislau. Nada se compara ao parasita brasileiro. Disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596626-nada-se-compara-ao-parasita-brasileiro>, em 28 de fevereiro de 2020.

²⁷² BRASIL, Lei 10.836/2004, lei do bolsa família. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.836.htm)

Federal e o auxílio é “emergencial” aprovado em lei recente.²⁷³ Por quais razões o básico e emergencial podem ser menores que o mínimo? Por quais razões as crianças e adolescentes não tem renda prevista para eles se perderam o direito à alimentação escolar previsto em Lei?²⁷⁴ Por que o valor é o mesmo para mulheres mães com apenas 01 filho e com muitos filhos? Como afirmar em meio à produção ativa e acelerada do desemprego, perda de renda e fome de crianças e adolescentes que as instituições estão funcionando?

SOBRE AS FORMAS DE GOVERNANÇA NA CRISE DO COVID-19

Retomamos a afirmação de Ladislau Dowbor acerca do “desgoverno” ou da falta de “governança” no Brasil para direcionarmos a nossa reflexão, neste tópico, sobre a relação dos governantes com a crise sanitária. Partimos de duas questões que nos parecem emergir da conjuntura em curso, além de outras já colocadas: 1) Como os gestores públicos se comportam diante da crise sanitária? 2) Em que medida eventuais propostas de superação da crise decorrem de iniciativas das instituições estatais e de seus parceiros empresariais?

A situação é complexa, de modo que seria por demais pretencioso tentarmos apontar respostas a contento neste ensaio, considerando as limitações que lhe são próprias. Tentaremos primeiro identificar como o Brasil (ou o governo brasileiro) se situa na geopolítica em escala global; segundo, tentar entender como as relações externas do governo brasileiro interferem na governança da crise sanitária na escala local ou nacional, considerando que, em termos político-jurídicos adotamos o sistema federativo, com autonomia de cada ente nos limites de suas competências delimitadas pela Constituição Federal e, por fim, tentar identificar caminhos possíveis de superação da crise, não só durante a sua fase aguda, mas sobretudo no pós-pandemia, orientados pelo princípio esperança e na capacidade de expressar o direito como legítima organização social da liberdade como nos ensina o “Direito Achado na Rua”.

A notícia do surgimento e disseminação do Coronavírus ao redor do mundo global causou perplexidade e, na medida em que os esclarecimentos da Organização Mundial da Saúde (OMS) e de diversos profissionais ligados a centros de pesquisa da área da biomedicina chegaram ao conhecimento da sociedade em geral, multiplicaram-

²⁷³ BRASIL, LEI Nº 13.982, DE 2 DE ABRIL DE 2020). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13982.htm). Lembramos que PL aguardando para ser sancionado que **amplia o direito ao auxílio emergencial para outras categorias. PL837/2020 aguarda sanção presidencial** <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8076745&ts=1587676793255&disposition=inline>

²⁷⁴ A alimentação escolar é um direito constitucional, garantido pelo art. 208 da Constituição Federal, e no Capítulo III, Art. 4º da Lei de Diretrizes e Bases LDB/9394/96, que determina: “O dever do estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] VII – atendimento ao educando, no Ensino Fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde”

se as reações dos mais diversos setores, com destaque para os representantes das Nações. De um lado, aqueles que externaram a crença de que se trataria de um vírus que não colocaria em risco a vida humana em grande escala, chegando ao ponto de se afirmar que estávamos diante de uma “gripezinha”, como o fez o Presidente da República Federativa do Brasil, Jair Messias Bolsonaro. De outro lado, o medo, a insegurança e a incerteza passaram a se espalhar pelos mais diversos pontos do Planeta, não só porque o vírus coloca em risco a saúde e a vida humana, mas também por conta do aprofundamento da crise do sistema econômico predominante, com reflexos nas relações sociais.

No plano internacional, na medida do agravamento da crise sanitária, com aumento cada vez maior do número de testes positivos para o Covid-19, acompanhado do aumento do número de óbitos registrados no espaço e no tempo, considerando neste último caso as frações de dias, horas e até mesmo de minutos, podemos, a grosso modo, identificar dois tipos de reação. De um lado, a reação dos governantes que entenderam o recado da OMS e passaram a adotar medidas sanitárias rigorosas com vistas a salvar as vidas humanas ou, ao menos, reduzir ao menor número possível as perdas humanas, muito embora, em sua maioria, corresponsáveis pelo desmanche dos serviços público, na medida em que planejam e implantam o projeto neoliberal genocida. Essas medidas sanitárias têm produzido êxito nos espaços cujos governantes enfrentaram o problema de forma coordenada, muito embora depois de produzir números acentuados, como ocorreu em alguns países da Europa como a Itália, a Espanha e a Inglaterra.

De outro lado, governantes que colocaram o mercado no primeiro plano, mesmo diante do crescimento exponencial dos números de infectados e de óbitos em decorrência do Covid-19. Para este bloco de governantes a economia não pode ser prejudicada pela quarentena. Deste modo, trata o Covid-19 como uma “gripezinha” e incita a classe trabalhadora a ir ao trabalho, mesmo diante do risco de perder a própria vida e colocar também em risco a vida de outras pessoas, parentes ou não.²⁷⁵ Neste bloco de governantes se filia o Presidente Jair Bolsonaro, em evidente pacto subserviente com o governo de Donald Trump, dos Estados Unidos da América.

A relação de subserviência do governo brasileiro com os EUA produz graves consequências na governança da pandemia no plano interno. As tensões têm sido permanentes, tanto na relação do governo federal com os governos estaduais e municipais quanto na relação com os demais Poderes da República (o Judiciário e o Legislativo). Enquanto a maioria dos governantes estaduais e municipais adotam

²⁷⁵ Na data de fechamento deste ensaio o Brasil registra mais de 39 mil mortos por Covid-19 e 775 mil casos testados positivos, conforme dados divulgados pelo consórcio de imprensa. Referido consórcio contabiliza os dados divulgados pelas secretarias dos Estados membros da Federação, após o Ministério da Saúde alterar o critério de divulgação dos resultados, muito embora já em processamento de retorno, por determinação judicial. G1, <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/06/10/brasil-tem-1300-mortes-por-coronavirus-em-24-horas-revela-consorcio-de-veiculos-de-imprensa-sao-39797-no-total.ghtml>

medidas de minimização dos efeitos da pandemia, decretando medidas de contenção da circulação e aglomeração de pessoas, além de outras medidas de estruturação emergencial dos serviços públicos, vinculados ao Sistema Único de Saúde (SUS), o Presidente da República firma pacto com setores da classe empresarial para flexibilizar as medidas sanitárias, chegando ao ponto de se reunir com um número considerável de grandes empresários para pressionar o Supremo Tribunal Federal, como aconteceu numa recente e divulgada visita ao gabinete do Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, sem agenda prévia e cuja reunião foi coordenada pelo Presidente da República, em clara ostentação de superioridade dos visitantes. Toda essa pressão aconteceu devido ao fato de Ministros do STF estarem acatando requerimentos dos governadores alinhados com as orientações sanitárias, tanto da OMS quanto dos demais profissionais da área da saúde.

Como já apontado, identificamos o medo como constitutivo do Estado Moderno. Para Hobbes, o indivíduo tem medo do outro, uma vez que este é considerado como potencialmente causador da morte violenta; tem medo da morte natural, uma vez que não se sabe o que vem depois dela; mas também tem medo do poder do Estado²⁷⁶. Muito embora o Estado seja dotado de uma força racionalizada coercitiva que impõe medo aos indivíduos, notamos que em certas situações os governantes também têm medo. Como assim?

Michel Foucault²⁷⁷, no conjunto de aulas que compõem o livro “Segurança, Território, Populações”, nos convida a pensar sobre isso. Na referida obra identificamos, em termos gerais, o século XVI como o grande divisor de águas ou a transição entre dois tipos de governo: 1) o “pastorado das almas” ou governo das almas, cuja grande referência é o império da Igreja; 2) o “governo político dos homens”, cujo comando passa a ser centrado na “razão de Estado”. Ora, esta transição é marcada por intensos conflitos, guerras, pilhagens, revoltas camponesas e, sobretudo, muita violência decorrente do sistema político-jurídico no processo de “cercamento”, com a expulsão das populações rurais de suas terras, como fica explicitado não só na citada obra de Foucault, mas sobretudo em Marx (2013), no importante capítulo 24 do livro I da obra “O Capital”, que trata da transição e da acumulação primitiva.

É neste contexto e, sobretudo entre os séculos XVIII e XIX que, na abordagem de Michel Foucault, a população emerge como “novo sujeito-objeto”, sob diferentes aspectos: demográficos, produtores e consumidores, proprietários e não proprietários, os que criam lucro e os que recolhem o lucro. Para este autor²⁷⁸,

²⁷⁶ RIBEIRO, Renato Janine. **Medo e esperança em Hobbes**. In: NOVAES, Adauto (org). **A crise do Estado-nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

²⁷⁷ FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977-1978). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

²⁷⁸ FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977-1978). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 100 e sgs.

o problema da população é, no fundo, o problema central de todo o pensamento da economia política até o próprio século XIX, prova-o a célebre oposição Malthus-Marx, porque, afinal de contas, onde está a linha que os divide a partir de um fundo ricardiano que é absolutamente comum a ambos? Está em que, para um, Malthus, o problema da população foi essencialmente pensado como um problema de bioeconomia, enquanto Marx tentou contornar o problema da população e descartar a própria noção de população, mas para voltar a encontrá-la sob a forma propriamente, não mais bioeconômica, mas histórico-política de classe, de enfrentamento de classes e de luta de classes.

Ora, como o governo vai se relacionar com esse novo sujeito político, ou seja, a população, agora traduzida não só como classe, mas também como raça, gênero, etc? Michel Foucault, nas três primeiras aulas que compõem a citada obra, identifica três fenômenos que se relacionam: a cidade ou a rua; a escassez de alimentos e a epidemia. A cidade é identificada como o mercado, o lugar da revolta, o foco de doenças e da morte. Sustenta que diante de acontecimentos como a escassez de alimentos, que pode levar ao flagelo e também diante de epidemia como a varíola, a relação do governo com a população é de medo da eventual revolta. Daí recorrer a dispositivos de segurança tais como: o sistema jurídico disciplinar, a limitação, o controle, o isolamento.²⁷⁹

Estes conceitos contribuem para compreensão da obscura conjuntura da pandemia, com mais de um brasileiro morrendo por minuto em decorrência da Covid-19. O que fazer? A crise econômica, que já estava em curso, se agudiza com a crise sanitária. O bloco no poder aprofunda o projeto neoliberal que teve início nos idos de 1990 com Collor de Mello e sequenciado com Fernando Henrique Cardoso (1990-2002), com um amplo processo de desestatização, chegando ao ponto de privatizar empresas do porte da Vale do Rio Doce a “preço de banana”. Este processo experimenta uma certa desaceleração com o denominado neo-desenvolvimentismo dos governos Lula e Dilma (2003-2016). Estes dois governos, que tiveram como uma de suas marcas a conciliação de classes, muito embora tenham se destacados pelas políticas sociais de distribuição de renda mínima e investimentos no âmbito da educação universitária, além de outros, não conseguiram realizar as reformas estruturais, a exemplo da reforma agrária.

A partir de 2016, com o golpe empresarial-midiático-parlamentar-judicial que redundou no impeachment da Presidenta Dilma Rousseff, retoma-se no Brasil o projeto neoliberal com Michel Temer, no ritmo da aceleração contemporânea, destroçando, de entrada, os direitos trabalhistas conquistados a duras penas e criando as condições para o processo de continuidade do projeto neoliberal desde a eleição de Jair Messias Bolsonaro em 2018, cujo governo é fundado na militarização dos órgãos administrativos do Estado, além de aprofundar o processo de desmanche dos direitos sociais inscritos no sistema normativo trabalhista e previdenciário, com atitudes

²⁷⁹ FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**: curso dado no Collège de France (1977-1978). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

perversas na pauta do campo, seja no âmbito da reforma agrária que foi retirada de pauta, passando pelo aprofundamento do racismo estrutural na relação com as comunidades tradicionais, sobretudo as quilombolas e os povos indígenas. Com a pandemia, identifica-se a necropolítica²⁸⁰ como uma das marcas fundamentais do governo em exercício. Neste sentido há que se reconhecer o funcionamento das instituições como necropoder. Celso Fávero²⁸¹, em debate realizado no ambiente virtual com sujeitos sociais diversos da periferia de Salvador, identifica uma “guerra de posições” com o bloco no poder. Referindo-se à situação de fronteira, diz Fávero que “do outro lado do muro muita coisa está acontecendo” e aponta a necessidade de perceber a reorganização do sistema de dominação, e podemos apontar o reposicionamento do lugar social do direito.

Diante deste quadro e, na eventualidade da manutenção do bloco no poder em exercício, e/ou mesmo com eventual alteração em curto ou médio prazo, pensamos que eventuais iniciativas de superação da crise em curso não virão do Estado, cuja governança é direcionada para a salvaguarda do capital, seja na sua forma do sistema financeiro, seja na sua forma empresarial, sobretudo do agronegócio que produz commodities para abastecer ao centro do sistema capitalista de produção. Entendemos, no entanto, que há possibilidades em construção. Estas possibilidades vêm dos Movimentos Sociais que já se organizam e chegam com ações de solidariedade para acudir os desvalidos pela fome em plena pandemia, mostrando para o País que há outras formas possíveis de governança. Destacamos, a título de exemplo, a “Teia dos Povos”²⁸² que se constitui como uma articulação dos diversos Movimentos Sociais e que se pauta por princípios como a produção agroecológica no campo e nas periferias das cidades, assim como o cuidado do outro. Destacamos também as ações do Movimento dos Pequenos Agricultores (MPA) e do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), que se organizam e intensificam o processo de produção e distribuição de alimentos produzidos pela agricultura camponesa que se organiza de forma diferente do

²⁸⁰ MBEMBE Achille, **Necropolítica**: Biopoder, Soberania, Estado e exceção, política de morte. Traduzido por Renata Santini, São Paulo: n-1 edições, 2018. Segundo o autor “Este ensaio pressupõe que a expressão máxima da soberania reside, em grande medida, no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer. Por isso, matar ou deixar viver constituem os limites da soberania, seus atributos fundamentais. Ser soberano é exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implantação e manifestação do poder.”, p. 5.

²⁸¹ Celso Fávero Doutor (PhD) em Sociologia pela Université du Québec à Montréal (Canadá), com Mestrado em Ciências Sociais pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) É Professor Pleno e Pesquisador no Departamento de Ciências Humanas do Campus I (Salvador), da Universidade do Estado da Bahia (UNEB).

²⁸² Cfr em <http://teiadospovos.com.br/>. A **Teia Agroecológica** dos Povos foi criada a partir dos diálogos continuados da **I Jornada de Agroecologia da Bahia**, realizada em 2012, no **Assentamento Terra Vista**. Em formato de rede, ela tem o papel de traçar a agenda de ações anuais que auxiliam no desenvolvimento, empoderamento e emancipação das comunidades e elos que a integram. Participam e constroem a Teia assentados(as), quilombolas, indígenas, mestres de tradição oral, camponeses(as), estudantes, pesquisadores, educadores, crianças, juventude do campo e urbana.

agronegócio, mergulhados na contradição como um dos traços fundamentais das relações sociais.

Por fim, na linha da nossa compreensão de que a superação vem dos Movimentos Sociais, sintetizamos o “Plano Emergencial de Reforma Agrária Popular: por trabalho, alimentação, moradia e vida digna” lançado pelo MST (2020) no dia 05 de junho de 2020. O plano tem por objetivo promover a criação de empregos, produzir alimentos para o povo e garantir renda para as famílias. O plano tem como motivação a conjuntura de pandemia, que expôs as diversas contradições do capital, conforme sustenta Kelli Mafort, da Coordenação Nacional do MST, em entrevista concedida à página deste movimento.²⁸³

Mafort expõe o processo de construção do Plano, partindo da posição do Brasil entre os 20 países mais desiguais do mundo, com o agravamento da situação dos trabalhadores em decorrência do aprofundamento da crise e da Reforma Trabalhista que piora a situação de precarização dos direitos sociais; resgata pesquisa recente da ONU que projeta o ingresso de 500 milhões de pessoas a mais na extrema pobreza, somas aos que já se encontram em situação de falta de alimentação, água potável, imigrações forçadas que atingem a cifra de um bilhão. Sustenta que a pandemia, como já dissemos, expõe a crise socioeconômica e ambiental do sistema capitalista de produção.

O Plano Emergencial resgata a proposta de Reforma Agrária Popular como lema do 6º Congresso do MST, realizado em Brasília no ano de 2014 e considera a situação de emergência decorrente da pandemia, surgindo a necessidade de combater ao mesmo tempo o vírus e a fome. “Os trabalhadores Sem Terra entendem que nós estamos numa condição de luta em defesa da vida, nós convivemos em um sistema que nos mata de várias formas e estas diferentes formas tem a ver com esta característica também de crise do capital”, arremata Mafort²⁸⁴.

Conforme argumenta Mafort, a construção do Plano Emergencial contou com a participação de diversos sujeitos sociais tais como os povos do campo, das águas e das florestas, a Via Campesina, o setor unitário do sindicalismo rural, dos trabalhadores assalariados, pescadores, mulheres camponesas, indígenas e quilombolas.

²⁸³ MST, Kelli Marfort em entrevista a Fernanda Alcântara. Plano Emergencial de Reforma Agrária Popular: por trabalho, alimentação, moradia e vida digna Em entrevista exclusiva, Kelli Mafort. em 06 de junho de 2020. Disponível em <https://mst.org.br/2020/06/04/plano-emergencial-de-reforma-agraria-por-trabalho-alimentacao-moradia-e-vida-digna/>, 2020.

²⁸⁴ MST, Kelli Marfort em entrevista a Fernanda Alcântara. **Plano Emergencial de Reforma Agrária Popular**: por trabalho, alimentação, moradia e vida digna Em entrevista exclusiva, Kelli Mafort. em 06 de junho de 2020. Disponível em <https://mst.org.br/2020/06/04/plano-emergencial-de-reforma-agraria-por-trabalho-alimentacao-moradia-e-vida-digna/>, 2020.

Este Plano Emergencial²⁸⁵ destaca a Reforma Agrária e é estruturado em quatro pilares fundamentais:

1 Terra e trabalho. Parte da cobrança do uso dos 65 milhões de hectares de terras públicas da União para reforma agrária. O governo tenta transferir toda esta terra para o patrimônio privado de grileiros, madeireiros e latifundiários, buscando legitimar o propósito através busca de aprovação do Projeto de Lei 2633/2020 em plena pandemia do Covid-19. O MST aponta também a existência de 6 milhões de hectares de terras de 729 empresas que têm dívidas fiscais com a União no montante de 200 bilhões de reais. Propõe a cobrança imediata das dívidas e que as terras sejam transferidas para a União, devendo ser usadas para assentamento de famílias Sem Terra. Defende também a realização de assentamentos em áreas com módulos fiscais menores nas proximidades das grandes cidades, de modo que atenda às famílias que vivem nas periferias. Por fim, defende a suspensão imediata dos despejos durante a pandemia, visto que as famílias acampadas não têm moradia e, caso despejadas dos seus barrados, não têm como cumprir as medidas sanitárias.

2 Produção de alimentos saudáveis. Defende a retomada emergencial do Programa de Aquisição de Alimento (PAA); que seja assegurado durante a pandemia o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE); liberação de recursos para um plano nacional de agroecologia, com o intuito de produzir alimentos de qualidade e sem agrotóxicos, assim como o incentivo da implantação de hortas urbanas agroecológicas; linha de crédito especial desburocratizada para a agricultura familiar, desvinculada da DAP (Declaração de Aptidão ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF).

3 Proteger a natureza, a água e a biodiversidade. Consiste na defesa do zelo pelos bens naturais; incentivo ao plantio de árvores e a proliferação de agroflorestas.

4. Condições de vida digna no campo. Pleiteia moradia digna, inclusive como forma de incentivo à permanência dos jovens; assistência às crianças das escolas do campo; renovação do PRONERA (Programa Nacional de Educação na Reforma Agrária) e do Fundeb (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica); enfrentamento da questão da violência doméstica, incluindo crianças, adolescentes, mulheres, idosos, LGBT; fortalecimento e ampliação do Sistema Único de Saúde (SUS) no campo, especialmente as equipes de saúde da família.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

²⁸⁵ MST, Kelli Marfort em entrevista a Fernanda Alcântara. **Plano Emergencial de Reforma Agrária Popular**: por trabalho, alimentação, moradia e vida digna Em entrevista exclusiva, Kelli Marfort. em 06 de junho de 2020. Disponível em <https://mst.org.br/2020/06/04/plano-emergencial-de-reforma-agraria-por-trabalho-alimentacao-moradia-e-vida-digna/>, 2020.

O que parece singular na situação brasileira atual? As iniciativas políticas que negam a PANDEMIA e seus riscos pertencem a forças conservadoras e autoritárias, seja no âmbito do Estado seja nas ruas. As ações não só menosprezam preceitos constitucionais como objetivam reativar componentes do sistema repressor e letal da força de trabalho, que foi um elemento estruturante da sociedade colonial e escravista, aquilo que se atualiza como necropoder. O que estamos assistindo é a intensificação das condições para aumento do uso repressivo²⁸⁶ da força de trabalho e da concentração de terra. Se o Estado é um campo de forças em que projetos e posições se confrontam, com a eleição de Bolsonaro e aprofundamento da crise com a pandemia COVID-19 a balança está pendendo cada vez mais para o lado das forças dominantes, e as prerrogativas e margens de disputa dos trabalhadores, camponeses, indígenas, quilombolas foram-se tornando cada vez mais estreitas. Mas se reinventam e mostram eficácia e organização nacional.

Em recente texto denominado a “A cruel pedagogia do Vírus”, Boaventura de Sousa Santos nos convida a pensar quais potenciais estão sendo levantados durante a pandemia, mas, principalmente, como o sistema econômico vigente é ineficaz perante a crise, como a escandalosa concentração de riqueza e desigualdade social se apresentam na quarentena do Sul. O sociólogo discute quais os grupos já vulnerabilizados estão ainda mais expostos em tempos de distanciamento social e afirma que esses vivem uma “quarentena permanente”. Nas palavras do autor, referindo-se à população pobre (maioria da população Brasileira também população negra) “[...]. dadas as condições de habitação, poderão cumprir as regras de prevenção recomendadas pela OMS? Poderão manter a distância interpessoal nos espaços exíguos de habitação onde a privacidade é quase impossível? Poderão lavar as mãos com frequência quando a pouca água disponível tem de ser poupada para beber e cozinhar?” (SANTOS, 2020, p. 18).

Quase sempre estamos filiados a uma tradição de pensamento com consciência ou não. A partir desta tradição formulamos problemas e respostas a estes. Os problemas envolvem sempre um sujeito: um para quem e um objetivo um “para que”. Em parte, a tradição constitucionalista está às voltas tentando explicar o que ocorre, ou melhor, explicar por que as instituições não estão funcionando. Processos de transformação não são lineares. Há um reposicionamento do lugar social do direito. O "clima de cordialidade" foi rompido e não há mais uma necessidade de retórica constitucional para abarcar as reivindicações dos empresários de que o Estado sancione e até recompense as relações de trabalho praticadas pelos empregadores e rompendo todos os limites legais de acesso privado a terras públicas no Brasil. Podemos dizer que para este campo constitucional que nesta sua compreensão moderna e liberal de democracia há um processo de desdemocratização pela fragilidade da soberania popular (participação

²⁸⁶ ESTERCI, Neide. **Escravos da desigualdade**: um estudo sobre o uso repressivo da força de trabalho hoje [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008.

política e formação da vontade geral), ou ataque aos direitos humanos, como direitos fundamentais).

A tradição marxista pode nos levar a perguntar no nosso capitalismo periférico dependente: o vírus é democrático? Quem tem direito à vida na crise do coronavírus? As pandemias não matam indiscriminadamente.

O nosso empreendimento se apresenta sob o signo da criação do novo, sem explorar mitos, petrificar relações sociais, desarmar os conflitos de uma sociedade patriarcal, ou expulsar tudo que dê sinal de autonomia e criatividade. Temos apenas por hipótese que nos mantivemos enclausurados – dogmáticos – por não conseguir romper com duas anistias – de senhores de escravos e dos militares. Para garantir uma sociedade dos 1% de ricos e um Estado gerido para 20% em sua maioria homens brancos e proprietários. Bloquearam-se os efeitos jurídicos dos atos de fim da escravidão e reconhecimento dos negros escravizados como sujeitos de direito. Carlos Hasenbalg²⁸⁷ analisa a evolução das desigualdades raciais brasileiras através de dados dos censos de 1940 e 1950 além de dados de survey da pesquisa Representação e Desenvolvimento no Brasil, realizada em 1972 e 1973, que lhe permitiu fazer um estudo de mobilidade intergeracional e intrageracional demonstrando um “ciclo de desvantagens cumulativas” para os não brancos. Estas vantagens cumulativas serão visíveis pelo número de brancos e negros que vão morrer na pandemia. Bloquearam-se os efeitos jurídicos do fim da ditadura – com novo desenho institucional para relação Estado – Sociedade Civil – sem desmilitarização das polícias, sem auditoria da dívida pública contraída na ditadura.

Ao não desbloquear de uma vez por todas os efeitos jurídicos que passam pela distribuição mais justa da terra, produção de riqueza pelo trabalho e do conhecimento e cultura, e apostar numa ampliação do estado policial e direito penal do inimigo, sujeitaremos indivíduos e grupos, sem finalmente conseguir nada melhor do que apodrecer os laços de sociabilidade e construir uma imensa rede de coerção, que em nada contribuem para conter a pandemia. O Leviatã não bloqueará o vírus, mas poderá bloquear nosso horizonte por um longo tempo. A democracia carrega dentro dela a potência adversa do Estado autoritário (Claude Lefort – A invenção Democrática²⁸⁸) – que já opera nas periferias como estado policial, operou em junho de 2013 com as

²⁸⁷ LIMA, Márcia. **Discriminação e desigualdades raciais no Brasil**: obra de Carlos Hasenbalg quarenta anos depois) <https://www.geledes.org.br/discriminacao-e-desigualdades-raciais-no-brasil-obra-de-carlos-hasenbalg-quarenta-anos-depois/>

²⁸⁸ LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária, São Paulo: Brasiliense, 1983

prisões políticas, a prisão ilegal de Rafael Braga²⁸⁹ por ser morador de rua e portar pinho Sol.

Nos nossos dias os protestos provenientes da rua que negam a Pandemia, com apoio de instituições como a Presidência da República e seus ministros não podem vir a dar sentido a invenção democrática e no mesmo passo podem desaguar em fragilidades, fracassos e contradições de um tipo de Estado que num prazo curto justifique o sufocamento das liberdades. Ao situar as experiências do MST e seu plano de reforma agrária pretendemos situar a democracia como invenção, pois longe de ser a mera conservação de direitos, ou garantia de lei e ordem, é a criação ininterrupta de novos direitos, a reinstalação permanente do social e do político. Como criação de direitos como reconhecimento das divisões internas e das diferenças constitutivas do social e do político, a democracia abre para história a alteridade em toda a espessura do social, o reconhecimento do outro, da diferença e assim fica impedida de se petrificar.

REFERÊNCIAS

- ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado**, Trad. Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros Castro. Rio de Janeiro: Graal, 1985.
- BLOCH, Ernst. **O Princípio Esperança**. (1959), vol. I (Tradução de Nélio Shneider). Rio de Janeiro: Contraponto/Ed. UERJ, 2005.
- BRASIL, **Lei 10.836/2004** (Lei do bolsa família). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.836.htm). Acessado em 30 de maio de 2020.
- G1, Brasil tem 1.300 mortes por coronavírus em 24 horas, revela consórcio de veículos de imprensa; são 39.797 no total: Levantamento feito por jornalistas de G1, O Globo, Extra, Estadão, Folha e UOL junto às secretarias estaduais de Saúde mostra ainda que houve 33.100 novos casos de Covid-19 em um dia; são 775.184 no total, em 10 de junho de 2020. Disponível em <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/06/10/brasil-tem-1300-mortes-por-coronavirus-em-24-horas-revela-consorcio-de-veiculos-de-imprensa-sao-39797-no-total.ghtml>. Acessado em 06 de junho 2020.
- GELEDES. Quem é Rafael Braga Vieira, o único preso por crime relacionado a protestos no Brasil. Ele portava Pinho Sol. Disponível em <https://www.geledes.org.br/quem-e-rafael-braga-vieira-o-unico-preso-por-crime-relacionado-protestos-brasil-ele-portava-pinho-sol/>, em 22 de junho de 2014.
- DULTRA, Rogério. **Temos um Judiciário Lava-Jato?** Uma resposta a Lênio Streck. Disponível em <https://jornalggn.com.br/artigos/temos-um-judiciario-lava-jato-uma-resposta-a-lenio-streck-por-rogerio-dultra/>, 10 de janeiro de 2018.

²⁸⁹ GELEDES. Quem é Rafael Braga Vieira, o único preso por crime relacionado a protestos no Brasil. Ele portava Pinho Sol. Disponível em <https://www.geledes.org.br/quem-e-rafael-braga-vieira-o-unico-preso-por-crime-relacionado-protestos-brasil-ele-portava-pinho-sol/>, em 22 de junho de 2014.

- DOWBOR, Ladislau. **Nada se compara ao parasita brasileiro**. Disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596626-nada-se-compara-ao-parasita-brasileiro>, em 28 de fevereiro de 2020.
- ESTERCI, Neide. **Escravos da desigualdade**: um estudo sobre o uso repressivo da força de trabalho hoje [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008.
- FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária, São Paulo: Brasiliense, 1983.
- LIMA, Márcia. **Discriminação e desigualdades raciais no Brasil**: obra de Carlos Hasenbalg quarenta anos depois) <https://www.geledes.org.br/discriminacao-e-desigualdades-raciais-no-brasil-obra-de-carlos-hasenbalg-quarenta-anos-depois/>
- LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Editora Brasiliense, Coleção Primeiros Passos, 1982.
- MARX, Karl. **O capital**: a crítica da economia política: livro I: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2013.
- MBEMBE Achille, **Necropolítica**: Biopoder, Soberania, Estado e exceção, política de morte. Traduzido por Renata Santini, São Paulo: n-1 edições, 2018.
- MST – Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra. **Plano Emergencial de Reforma Agrária Popular**: por trabalho, alimentação, moradia e vida digna. <https://mst.org.br/2020/06/04/plano-emergencial-de-reforma-agraria-por-trabalho-alimentacao-moradia-e-vida-digna/>. Acesso em 06/06/2020.
- RIBEIRO, Renato Janine. **Medo e esperança em Hobbes**. In: NOVAES, Adauto (org). **A crise do Estado-nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 137-165.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. Coimbra: Edições Almedina, 2020.
- STRECK, Lênio. **O juiz Marcelo Bretas tem razão**: a Justiça nos dá medo! Mas fracassamos?. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jan-08/streck-bretas-razao-justica-medo-fracassamos>, 2018

A VIOLENCIA CONTRA A MULHER EM TEMPOS DE PANDEMIA

“Há vários motivos para não se amar uma pessoa e um só para amá-la.”

(Carlos Drummond de Andrade).

Déa Carla Pereira Nery²⁹⁰

José Renato Oliva de Mattos Filho²⁹¹

RESUMO: artigo analisa os aspectos penais e criminológicos da violência contra a mulher no âmbito familiar, tecendo considerações da temática no cenário atual, sob os reflexos da pandemia e consequente isolamento social. Desta forma, aborda o bem jurídico protegido neste tipo criminal, concluindo pela necessidade de coibir este tipo de violência de gênero, através de medidas cautelares judiciais combinadas com medidas complementares, fundamentadas na Justiça Restaurativa, objetivando a preservação do ambiente familiar como uma comunidade de amor, liberdade, respeito mútuo e igualdade.

Palavras-chave: Violência contra a mulher. Reflexos da pandemia. Preservação do ambiente familiar. Justiça Restaurativa.

1. INTRODUÇÃO

Durante séculos a mulher foi mero objeto de posse, desejo e dominação dos homens. Esta situação começou a mudar no final do século passado, quando algumas inglesas da cidade de Londres fundaram os primeiros movimentos feministas, obtendo inclusive o direito ao voto.

Contudo isso não melhorou abruptamente a condição da mulher. Na África, existem costumes tribais horríveis, onde a mulher é submetida à mutilação genital em nome da fidelidade matrimonial, ao extirpar-lhe o clitóris (órgão feminino responsável pelo prazer sexual), apenas para que não sinta prazer e não traia o marido.

Entre as mulçumanas chiítas as coisas tampouco são boas para a mulher, que nasce prometida, não tem direito ao prazer sexual, tem que viver escondida e sair à rua somente em companhia de parentes homens.

²⁹⁰ Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica – SP - Brasil. Mestre em “Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminologia” pela Universidade Pablo de Olavide de Sevilla – Espanha. ddeacarla@hotmail.com.

²⁹¹ Especialista em Ciencias Criminales

Uma das formas mais comuns de violência contra as mulheres é a praticada por um marido ou por um parceiro íntimo. O fato das mulheres em geral estar emocionalmente envolvidas com quem as vitimiza, e depender economicamente deles, tem grandes implicações na esfera familiar.

A violência perpetrada por parceiros íntimos ocorre em todos os países, independente do grupo social, econômico, religioso e cultural. E apesar das mulheres poderem também ser violentas em suas relações com os homens, e, as vezes, também, encontramos violência em relações com casais do mesmo sexo, a grande carga de violência de gênero (masculino/feminino) recai sobre as mulheres, vítimas de agressões de seus parceiros (homens).

Numa relação íntima, a violência contra a mulher se refere a qualquer comportamento que cause dano físico, psicológico ou sexual. Este comportamento inclui: a) atos de agressão física (esbofetear, golpear, dar pontapés, pauladas, etc); b) abusos psicológicos (intimidação, constante desvalorização e humilhação); c) relações sexuais forçadas e outras formas de coação sexual; d) vários comportamentos controladores, tais como isolar a pessoa da sua família e amigos, monitorar seus movimentos e restringir seu acesso a informações ou assistência.

No I Congresso de Organizações Familiares, celebrado em Madrid, em dezembro de 1978, se definiu a violência na família como toda “ação ou omissão de um ou vários membros da família que dê lugar a tensões, abusos e outras situações similares entre os diferentes membros da mesma.

Entende-se por maus tratos à mulher aqueles que se produzem no âmbito doméstico, privado, equiparável a modelos de condutas e de comunicação próprios de uma relação assimétrica, não equitativa de dominação e em que o agressor tem uma relação de casal, conjugal ou não, com a vítima.

A criminalista espanhola Elena Larrauri em uma de suas obras, se refere a violência contra a mulher, produzida nos interiores de suas residências, informando que:

Los malos tratos domésticos, representan el ejercicio extremo de una autoridad que se considera legítima. Hay un mecanismo que justifica la utilización de esta violencia: la ideología de la superioridad masculina (con el correspondiente deber de obediencia femenina) que autoriza el ejercicio del derecho de corrección. Ello está amparado por mensajes positivos: en el ámbito doméstico de la representación del poder punitivo la ostenta el marido, y por mensajes negativos, auspiciados por la renuencia de los poderes públicos a intervenir en los espacios previamente definidos como privados.²⁹²

2. CRIMINALIZAÇÃO DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO DIREITO COMPARADO

²⁹² LARRAURI, Elena. Mujeres, derecho penal y criminología. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 1994, p.06.

Nas décadas de 1980 e 1990 aconteceram diversas formas legais relativas a violência contra a mulher. Nos últimos dez anos, por exemplo, vinte e quatro países da América Latina e do Caribe aprovaram legislação específica sobre violência doméstica. As reformas mais comuns envolvem a criminalização do abuso físico, sexual e psicológico praticado por companheiros íntimos, tanto por meio de novas leis sobre violência doméstica quanto por emendas aos Códigos Penais.

A mensagem subjacente a tal legislação é que a violência de gênero é um crime e não será tolerado na sociedade. Trazer essa mensagem para evidência também é uma forma de acabar com a ideia de que a violência é um assunto particular, de família. Além de introduzir novas leis ou expandir as leis existentes, alguns países emergentes experimentaram introduzir Tribunais Especiais de violência doméstica, capacitar a polícia, os agentes dos Tribunais e a Defensoria, assim como oferecer assessores especiais para ajudar a mulher à lutar através do sistema judicial criminal. Apesar de até agora ter ocorrido poucas avaliações rigorosas destas medidas, a recente revisão das intervenções em violência familiar, realizada pela Academia Nacional de Ciências dos Estados Unidos concluiu: “as evidências empíricas indicam que as unidades especializadas e as grandes reformas nos Departamentos de Polícia, nas Procuradorias e nos Tribunais especializados melhoram a experiência de crianças e mulheres vítimas de abuso”.²⁹³

A maioria dos países contemplam entre suas normas algum preceito específico para sancionar as condutas de violência doméstica. Desta forma, somente pode deduzir-se que os países têm consciência desta lamentável realidade social e que reconhecem a necessidade de dar uma resposta legal à mesma. Ainda que a violência doméstica seja um problema universal pode ser abordado de diversas maneiras. Enquanto alguns países (Alemanha, Portugal, Itália e Suíça) tenham incorporado a seus Códigos Penais o delito de violência contra a mulher, outros (geralmente os países latinoamericanos) precisam de um delito exposto em seus textos penais, elaborando uma lei que regula os distintos aspectos da violência doméstica. Definitivamente, as respostas que geralmente oferecem os diferentes ordenamentos jurídicos para sancionar as condutas de violência doméstica poderiam agrupar-se nestes dois: 1) Os sistemas jurídicos que incorporam a seus Códigos Penais um delito de violência contra a mulher. Esta é a resposta que, geralmente, oferecem os países europeus. 2) Os sistemas que elaboram uma lei expressa contra a violência doméstica contemplando seus distintos aspectos, ou seja, seus aspectos civis, processuais, etc. É a solução que, geralmente, oferecem os países latino-americanos.

Vejam a situação nos países abaixo descritos.

2.1. No Chile

²⁹³ KRUG, Etienne G.: Relatório Mundial sobre violência e saúde, Genebra, 2002.

Com a progressiva inserção que protagoniza o Estado Chileno no sistema internacional de direitos humanos no início da década de 1990, gera-se um movimento social, cultural e político que é capaz de posicionar o tema da violência doméstica como uma necessidade importante que deve ser atendida através de instrumentos legislativos. Neste estado de coisas e conforme as obrigações internacionais assumidas pelo Chile ao aprovar a Convenção Internacional para a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher e a Convenção Interamericana para prevenir, sancionar e erradicar a violência contra a mulher (de Belém do Pará) entra em vigência no ano de 2005 a Ley de Violencia Intrafamiliar nº 20.066, que sofreu algumas modificações em 2010. Focaliza a violência intrafamiliar, com o objetivo de punir, sancionar e erradicar esse tipo de violência. Os casos devem ser tratados pelos juizados da família e poderão receber medidas de proteção ou cautelares. Entre as penas está prevista a compensação dos prejuízos patrimoniais causados pelo autor do crime e o comparecimento frequente a unidade policial.

2.2. Na Colômbia

Colômbia quase sempre tem sido sensível ao tema em matéria legislativa e judicial. Sem embargo, uma maior ênfase na aparente proteção penal do núcleo familiar surge a partir da lei 74 de 1968, entre outras coisas orientadas à defesa da integridade familiar, com a tipificação sobressaliente do delito de falta de assistência familiar, em sua dupla conotação: falta de assistência moral e falta de assistência material do cônjuge e da prole. O amparo legislativo do seio familiar em forma específica não significa que a violência doméstico-familiar não exista. Pelo contrário, nos últimos tempos se tem intensificado consideravelmente a realização de comportamentos que afetam a celular familiar, em especial os delitos de “violência intrafamiliar” e aqueles contra a “assistência alimentar”.

Colômbia conta com um novo Estatuto Penal, a lei 599 do ano de 2000, que começou a vigorar em 25 de julho de 2001. A regulamentação pertinente está regulada em seu Título VI do Livro II (parte especial) e ocupa fundamentalmente os artigos 229 a 238.

Este é o texto referente à violência intrafamiliar, in verbis: “*Artículo 229 – Violencia intrafamiliar. El que maltrate física, síquica o sexualmente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, em prisión de uno a tres años.*”

2.3. No Equador

No Equador desde 1995 está vigorando a “Lei contra a violência à mulher e a família”, com um sistema híbrido civil-penal, pois há “demanda”, audiência

de conciliação e pagamento de danos e prejuízos, mas também com competência penal nos casos de violência física, psicológica ou sexual, com assistência policial e afastamento do domicílio.

O artigo 1º aduz: *“Fines de la ley – La presente Ley tiene por objeto proteger la integridad física, psíquica e la libertad sexual de la mujer y los miembros de su familia, mediante la prevención y la sanción de la violencia intrafamiliar y de los demás atentados contra sus derechos y los de su familia. Sus normas deben orientar las políticas del Estado y la comunidad sobre la materia”*

2.4. No Brasil

No ordenamento jurídico brasileiro existe lei específica abordando a temática da violência contra a mulher. Desta forma, a conduta esta disciplinada na Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que aduz no seu artigo 5º, o conceito de violência doméstica. Vejamos:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único: As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

No artigo 7º da Lei Maria da Penha menciona-se objetivamente as formas de violência contra a mulher que consistem na violência física, violência psicológica, violência sexual, a violência patrimonial e a violência moral. O artigo 7º aduz:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde /psicológica e à autodeterminação; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018)

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao

aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

3. A VIOLENCIA CONTRA A MULHER EM TEMPOS DE PANDEMIA

Para um melhor entendimento do cenário atual brasileiro, imperioso refletir que o delito deve ser analisado não somente como um fato individual, mas também como um fato social, pois associado ao fato individual, deve-se considerar outros fatores sociais, culturais, econômicos. Neste diapasão, menciona Muñoz Conde: “La criminalidad y la conducta desviada son manifestaciones del comportamiento humano que sólo pueden ser entendidas, valoradas y explicadas em relación com um determinado sistema social de convivência”.²⁹⁴

Aduzido este conceito preliminar, dentro do cenário atual da pandemia do coronavírus, e seu conseqüente isolamento social, percebe-se claramente que o fato individual do aumento da violência contra a mulher, está atrelado a fatores sociais, culturais e econômicos, que repercutem na convivência familiar.

De acordo com relatório da ONU (Organização das Nações Unidas), divulgado no dia 09/04/2020, existem informações nos diversos países de um acréscimo nos casos de violência doméstica, na média percentual de vinte e cinco por cento. Percebe-se que tais números demonstram os reflexos da pandemia e do isolamento social. Desta forma, as pessoas permanecem em suas casas, para evitar o aumento do risco da contaminação, e, por conseguinte, algumas mulheres passam a conviver em tempo integral com seus agressores. Também por conta deste isolamento, pode haver uma maior dificuldade das vítimas denunciarem, buscando auxílio dos órgãos responsáveis.

Segundo matéria informativa veiculada no site do Tribunal de Justiça do Acre, constatou-se um aumento de **26,6% na concessão de medidas protetivas de urgência neste Estado, demonstrando uma elevação nos índices de violência doméstica e familiar.**

Tendo em vista esta análise inicial, percebe-se com clareza que o problema da violência e da criminalidade está aumentando, em virtude de múltiplos fatores, tais como desigualdade social, desemprego, falta de controle de natalidade, tráfico de drogas, etc. Inclusive no atual cenário brasileiro, em virtude da pandemia, e

²⁹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. Introducción a la Criminología. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 397.

consequente isolamento social, apresentam-se percentuais crescentes de violência, praticados contra a mulher, por motivos insignificantes. Cada vez mais observamos uma elevação dos índices de violência, em virtude da crise resultante da pandemia, que afeta a saúde física e psicológica, e, concomitantemente, a economia, gerando desemprego, falência de microempresas, etc. Contudo mister ressaltar que o sistema penal não está apto a resolver tais demandas. Estamos sempre questionando a capacidade do Estado para responder com medidas oportunas e pertinentes ao crescimento da criminalidade. Portanto, é preciso buscar alternativas, inclusive nos cenários das famílias, ou seja, dissipando conflitos e violências, que resultam em condutas inadequadas ao sistema legal, muitas delas de caráter delituoso. Contudo, sempre que possível, quando as partes demonstrem interesse, deve-se buscar uma resposta “restaurativa”, ou seja, fazer algo melhor do que o Direito Penal, ao invés de fazer do Direito Penal algo melhor²⁹⁵.

Neste diapasão, seguindo os preceitos da Justiça Restaurativa, faz-se necessário a criação de grupos de mediação, formado por equipes multidisciplinares, viabilizando a pacificação de conflitos, prevenção de delitos, e a restauração dos relacionamentos, sempre quando for possível.

Diante das atuais demandas foi publicado no ano de 1976, a obra de Christie, que em seu artigo “Conflicts as Property”, argumenta a necessidade de estabelecer uma alternativa ao sistema penal tradicional que permita uma solução diferente em relação aos conflitos. Este trabalho teve consequências importantes que motivaram reformas legais na Noruega, país onde foi lançada a obra, bem como nos demais países do mundo, com o aparecimento do movimento de Justiça Restaurativa.

Este autor defendia em sua obra a idéia de uma alternativa, onde as partes em conflito, por elas mesmas, pudessem participar ativamente no processo, encontrando uma solução para os seus problemas. Ainda fortalecia a idéia de revitalizar a comunidade como instrumento de pacificação e participação cidadã nos conflitos comunitários²⁹⁶.

Em seguida, surgiram outros trabalhos, como “Retributive Justice, Restorative Justice, alternative justice paradigm” (1985), escrito por Zehr, onde é apresentado o modelo de Justiça Restaurativa como paradigma alternativo de Justiça, apresentando os benefícios para as vítimas, e para os delinquentes, pressupondo a admissão da responsabilidade do fato e a reparação do dano causado.

²⁹⁵ Concordamos e defendemos a ideia de Gustav Radbruch, que aduz: “Não temos que fazer do Direito Penal algo melhor, mas sim que fazer algo melhor do que o Direito Penal...”

²⁹⁶ SANTANA, Luis F. Gordillo. La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal. Iustel: Madrid, 2007, p.40.

A verdade é que o crime significa muito mais do que a vulneração à lei, ou seja, seu sentido abarca outras questões, tais como as lesões e prejuízos das vítimas, dos autores e da comunidade. Neste sentido, afirma Van Ness:

- La Justicia requiere que su energia se enfoque em la curación de las víctimas, los victimarios y la comunidad tras la lesión causada por la comisión del crimen.
- Las víctimas, los victimarios y la comunidad deberían darse una oportunidad para involucrarse activamente en el proceso de justicia tan pronto como fuera posible.
- Debemos repensar los relativos roles y responsabilidades de los gobiernos y la comunidad. Los gobiernos deben de ser responsables de preservar el justo orden y la comunidad de establecer la paz.
- Encuentro, reparación, reintegración y participación.²⁹⁷

A Justiça Restaurativa têm princípios e fundamentos que devem ser estudados, difundidos e regularmente fiscalizados na aplicabilidade deste novo paradigma, que deve ser difundido nas escolas e universidades, inclusive como política de prevenção à violência contra a mulher, com propostas de ações afirmativas na busca da igualdade de gênero, diminuição de conflitos, e restauração dos relacionamentos.

A Justiça Restaurativa propõe uma nova maneira de considerar a Justiça Penal. Consiste no processo que envolve ativamente e de forma colaborativa, a vítima, o agressor e a comunidade, para que sejam mencionados os danos causados e o modo como estes serão reparados. Enfim, é uma nova filosofia para atender o conflito penal.

Portanto, explicando de modo simplificado, à Justiça Restaurativa, aplicam-se três princípios: a) o crime causa dano as pessoas e as comunidades; b) causar um dano acarreta uma obrigação; c) a obrigação principal é reparar o dano.

Neste diapasão, menciona Paul Maccold e Ted Wachtel, que a proposta de uma teoria conceitual da Justiça Restaurativa parte de três questões chaves. São elas: a) quem foi prejudicado, b) quais as suas necessidades, c) como atender essas necessidades. Desta forma, tais autores sustentam que crimes causam danos a pessoas e relacionamentos, e que a justiça restaurativa deve ser realizada porque é necessária, através de um processo cooperativo que envolve todas as partes interessadas principais na determinação da melhor solução para reparar o dano causado pela transgressão. Afirmam ainda que a justiça restaurativa é um processo colaborativo que envolve aqueles afetados mais diretamente por um crime, chamados de “partes interessadas principais”, para determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão (McCold, Paul e Wachtel, 2003).²⁹⁸

²⁹⁷ SANTANA, Luis F. Gordillo. *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*. Iustel: Madrid, 2007, p.41

²⁹⁸ Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD). GOMES, Renato Sócrates.

Portanto, em primeiro lugar, a Justiça requer que trabalhemos para o fim de que se ajude a voltarem aos seus estados originais àquelas pessoas que se viram prejudicadas. Em segundo, o desejo de que àqueles que estão mais diretamente envolvidos ou afetados pelo delito devem ter a oportunidade de participar na resposta. Em terceiro, o rol do Governo consiste em preservar a justa ordem pública, por sua vez, a comunidade deve construir e manter uma justa paz social.

Os programas restaurativos se caracterizam por determinados valores fundamentais, tais como: encontro, reparação, reintegração e inclusão. No “encontro” se criam oportunidades com o propósito de que as vítimas, os delinquentes e os membros da comunidade se reúnam para conversar sobre o delito e suas consequências. Na “reparação”, se espera que os delinquentes tomem medidas objetivando a reparação do dano que tenham causado. Na “reintegração” se tenta devolver às vítimas e delinquentes à sociedade, como membros completos desta, capazes de contribuir. Na “inclusão” se oferece a possibilidade de que as partes interessadas em um delito específico participem em sua resolução.²⁹⁹

Portanto, restaurar, solucionar, restituir, compensar são as novas dimensões que devem ser priorizadas no ambiente familiar, respeitando sempre as regras que garantem um procedimento justo e imparcial, pautado na igualdade de gênero. No conceito unificador de Justiça Restaurativa, acolhido por diversos autores: “se trata de un proceso por el cual todas las partes que tienen un interés en una determinada ofensa se juntan para resolverla colectivamente y para tratar sus implicaciones de futuro”.³⁰⁰

4. JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS AMBIENTES FAMILIARES. ABORDAGEM CONCEITUAL. DESAFIOS NA CONSTRUÇÃO DE UMA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO AMBIENTE FAMILIAR

Diante dos fundamentos da Justiça Restaurativa, passamos a analisar a sua percepção nos ambientes familiares, que não pode afastar-se dos ideais preventivos, que buscam a resolução dos conflitos, minando o crime na sua origem, ou ainda, possibilitando, a reparação do dano, caso o delito já tenha sido consumado.

Segundo Nancy Flemming Tello:

Justiça Restaurativa não é um programa específico, é um conjunto de princípios que servem de guia aos distintos programas que existem em escolas, em centros de trabalho, instituições religiosas, em comunidades indígenas e no sistema de justiça penal. São os princípios que regem a Justiça

²⁹⁹ WWW.justiciarestaurativa.org, em 28/12/2008.

³⁰⁰ SANTANA, Luis F. Gordillo. La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal. Iustel: Madrid, 2007, p.60.

Restaurativa os que marcam a pauta para lograr processos restaurativos, representando um enfoque distinto do crime, da vítima e do agressor.³⁰¹

Portanto, a Justiça Restaurativa tem princípios que podem ser aplicados em várias searas, objetivando processos restaurativos. E porque não aplicar tal conjunto de princípios nas escolas, universidades e nos ambientes familiares? Parece-nos que tal construção acarretaria resultados positivos na diminuição de conflitos que acarretam violências futuras, inclusive no ambiente familiar, crimes que neste momento anterior apenas existem internamente na mente dos seus autores.

A proposta de aplicabilidade dos princípios da Justiça Restaurativa deve ser pulverizada nas diversas esferas sociais, nas escolas, universidades, inclusive nos ambientes familiares. Neste diapasão, devem ser executados programas educacionais de Justiça Restaurativa também nos ambientes prisionais, como tentativa de ressocialização do apenado. Vale lembrar, inclusive, que atualmente os crimes continuam existindo no interior dos presídios, e o pior, são multiplicados, quando tais detentos são colocados em liberdade, muito mais “profissionalizados no caminho do crime”. Agregados a tais questões, vale lembrar outros problemas, como desigualdades sociais, estratificação, desemprego, falta de controle da natalidade, tráfico de drogas etc.

Situações de violência contra a mulher, encaminhadas as Delegacias Especializadas, devem ser recebidas por profissionais especializados no modelo de “Polícia Restaurativa”, embasado na Justiça Restaurativa, que busca reintegrar situações, mediando conflitos entre vítimas e transgressores, de modo imparcial. Desta forma, a Polícia Restaurativa, que deve ser composta de mediadores capacitados, cumpre o papel de ajudar no fortalecimento da comunidade, estreitando vínculos, e, sobretudo, adquirindo confiança e respeito da comunidade. Na verdade não existe um modelo pronto, terá que ser construído, observando exemplos de outros, países, mas sempre atentos para a nossa realidade brasileira. Existindo aplicabilidade de medidas protetivas de urgência, para as situações de violência, aliadas as medidas sociais, com acompanhamento de uma equipe multidisciplinar.

A proposta de aplicabilidade da Justiça Restaurativa nos ambientes familiares não vai substituir a prestação jurisdicional da Justiça tradicional, tampouco implica na impunidade ao agressor. Na verdade medidas protetivas de urgência continuam sendo aplicadas, sempre que necessário, objetivando sempre a preservação da vida e dignidade da mulher. Contudo, amplia-se, sempre que as partes demonstrarem interesse, com a alternativa da Justiça Restaurativa, para possibilitar um método, com base na mediação, para o reconhecimento e a responsabilização dos atos praticados.

Mister ressaltar que a prática da Justiça Restaurativa é incentivada pelo CNJ (Protocolo de Cooperação para a difusão da Justiça Restaurativa). Deste modo, na

³⁰¹ TELLO, Nancy Flemming. A Justiça Restaurativa – um programa integral de atenção e prevenção do delito.

Resolução 225/2016, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, está prevista a utilização da Justiça Restaurativa para as situações de violência doméstica.

Como afirma Nancy Flemming Tello, em seu artigo “A justiça restaurativa – um programa integral de atenção e prevenção do delito”:

O ponto inicial é que nosso sistema de procuração e administração de justiça, baseado em uma idéia do delito como uma ofensa ao Estado e uma violação a lei, não é satisfatório para nada, nada ganha e todos perdem, perde a vítima, porque depois de haver sido lesionada, geralmente volta a ser vítima do sistema, perde o agressor porque entra em um sistema que o estigmatiza, que não o ajuda, só o afasta de todos e dele mesmo, perde o Estado, porque investe grandes somas de dinheiro em um sistema ineficiente e com isso a comunidade se enche de ressentimento pela inevitável sensação de injustiça e insegurança.³⁰²

A proposta restaurativa, inclusive nas esferas policial e familiar, possibilitariam programas de desjudicialização, proporcionando “encontros” entre vítima e agressor, mediado por professores, funcionários, policiais criteriosamente capacitados, resultando em um maior grau de satisfação das vítimas, no momento em que conseguem obter a reparação; bem como dos agressores, que recebem a oportunidade de serem tratados como seres humanos, reconhecendo suas faltas, reparando-as e tendo a oportunidade de apresentar outra postura no futuro. Certamente, uma oportunidade muito mais positiva, fulcrada no ideal ressocializador, que é amplamente ferido quando este indivíduo é encarcerado.

No Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do delito, realizado em abril de 2005, na cidade de Bangkok (Tailândia), os Estados Membros recomendaram: “Desenvolver a utilização de processo e princípios de justiça restaurativa de conformidade com os princípios básicos sobre utilização de programas de justiça restaurativa em matéria penal e recorrer as melhores práticas internacionais”.

Vale enunciar algumas das propostas deste Congresso:

- Os sistemas formais de justiça penal têm marginalizado as vítimas do delito e fracassado em seu intento de obrigar os infratores a reconhecer o dano causado por suas ações. O princípio básico da justiça restaurativa é a determinação de restaurar o balanço entre a vítima, ela/ele e o infrator/a e a comunidade no processo, com o fim de não desatender a necessidade de reparação da vítima, a correção da conduta delitiva e a reparação da vítima, a correção da conduta delitiva e a prevenção de sua repetição.

³⁰² TELLO, Nancy Flemming. A Justiça Restaurativa – um programa integral de atenção e prevenção do delito

- Em casos apropriados, se deve adotar a justiça restaurativa como método de preferência do processo de justiça criminal, já que ajuda a fortalecer o tecido social e provavelmente resulte em uma redução da privação da liberdade.
- A justiça restaurativa se deve promover como parte legítima do processo de justiça penal em cada país.
- Deve-se estabelecer um programa para aumentar o conhecimento público dos benefícios da justiça restaurativa.
- Devem-se estabelecer projetos para promover a justiça restaurativa em cada país.
- Devem-se ensinar os princípios da justiça restaurativa nas **Faculdades de Direito e em outras instituições acadêmicas.** Profissionais do sistema de justiça penal também devem receber capacitação neste sentido.

Seguindo esta última proposta do Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do delito, este trabalho reafirma a necessidade de efetivação dos princípios de Justiça Restaurativa nas escolas, universidades, e também nos ambientes familiares.

Estudar outras experiências com resultados positivos, moldando-as à realidade brasileira, almejando sempre promover a maior autodeterminação da comunidade, a inclusão em lugar da exclusão, a busca de um futuro melhor em lugar da culpa e retribuição, e da sensação de que a justiça foi feita.

5. CONCLUSÃO

O novo paradigma da Justiça Restaurativa busca a desjudicialização, fundamentando-se no Direito Penal Mínimo. Tem a nobre missão de convencer a todos que o sistema carcerário deve ser reservado para os indivíduos que verdadeiramente representam um perigo social. Desta forma, objetiva potencializar o desenvolvimento de técnicas alternativas de resolução de conflitos, utilizando a mediação comunitária e processos restaurativos, e, por conseguinte, demonstrando uma excelente estratégia de prevenção do delito, além de minorar o problema da falência carcerária no Brasil.

A aplicabilidade de Programas de Justiça Restaurativa nos ambientes familiares almeja a construção da possibilidade concreta e legal de resolução de conflitos, no desiderato de dissipar atritos, prevenindo atos violentos, apresentando outras opções de respostas ao crime, tendo em vista que o sistema judicial não demonstra ser a única e suficiente forma de atender a demanda da violência e criminalidade.

A proposta da Justiça Restaurativa nos ambientes familiares, amparada na lei, implementada por mediadores, contínua e devidamente capacitados, está próxima

da comunidade, buscando a prevenção da violência e da prática delituosa. Neste sentido, uma vez ocorrido o fato delituoso, busca ressarcir os prejuízos da vítima, oportunizando ao delinquente a possibilidade do arrependimento, reconhecimento do seu erro e restauração do dano, ao invés de isolá-lo, estigmatizando-o e conduzindo-o a uma subcultura da criminalidade.

Enfim, a Justiça Restaurativa pode ser construída em todas as esferas, inclusive nos ambientes familiares, em tempos de pandemia. Defendemos a tese de que todas as mulheres não devem seguir sofrendo, “amordaçadas”, no interior silencioso de seus lares, cumprindo a orientação de isolamento social. Precisamos denunciar, parar as diversas violências físicas, psicológicas, moral, sexuais, e patrimoniais, que transformam estas mulheres em objetos nas mãos dos seus companheiros. Portanto, não significa impunidade para os agressores, pois medidas protetivas de urgência devem ser adotadas sempre que necessário. Ademais destas medidas judiciais, a proposta é de complementar-se com processos alternativos restaurativos, sempre que houver interesse das partes, que devem ser desenvolvidos para atender as vítimas, agressores e comunidades, almejando comunidades pacíficas, e, por conseguinte, a paz social.

Precisamos buscar outros caminhos para combater a violência e criminalidade. Necessário coibir a violência contra a mulher, através de medidas cautelares judiciais combinadas com medidas sociais e educativas, fundamentadas na Justiça Restaurativa, objetivando a preservação do ambiente familiar como uma comunidade de amor, liberdade, respeito mútuo e igualdade. Construir uma “Justiça Restaurativa” na esfera familiar pode ser uma eficiente estratégia complementar de atenção e prevenção do delito.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACALE SANCHEZ, MARIA. El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2000.
- ANTÓN BARBERÁ, FRANCISCO/ DE LUIS Y TURÉGANO, JUAN VICENTE. Policía Científica. Volumen I. 2ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.
- ARIZA, Juanjo Medina. Violencia contra la mujer en la pareja. Actitudes sociales sobre la denuncia de los malos tratos.
- ESPINOSA CEBALLOS, ELENA B. MARÍN: La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de derecho comparado. Granada: Ed. Comares, 2001.
- FUENTES I GASÓ, Josep Ramon. Alemania, un modelo de policía y seguridad para Europa. Barcelona: Cedecs Editorial S.L., 2002.
- GARRIDO, Vicente. Principios de Criminología. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1999.
- GÓMEZ RIVERO, Carmem. Algunos aspectos del delito de malos tratos, en Revista Penal 6, 2000.

- GORDILLO SANTANA, Luis F. La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal. Madrid: Iustel, 2007.
- HERRERO HERRERO, César. Política Criminal Integradora. Madrid: Dykinson, S.L., 2007.
- HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys S.; GREGORIO, Carlos G.; Resolución Alternativa de Conflictos y Sistema Penal. Buenos Aires: Ad-hoc S.R.L., 1998.
- HULSMAN, Louk. Sistema penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una alternativa. Barcelona: Ed. Ariel, 1984.
- LORENTE ACOSTA, Miguel. Agresión a la mujer. Maltrato, violacion y acoso. Granada: Ed.Comares, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. Introducción a la Criminología. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- PAREJO ALFONSO, Luciano; DROMI, Roberto. Seguridad Pública y Derecho Administrativo. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. 6ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.
- SANTANA, Luis F. Gordillo. La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal. Iustel: Madrid, 2007.
- Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD).
- TELLO, Nancy Flemming. A Justiça Restaurativa – um programa integral de atenção e prevenção do delito.

ANÁLISE DA COMPATIBILIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA 936/2020 COM O SISTEMA JURÍDICO-TRABALHISTA

Guilherme Guimarães Ludwig³⁰³

Sumário: 1. Introdução. 2. Aspectos gerais. 3. Redução proporcional de jornada de trabalho e de salário. 4. Suspensão temporária do contrato de trabalho. 5. Benefício emergencial de preservação do emprego e da renda. 6. Acordo individual e negociação coletiva. 7. Conclusões. 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil vive um estado de calamidade pública, assim reconhecido pelo Decreto Legislativo 6/2020, decorrente de uma emergência de saúde pública de importância internacional relacionada ao novo coronavírus (COVID-19). As consequentes medidas restritivas de isolamento e quarentena tratadas na Lei 13.979/2020 são acolhidas pelas autoridades médicas como a forma de conter a rápida disseminação da infecção, evitando o colapso do serviço de saúde brasileiro e o avanço do número de óbitos.

A Medida Provisória 936/2020 foi editada em um contexto, em que a produção em diversos setores é interrompida ou reduzida, o que, combinado com a diminuição do consumo na sociedade, termina por gerar um profundo impacto nas empresas e nas relações de trabalho. É fruto, portanto, da urgência de uma regulação temporária que ajuste as normas trabalhistas ao cenário excepcional.

O presente artigo tem por objeto empreender uma análise sistemática desta iniciativa normativa trabalhista do Poder Executivo para administrar o impacto da pandemia do novo coronavírus. Sem perder de vista o caráter excepcional do cenário de uma emergência de saúde pública, a abordagem enfocará especialmente a compatibilidade ou não dos novos dispositivos com o sistema jurídico-trabalhista brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988.

2 ASPECTOS GERAIS

A MP 936/2020 cria o programa emergencial de manutenção do emprego e da renda, a ser aplicado durante o estado de calamidade pública, com os objetivos explicitados de preservar o emprego e a renda, garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais, bem assim reduzir o impacto social decorrente das

³⁰³ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA, Extensão universitária em Economia do Trabalho pelo CESIT/UNICAMP, Professor de Direito e Processo do Trabalho na Universidade do Estado da Bahia – UNEB, Juiz do Trabalho na 5ª Região, Titular da Cadeira 62 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho

consequências do estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública. Não se aplica no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos órgãos da administração pública direta e indireta, às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive às suas subsidiárias, e aos organismos internacionais (MP 936, arts. 1º e 2º).

O aspecto nuclear da norma firma-se num tripé de mecanismos.

Considerando a necessidade de equilibrar a preservação dos postos de trabalho e a garantia da continuidade das atividades laborais, são previstas duas alternativas excludentes:

- a) A redução proporcional de jornada de trabalho e de salários, por até 90 dias; ou
- b) A suspensão temporária do contrato de trabalho, por até 60 dias, sendo permitido o fracionamento em dois períodos de 30 dias.

Em ambos os casos, como se percebe, é atingido o salário, seja pela sua redução proporcional, seja pela total (a suspensão da obrigação de pagar).

Em vista disso, acoplando-se às duas alternativas anteriores, o terceiro mecanismo visa a resguardar a renda do empregado. Trata-se do benefício emergencial de preservação do emprego e da renda, consubstanciado no pagamento de um valor arcado pela União em favor do empregado, para lhe preservar – ainda que parcialmente a renda –, seja como complemento, seja como substituição, conforme o caso.

3 REDUÇÃO PROPORCIONAL DE JORNADA DE TRABALHO E DE SALÁRIO

Vale lembrar que há na legislação três hipóteses semelhantes anteriores:

- a) Redução geral dos salários dos empregados da empresa, não superior a 25%, proporcionalmente aos salários de cada um – respeitado o salário mínimo –, para o caso de força maior ou prejuízos devidamente comprovados (CLT, art. 503)³⁰⁴;
- b) Redução da jornada normal ou do número de dias do trabalho, não superior a 25%, pelo máximo de 3 meses – prorrogável nas mesmas condições –, em face de demonstrada “*conjuntura econômica*”, mediante prévio acordo com o sindicato da categoria profissional, homologado pela então DRT. Em caso de não haver acordo, a empresa poderia submeter o caso à Justiça do Trabalho (Lei 4.923/65, art. 3º); e

³⁰⁴ Na doutrina, há autores como Valentin Carrion, que sustentam que a Lei 4.923/65 teria revogado tacitamente o art. 503 da CLT, na medida em que regula a mesma matéria. CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 32.ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: LTr, 2007, pp.341 e 504.

c) Redução temporária de jornada e salário, não superior a 30% e pelo máximo de 24 meses, por adesão ao “*Programa Seguro Emprego*” até 31.12.2017, em caso de situação de dificuldade econômico-financeira, mediante acordo coletivo de trabalho específico. Ficavam garantidas a compensação pecuniária equivalente a 50% do valor da redução e limitada a 65% do valor máximo da parcela do seguro-desemprego, enquanto perdurar o período; além de estabilidade em favor dos empregados afetados (Lei 13.189/2015, arts. 2º, 4º, 5º e 6º).

O art. 7º da MP 936 prevê a redução proporcional de jornada de trabalho e de salário, nos percentuais de 25%, 50% e 70%, preservado o valor do salário-hora de trabalho, por intermédio de “*acordo individual escrito entre empregador e empregado*”, ponto último cuja constitucionalidade será apreciada oportunamente (item 6). A norma coletiva poderá estabelecer redução proporcional em percentuais distintos do rol do art. 7º, III.

Como regra, a medida findará na data que tenha sido ajustada, considerando o máximo normatizado de 90 dias. Encerrará antes disso, no entanto, se houver prévia cessação do estado de calamidade pública ou mesmo se o empregador decidir antecipar o fim do período.

4 SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO CONTRATO DE TRABALHO

O art. 8º do MP 936 estipula que, durante o estado de calamidade pública, o empregador “*poderá acordar*” a suspensão temporária do contrato de seus empregados, pelo máximo de 60 dias, podendo ser fracionado em 2 períodos de 30 dias. Diferentemente do art. 476-A da CLT e do revogado art. 18 da MP 927, a suspensão aqui prevista não se vincula à participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional.

De igual modo, porém, o pressuposto também é de que não haja nenhuma prestação de serviços pelo empregado. Tanto que se o empregador mantiver este empregado em suas atividades, total ou parcialmente – por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho à distância –, será descaracterizada a suspensão. Neste caso, o empregador será obrigado a pagar imediatamente a remuneração e os encargos sociais referentes a todo o período, além de sofrer as sanções legais e convencionais.

Durante tal suspensão, conforme o texto da lei, o empregado fará jus a todos os benefícios concedidos pelo empregador aos seus empregados. Em outras palavras, não obstante a cessação de pagamento de salários e das verbas trabalhistas devidas pela execução do contrato, são mantidas as demais vantagens, como planos de assistência médica, hospitalar, odontológica e de seguros de vida e de acidentes pessoais.

Na medida em que não recebe remuneração, também ficará o empregado autorizado a recolher para o Regime Geral de Previdência Social na qualidade de segurado facultativo³⁰⁵.

A suspensão em tela está acessível, em princípio, a qualquer empresa da iniciativa privada. Não obstante, aquela que tiver auferido, no ano-calendário de 2019, receita bruta superior a R\$ 4.800.000,00 – ou seja, com presumida maior disponibilidade de recursos financeiros –, somente poderá adotar a medida se efetuar, em paralelo, o pagamento ao empregado de ajuda compensatória mensal no valor de 30% do salário do empregado, durante o correspondente período.

Consoante o texto da MP 936, esta suspensão será pactuada por acordo individual escrito entre empregador e empregado (art. 8º, §1º) – dispositivo cuja constitucionalidade será apreciada adiante (item 6).

Da mesma forma que a redução proporcional de jornada de trabalho e de salário, a medida findará ordinariamente na data que tenha sido ajustada, exceto se houver anterior cessação do estado de calamidade pública ou antecipação do final pelo empregador.

5 BENEFÍCIO EMERGENCIAL DE PRESERVAÇÃO DO EMPREGO E DA RENDA

O benefício corresponderá a uma prestação mensal, que será devida enquanto durar a medida que venha eventualmente a ser adotada pelo empregador, entre as duas disciplinadas na norma. Será calculado tendo por base de cálculo o valor mensal do seguro-desemprego a que o empregado faria jus, ao qual são aplicados percentuais que variam conforme a situação, sendo que seu recebimento não impede a concessão, nem altera o valor do seguro-desemprego a que o empregado tenha direito quando da despedida sem justa causa (MP 936, art. 6º).

Observe-se que o valor mensal idêntico ao seguro-desemprego não substitui a integralidade do salário, mas serve como uma assistência financeira temporária. De acordo com o reajuste previsto na Portaria ME 914/2020 do Ministério da Economia, por exemplo, para uma média salarial até R\$ 1.599,61, o valor da parcela será obtido multiplicando-se salário médio por 0,8 = (80%), podendo chegar ao máximo de R\$ 1.247,68. A média que estiver entre R\$ 1.599,61 e R\$ 2.666,29, deverá ser multiplicada por 0,5 (50%) e somada a R\$ 1.279,69. Por fim, na média acima de R\$ 2.666,29, o

³⁰⁵ Suspensão do contrato de emprego é hipótese de período de graça no regime geral da previdência social, vale dizer, trata-se de um lapso temporal em que o empregado mantém a qualidade de segurado, mesmo ser verter contribuições ao fundo previdenciário. Nos termos da Lei 8213/91, art. 15, II, “*mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições: [...] até doze meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social, que estiver suspenso ou licenciado sem remuneração ou que deixar de receber o benefício do Seguro-Desemprego*”.

valor da parcela será de R\$ 1.813,03, invariavelmente. Não há, portanto, equivalência econômica entre o salário reduzido e o benefício emergencial, sempre em prejuízo do empregado.

No caso da redução de jornada de trabalho e de salário, o benefício tem caráter complementar e será calculado aplicando-se o correspondente percentual ajustado da redução, que poderá ser nas faixas de 25%, 50% e 70%. Já no caso da suspensão temporária, o benefício assume a natureza substitutiva da renda cujo pagamento deixa de ocorrer, com percentuais de 100% ou 70%, esta última apenas para a hipótese do empregador com receita bruta superior de até R\$ 4.800.000,00, como já observado (item 4).

Tratando-se de uma garantia da subsistência do empregado, o benefício não será devido a quem disponha de outra fonte de renda, como quem ocupe cargo ou emprego público, cargo em comissão de livre nomeação e exoneração ou titular de mandato eletivo. Pelo mesmo fundamento, igualmente não fará jus aquele em gozo de:

- a) Benefício de prestação continuada de regimes geral ou próprios de Previdência Social, exceto pensão por morte ou auxílio-acidente;
- b) Seguro-desemprego, em qualquer de suas modalidades; ou
- c) Bolsa de qualificação profissional custeada pelo FAT, no caso de contrato suspenso em virtude de participação em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador, em conformidade com o disposto na norma coletiva.

É de notar ainda que, nos termos da Portaria 10.486/2020 do Ministério da Economia, o benefício emergencial tampouco será devido ao empregado que tiver o contrato de trabalho celebrado após a vigência da MP 936, vale dizer, aquele iniciado até 1º de abril de 2020 e informado no E-social até 2 de abril de 2020 (art. 4º, II e §1º). O dispositivo é de validade discutível (CF, art. 5º, II), na medida em que extrapola os limites da própria Medida Provisória que visa somente a regulamentar.

É possível, no entanto, a cumulação de benefícios, desde que o empregado tenha mais de um vínculo formal de emprego, com alguma das duas medidas adotada em cada um, ressalvado se se tratar de contrato de trabalho intermitente, quando será pago apenas o valor fixo de R\$ 600,00, pouco importando o número de contratos (MP 936, art. 18).

Por fim, vale pontuar que é estabelecida uma garantia de emprego em razão da percepção do benefício emergencial. Não se trata de estabilidade, mas de uma indenização (além das parcelas rescisórias previstas na legislação em vigor) em caso de despedida sem justa causa que ocorrer durante o período, no valor de:

a) 50% do salário a que o empregado teria direito no período integral, na hipótese de redução de jornada de trabalho e de salário igual ou superior a 25% e inferior a 50%;

b) 75% do salário a que o empregado teria direito no período integral, na hipótese de redução de jornada de trabalho e de salário igual ou superior a 50% e inferior a 70%; ou

c) 100% do salário a que o empregado teria direito no período integral, nas hipóteses de redução de jornada de trabalho e de salário em percentual superior a 70% ou de suspensão temporária do contrato de trabalho (MP 936, art. 10, §1º).

6 ACORDO INDIVIDUAL E NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Como já observado, os arts. 7º, II e 8º, §1º da MP 936 preveem, respectivamente, que a redução proporcional de jornada de trabalho e de salário e a suspensão temporária do contrato de trabalho se darão por acordo individual escrito.

Ocorre, no entanto, que o art. 7º, VI da Constituição Federal exige expressamente que a redução de salário somente possa ocorrer em situações excepcionais e mediante a participação efetiva do sindicato profissional – como pacificamente reconhecido pelo Tribunal Superior do Trabalho³⁰⁶. Quando a Constituição garante a irredutibilidade salarial, tal proteção estende-se não apenas a uma redução parcial do salário – que pode ser consequência do mero ajustamento da remuneração do empregado com uma nova jornada semanal³⁰⁷–, mas logicamente à

³⁰⁶ EMBARGOS – AUMENTO REAL CONVERTIDO EM ANTECIPAÇÃO SALARIAL – ACORDO SEM A PARTICIPAÇÃO SINDICAL A redução salarial somente pode ocorrer em situações excepcionais e mediante a participação efetiva do sindicato profissional, consoante o art. 7º, VI, da Constituição da República. A conversão do aumento real de 10% (dez por cento) em antecipação salarial acarretou prejuízos aos empregados, resultando nula por força do disposto no art. 468 da CLT. Orientação Jurisprudencial nº 325 da C. SBDI-1. Embargos não conhecidos (E-RR-592284-47.1999.5.02.5555, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 24/09/2004). No mesmo sentido: A-E-RR-532495-20.1999.5.02.5555, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro João Oreste Dalazen, DEJT 24/09/2004; RR-591691-18.1999.5.02.5555, 5ª Turma, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, DEJT 13/08/2004).

³⁰⁷ RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. ACORDO INDIVIDUAL TÁCITO. COMPENSAÇÃO DE JORNADA. VALIDADE. IRREDUTIBILIDADE SALARIAL. A adaptação da remuneração do empregado com nova jornada semanal, somente pode ser procedida mediante acordo ou convenção coletiva, nos termos do art. 7º, VI, da Constituição Federal, ou seja, com a participação efetiva do sindicato representante da categoria, sob pena de evidenciar redutibilidade salarial, prevista no artigo 468 da CLT que garante, de forma genérica, a irredutibilidade salarial. Nesse sentido, é o entendimento desta colenda Corte Superior consubstanciado no item I, da atual Súmula nº 85, verbis : “COMPENSAÇÃO DE JORNADA. (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 182, 220 e 223 da SDI-1) - Res. 129/2005 - DJ 20.04.2005. I. A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. (ex-Súmula nº 85 - primeira parte - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)” [...] (RR-775020-83.2001.5.12.5555, 4ª Turma, Relatora Juíza Convocada Maria Doralice Novaes, DEJT 17/03/2006)..

plena e total supressão de seu pagamento, como se verifica em caso de suspensão contratual.

Não por outro motivo, as normas anteriores que trataram de ajustes de redução salarial (Lei 13.189/2015, arts. 2º, 4º, 5º e 6º) e de suspensão contratual (CLT, art. 476-A, incluído pela Medida Provisória 2.164-41/2001), posteriores a Constituição Federal de 1988, resguardaram a necessidade de prévia negociação coletiva que autorize aquelas medidas.

Observe-se que a garantia do inciso VI do art. 7º da Constituição Federal, ressalvada a existência de prévia norma coletiva autorizante, não excepciona nenhuma situação de fato que possa afastar sua aplicabilidade no caso concreto. Não há em seu enunciado, por exemplo, exceção para as hipóteses de força maior e de fato do príncipe. A Carta apenas prevê a restrição excepcional, temporária e emergencial de algumas específicas garantias constitucionais (entre as quais não se inclui o art. 7º) nas hipóteses restritas de Estado de Defesa e Estado de Sítio (CF, art. 136 a 139), o que não se verifica na atualidade do Estado de Calamidade Pública.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado, “*a irredutibilidade busca combater duas modalidades centrais de diminuição de salários: a redução salarial direta (diminuição nominal de salários) e a redução indireta (redução da jornada ou do serviço, com conseqüente redução salarial*”³⁰⁸. A redução do valor nominal do salário do empregado que fora contratado para receber verba mensal (diante de uma carga horária preestabelecida) gera inequívoco prejuízo financeiro, da mesma forma que a pura e simples suspensão do seu pagamento; a justificar evidentemente, em ambos os casos, a salvaguarda da correspondente entidade sindical.

No âmbito infraconstitucional, inclusive, o art. 468 da CLT determina a nulidade de alteração contratual, ainda que bilateral, porém que gere prejuízo ao empregado, o que se constitui como um dos princípios fundantes do sistema de regras trabalhistas no Brasil. Como ensinam Orlando Gomes e Elson Gottschalk, “*subordinado como se encontra ao empregador; [o empregado] não está, o mais das vezes, em condições de manifestar livremente sua vontade. Conseqüentemente, concordará muitas vezes com a alteração que interessa a outra parte, pelo justo temor de desemprego*”³⁰⁹. Enfatize-se mais uma vez que sequer existe equivalência econômica entre os valores nominais do salário reduzido ou suspenso e do benefício emergencial, além deste último ter a

³⁰⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Salário: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.156. Em sentido semelhante: SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. Instituições de direito do trabalho. v.1. 11.ed. Atual. (capítulos de Délio Maranhão) por João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1991, p.512. MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 4.ed. São Paulo: LTr, 2013, p.503.

³⁰⁹ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 17.ed. rev. e atual. por José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Souza. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.323.

natureza indenizatória, sendo inequívoco o prejuízo do trabalhador, a justificar a necessária chancela sindical.

É evidente que o estado de calamidade pública, diante da urgência de ação que requer, embora não possa desconsiderar salvaguardas constitucionais, pode simplificar procedimentos para garantir agilidade e eficácia necessárias ao atendimento do interesse público. Note-se, inclusive, que a própria MP 936 (art. 17, II e III) traz regras que permitem o enxugamento do caminho da negociação coletiva, ao disciplinar:

- a) A possibilidade de utilização de meios eletrônicos para atendimento dos requisitos formais previstos no Título VI da CLT, que trata das convenções e acordos coletivos, inclusive para convocação, deliberação, decisão, formalização e publicidade; e
- b) A redução pela metade dos prazos previstos no mesmo Título VI.

Embora os já citados arts. 7º, II e 8º, §1º da MP 936 prescrevam que as medidas de redução proporcional e a suspensão temporária devam ser adotadas por acordo individual, dois dispositivos posteriores do mesmo diploma apresentam tratamento distinto da matéria.

No art. 11, é dito que a redução proporcional e a suspensão temporária “*poderão*” ser celebradas por meio de negociação coletiva, ao passo que o art. 12 curiosamente disciplina que as medidas “*serão implementadas por meio de acordo individual ou de negociação coletiva aos empregados*”, porém somente em duas hipóteses:

- a) Empregados com salário igual ou inferior a R\$ 3.135,00 (três salários mínimos atuais, no valor atual de R\$ 1.039,00); e
- b) Portadores de diploma de nível superior e que percebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (R\$ 12.202,12 = 2 x R\$ 6.101,06).

A Constituição Federal, todavia, não autoriza uma opção entre acordo individual e negociação coletiva.

Como se não bastasse a afronta à Constituição já reconhecida (CF, art. 7º, VI), soma-se ainda, quanto ao art. 12, a violação do princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), na medida em que nada justifica o tratamento discriminatório que exclua a salvaguarda da negociação coletiva diante de uma determinada faixa salarial, tampouco pelo simples fato do empregado não possuir diploma de nível superior.

Observe-se que a MP 936 ainda disciplina que os acordos individuais de redução proporcional e de suspensão temporária devam ser comunicados pelos empregadores ao sindicato da categoria profissional, no prazo de até dez dias corridos (MP 936, art. 11, §4º), o que evidentemente não supre a exigência de negociação coletiva. Para a fiel

observância do texto constitucional, não basta ao sindicato ficar ciente de eventual ajuste individual, mas de efetivamente participar da construção da norma, o que ocorre pela negociação coletiva.

Registre-se que, em sede cautelar, no âmbito da ADI 6363/DF ajuizada pela Rede Sustentabilidade, em que é apontada, entre outras, a violação do art. 7º, VI da Constituição Federal pela MP 936, o Ministro relator Ricardo Lewandowski, com o fundamento de preservar ao máximo o ato normativo impugnado e resguardar os direitos dos trabalhadores, deferiu parcialmente a pretensão,

para dar interpretação conforme à Constituição ao § 4º do art. 11 da Medida Provisória 936/2020, de maneira a assentar que “[os] acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho [...] deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração”, para que este, querendo, deflagre a negociação coletiva, importando sua inércia em anuência com o acordado pelas partes³¹⁰.

Em sede de decisão em embargos de declaração, esclareceu eram válidos e legítimos os acordos individuais celebrados conforme a Medida Provisória, aptos a produzirem efeitos imediatos. Ressalvou, porém, a possibilidade de adesão do empregado a norma coletiva adiante firmada, os quais prevalecerão sobre os acordos individuais, observando-se o princípio da norma mais favorável³¹¹.

Em sua composição plenária, o STF, por maioria, não referendou a decisão monocrática. De acordo com a divergência apresentada pelo Ministro Alexandre de Moraes, o dispositivo da Medida Provisória é justificado no contexto excepcional e temporalmente limitado da pandemia, pois garante uma renda mínima ao trabalhador, ao tempo em que também preserva o vínculo de emprego, inclusive mediante a previsão de estabilidade. Apontou também que não havia propriamente conflito entre empregados e empregadores, mas sim uma convergência sobre a necessidade de manutenção da atividade empresarial e do emprego³¹².

Os fundamentos da excepcionalidade da situação fática e da compensação por estabilidade foram objeto de análise supra. Quanto ao terceiro argumento, cabe pontuar que convergência acerca da manutenção do emprego por parte do trabalhador sempre haverá; salvo em casos extraordinários, como, por exemplo, diante de uma rescisão indireta. Em via de regra, a divergência não envolverá, portanto, este ponto, mas sim o modo como se processa a redução de jornada ou a suspensão temporária e as eventuais compensações cabíveis. É justamente quanto a este aspecto que a intervenção sindical se justifica, em face da pressuposta ausência de paridade de armas entre empregado e empregador numa negociação individual.

³¹⁰ ADI MC 6363/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 6-4-2020, DJE 13-4-2020.

³¹¹ ADI MC 6363/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandovski, 13-4-2020, DJE 15-4-2020.

³¹² ADI MC 6363/DF, Redator Min. Alexandre de Moraes, 17-4-2020, DJE 20-4-2020.

Por fim, como a União é a responsável pelo pagamento do benefício emergencial, caso a convenção ou o acordo coletivo de trabalho estabeleçam redução proporcional em percentuais distintos do rol do art. 7º, III, são disciplinadas algumas regras de compatibilização. Neste caso, o benefício emergencial apenas será devido se a redução for igual ou superior a 25% e nos seguintes termos:

- a) De 25% do valor mensal do seguro-desemprego a que o empregado teria direito, para a redução igual ou superior a 25% e inferior a 50%;
- b) De 50%, para a redução igual ou superior a 50% e inferior a 70%; e
- c) De 70%, para a redução superior a 70%.

Deste modo, portanto, pelo menos quanto ao benefício emergencial, é eliminada qualquer possibilidade de ganho ao trabalhador se a norma coletiva trazer previsão diversa de percentuais, acarretando autêntico desestímulo à negociação coletiva, em contrariedade manifesta à Convenção 98 da OIT³¹³. Consoante esta norma internacional, deverá ser fomentado e promovido “*o pleno desenvolvimento e utilização de meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, por meio de convenções coletivas, os termos e condições de emprego* (art. 4º)”.

7 CONCLUSÕES

Diante do quanto exposto, é possível concluir que o cenário de calamidade pública decorrente do novo coronavírus (COVID-19) exige soluções emergenciais imediatas na esfera trabalhista, que permitam conciliar a necessidade da política pública de isolamento social, a preservação dos postos de trabalho e dos direitos trabalhistas e a manutenção da atividade empresarial: um equilíbrio complexo que passa pelo necessário respeito à Constituição da República.

A opção pela adoção ou não das medidas não impositivas deve ser avaliada em conformidade com as peculiaridades de cada situação de cada empregador em concreto em suas circunstâncias. Neste processo, no entanto, as garantias constitucionais não podem ser excepcionadas, uma vez que a Carta Magna apenas prevê a restrição excepcional, temporária e emergencial de algumas específicas garantias constitucionais, entre as quais não se inclui o seu art. 7º, nas hipóteses restritas de Estado de Defesa e Estado de Sítio, o que não se verifica na atualidade do Estado de Calamidade Pública. Justamente nos cenários mais críticos, mais se reforça o recurso à concretização da Constituição.

³¹³ Aprovada pelo Decreto Legislativo 49, de 27 de agosto de 1952; com instrumento de ratificação depositado na sede da OIT em 18 de novembro de 1952; introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela promulgação pelo Decreto 33.196, de 29 de junho de 1953; e consolidada no Decreto 10.088, de 5 de novembro de 2019

O estado de calamidade pública, diante da urgência de ação que requer, pode simplificar procedimentos para garantir agilidade e eficácia necessárias ao atendimento do interesse público, mas jamais poderá desconsiderar salvaguardas constitucionais, que, em última análise, garantem em seu conjunto o próprio Estado Democrático de Direito. São estes os critérios de compatibilidade da MP 936 com o sistema jurídico-trabalhista.

8 REFERÊNCIAS

- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 32.ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: LTr, 2007.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Salário: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 17.ed. rev. e atual. por José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Souza. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 4.ed. São Paulo: LTr, 2013.
- SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. v.1. 11.ed. Atual. (capítulos de Délio Maranhão) por João de Lima Teixeira Filho. São Paulo: LTr, 1991.

A SENTENÇA DE MORTE PRISIONAL DO VÍRUS DA (IN)VISIBILIDADE

Fernanda Pimentel Sá³¹⁴

Laíze Lantyer Luz³¹⁵

O covid-19 no sistema prisional Brasileiro já é, por si só, uma sentença de morte. Pouco se fala sobre o papel do Estado na manutenção de políticas públicas e de cada cidadão na reflexão sobre seres desumanizados encarcerados, tão ou mais temidos e invisíveis do que um vírus.

Se o lixo é o maior disseminador de doenças infectocontagiosas, o cárcere brasileiro é o inferno de Dante para o extermínio do humano. Lá já existe uma doença ainda sem cura, mas os contaminados pelo vírus da cegueira estão neste momento em sua maioria enjaulados e imersos no pseudo puro álcool em gel 70%, assistindo *lives* em seus enclaves fortificados.³¹⁶

Caldeira, em seu livro *Cidade de Muros*, conceitua os “enclaves fortificados” como:

propriedade privada para uso coletivo e enfatizam o valor do que é privado e restrito ao mesmo tempo que desvalorizam o que é público e aberto na cidade. São fisicamente demarcados e isolados por muros, grades, espaços vazios e detalhes arquitetônicos. São voltados para o interior e não em direção à rua, cuja vida pública rejeitam explicitamente. São controlados por guardas armados e sistemas de segurança, que impõem regras de inclusão e exclusão.³¹⁷

Resguardadas as devidas proporções, os enclaves fortificados possuem o seu charme promovido pelo fetiche da disneyficação do mundo. Uma prisão de luxo entediante com acesso à internet, maratona de séries e filmes imperdíveis na smart TV,

³¹⁴ Mestra em Políticas Sociais e Cidadania (UCSal - 2020 - bolsista CNPq). Especialista em Direito Público pela Universidade Salvador (Unifacs - 2016). Graduada Direito (UCSal - 2013). Advogada (OAB/BA 41.339). Autora da Coluna "Do Caos à Crônica". Colunista semanal no site Bahia Social Vip. Co-fundadora do Movimento Universidade Arte Transformática (MudArt). E-mail: fernandapsa.adv@gmail.com

³¹⁵ Mestra em Políticas Sociais e Cidadania (UCSal - 2020 – bolsista Fapesb). Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Federal da Bahia. Graduada em Direito (UCSal). Advogada. Orientadora do Grupo de Pesquisa de Direito Ambiental e Resíduos Sólidos da Liga Acadêmica de Estudos Jurídicos da Bahia - LAEJU/BA. Integrante da Comissão de Meio Ambiente e Mediação da OAB-BA. Co-fundadora da organização Paz, Educação Ambiental e Consciência Ecológica (PEACE) e do Movimento Universidade Arte Transformática (MudArt). E-mail: llantyer@gmail.com

³¹⁶ CALDEIRA, Teresa P. R. Enclaves fortificados: erguendo muros e criando uma nova ordem privada. In: *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. Trad. Frank de Oliveira; Henrique Monteiro. São Paulo: Editora 34/Edusp, 2000. p. 257-300.

³¹⁷ CALDEIRA, Teresa P. R. Enclaves fortificados: erguendo muros e criando uma nova ordem privada. In: *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. Trad. Frank de Oliveira; Henrique Monteiro. São Paulo: Editora 34/Edusp, 2000.p.258-259.

pipoca de microondas sem glúten e sem lactose. O fato é que, na maioria das vezes, não é preciso sair do parque de diversões para sobre(viver). No entanto, toda diversão do mundo da fantasia chega um momento em que se torna enfadonha.

Tomando como alegoria um conjunto penal feminino, a que se destina às internas condenadas ao regime fechado e ao semi-aberto de Salvador e de mais 105 comarcas baianas, além das presas provisórias da cidade, o meio ambiente visual e vibratório é bem diferente de uma quarentena para edificação e evolução do ser. O cenário é de poucos metros quadrados. Exceto as galerias, no conjunto há apenas um pátio, três salas de aula, e um ambiente polivalente.

Em setembro de 2019 foram entrevistadas 16 internas deste Conjunto Penal Feminino de Salvador (CPFS). Na época, a utilização do pátio era feita de forma rotativa e alternada: pela manhã as processadas usam o pátio enquanto as condenadas ficam em suas galerias; pela tarde há a troca. Das 16h00 em diante, todas ficam enclausuradas. No dia seguinte, os turnos são invertidos e assim sucessivamente.

Ao ser questionada sobre suas necessidades, a interna Simone falou do pouco espaço físico à disposição e dos longos períodos de confinamento:

Ficar trancada muito tempo (...) Porque agora dividiu sentenciadas de processadas – por um lado é bom porque as sentenciadas são mais tranquilas –, mas deveria existir espaço para ambos os grupos ficarem mais tempo soltos durante o dia. Porque quando solta um grupo, prende o outro. Porque sinto muita dor no corpo por ficar muito tempo parada. Deveria existir atividades físicas. (Simone, entrevista realizada no CPFS em 26/09/2019)

No confinamento do mundo da fantasia, as queixas são devido às academias, salões de beleza, cinemas e shoppings fechados. Saudade do barzinho, né, minha filha? Enquanto sentes falta do shopping center, pessoas morrem em hospitais públicos e unidades prisionais. Diante de realidades tão contrastantes, adotamos o conceito de necrobiopoder desenvolvido por Berenice Bento:

O necrobiopoder unifica um campo de estudos que tem apontado atos contínuos do Estado contra populações que devem desaparecer e, ao mesmo tempo, políticas de cuidado da vida. Dessa forma, proponho nomear de necrobiopoder um conjunto de técnicas de promoção da vida e da morte a partir de atributos que qualificam e distribuem os corpos em uma hierarquia que retira deles a possibilidade de reconhecimento como humano e que, portanto, devem ser eliminados e outros que devem viver.³¹⁸

Voltando ao mundo real. Ao ser questionada sobre suas necessidades no meio ambiente prisional, a interna Ângela (nome escolhido pela custodiada) relatou: “a alimentação, o espaço físico da cela... Os banheiros são desagradáveis. E eu achava que

³¹⁸ BENTO, Berenice. Necrobiopoder: Quem pode habitar o Estado-nação?. Cad. Pagu [online]. 2018, n.53 [citado] 2020-01-05, e185305. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332018000200405&lng=pt&nrm=iso. Epub 11-Jun-2018. ISSN 0104-8333. <http://dx.doi.org/10.1590/18094449201800530005>. Acessado em: 08 de junho de 2020.

não deveria misturar as pessoas que tem uma vida muito ativa dentro do crime com as outras internas”. E sobre as noites de sono, respondeu:

São péssimas, nem durmo direito, às vezes tento dormir de tarde, mas às vezes não pode, as meninas implicam. Às vezes fico amedrontada. Eu não sei explicar direito, porque é a primeira vez que sou presa, mas teve uma revista aqui. Entrou um monte de policial encapuzado mandando as meninas tirarem a roupa e era 4h30 da manhã. Então toda vez que eu vou deitar pra dormir... acho que eles vão voltar. eu acho que todo mundo que está aqui está assim... Acho que faz parte do processo do presídio. acho que é uma questão de segurança, mas é muito assustador. (Ângela, entrevista realizada no CPFS em 24/09/2019)

Nos enclaves fortificados, as necessidades são outras. Para amenizar o tédio, o aplicativo do celular convoca a entrega em domicílio da pizza, da comida japonesa, do hambúrguer com molho especial. A alteração de rotina tem causado a inversão dos hábitos de sono com agravamento da insônia de muitos. No entanto, nada que possa ser comparado ao estágio do medo da insegurança dentro do próprio presídio.

Ao longo das entrevistas, algumas internas indicaram “presa” como um sentimento. É notável que a situação de prisão transcende os *status* exclusivamente fático, ambiental e jurídico. No cárcere, “estar presa” é um verdadeiro sentimento.

Ainda sobre as necessidades, a interna “Thiasla” respondeu: “A cela é entupida de água. Tenho que tirar água com uma vasilha da cela. E praticamente não durmo. Passo a noite acordada. Não consigo dormir” (entrevista realizada no CPFS em 23/09/2019). Mesmo grávida, lhe foi negada a prisão domiciliar. Com gestação de sete meses, só fez uma ultrassonografia até o momento. A interna apresenta sinais de automutilação no braço.

Porque eu me corto? Porque é o único jeito de eu me expressar. Sei lá, eu choro... Já pensei em me matar... Já tentei me matar várias vezes. Só que eu penso que tenho uma filha pra nascer e tenho um filho lá fora me esperando pra eu poder criar. Se eu perdesse uma dessas duas crianças, isso ia acabar com a minha vida. (Thiasla, entrevista realizada no CPFS em 23/09/2019).

Thiasla relatou que a automutilação é seu jeito de se expressar. Isso continuaria se ela estivesse sendo ouvida? Thiasla e as demais internas são reconhecidas como humanas pelos agentes do Estado e pela sociedade?

Durante o confinamento, muitos são os relatos de desequilíbrio físico e mental que derivam em tentativas e confirmações de suicídio. O que nos faz refletir o quanto o aprisionamento de pessoas traz de malefícios sob a desculpa de controle e segurança pública.

O ambiente prisional é (ou deveria ser), ao mesmo tempo, habitação adequada, espaço de trabalho, educação, assistência, recreação e prática esportiva. A penitenciária deveria acolher cada condenada em cela salubre e individual. Deveria. O Estado deveria zelar pela dignidade, saúde e integridade dessas custodiadas, conforme os artigos. 11,

83, 88, Lei 7.210/84, da Lei de Execução Penal. Como se não bastasse o encarceramento ser aterrorizante por si só, são gritantes as diferenças entre o disposto em lei e a realidade.

Segundo Berenice Bento, alguns nascem para viver, enquanto que outra parte da população compõem as vidas matáveis pelo Estado. Sobre o sistema prisional

o que Foucault chama de ‘deixar morrer’ eu aponto como um conjunto de técnicas sistemáticas, racionais, para provocar a morte daqueles que estão sob os “cuidados” do Estado. Comida estragada, não atendimento médico, superlotação das celas, pessoas presas sem acusação formal e sem sentença são algumas dessas técnicas. Não se trata de uma crise da população carcerária, ou uma falta de orçamento. Esses argumentos só alcançam o nível mais superficial do que está posto.³¹⁹

Evitar aglomerações, ventilação de ambientes e contato pessoal no cárcere é sim um mito. O meio ambiente prisional é constantemente relatado em inúmeras pesquisas como fisicamente insalubre e psicologicamente hostil. Se os médicos estão se dirigindo hoje em mutirão para salvar mais vidas diante da pandemia de covid, o que dizer da ausência de profissionais de saúde no sistema penitenciário brasileiro?

Diante de tanta escassez de direitos, não seria o mais coerente que os presos classificados como grupos de risco fossem transferidos para o regime domiciliar? Isso não é abolicionismo penal, mas sim a percepção da ineficiência e ineficácia do sistema prisional em garantir a saúde dos(as) custodiados(as) e a segurança pública.

Além disso, uma vez no mundo lá fora, que hoje é o de dentro, de que forma essas mulheres seriam (re)inseridas? Como ressocializá-las em um contexto de crise pandêmica do direito humano?

As máscaras do sistema aqui não são de proteção, mas de sentença de morte em sobre(vida). Produtividade, desempenho e metas são as máscaras necessárias de um sistema que é competitivo na sua raiz e busca tornar invisível o óbvio: trabalha-se ostensivamente porque não há vagas para todos. Se não há trabalho para a população extra cárcere pré e pós-covid, não há como imaginar uma mudança de cenário aos estigmatizados pela prisão em um estado de exceção que se tornou regra. “A tradição

BENTO, Berenice. Necrobiopoder: Quem pode habitar o Estado-nação?. Cad. Pagu [online]. 2018, n.53 [citado] 2020-01-05],e185305. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=Epub 11-Jun-2018. ISSN 0104-8333. <http://dx.doi.org/10.1590/18094449201800530005>. Acessado em: 08 de junho de 2020.

³¹⁹ LOWY, Michael. Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses "Sobre o conceito de história". Tradução de Wanda Nogueira Caldeira Brant, tradução das teses: Jeanne Marie Gagnebin, Marcos Lutz Muller. São Paulo: Boitempo, 2005.S0104-83332018000200405&lng=pt&nrm=iso. Epub 11-Jun-2018. ISSN 0104-8333. <http://dx.doi.org/10.1590/18094449201800530005>. Acessado em: 08 de junho de 2020.

dos oprimidos nos ensina que o ‘estado de exceção’ no qual vivemos é a regra. (...) Então surgirá diante de nós nossa tarefa, a de instaurar o real estado de exceção.”³²⁰

A realidade aqui tem cor e status definido. São negras e pobres, enclausuradas em um campo de concentração com gás natural. Eis o covid-19, mais um carrasco perfeito ao time do necrobiopoder. Mas ainda assim, o Estado não pode se eximir das condições degradantes e insalubres das penitenciárias brasileiras, potencializadoras de um meio ambiente de contaminação e proliferação de doenças antes mesmo do coronavírus. Se o risco de superlotação dos hospitais é temido por falta de respiradores, o que pensar das pessoas privadas de sua liberdade que estão doentes e com sentimento de prisão para além de um sintoma respiratório, mas da alma?

³²⁰ LOWY, Michael. Walter Benjamin: aviso de incêndio: uma leitura das teses "Sobre o conceito de história". Tradução de Wanda Nogueira Caldeira Brant, tradução das teses: Jeanne Marie Gagnebin, Marcos Lutz Muller. São Paulo: Boitempo, 2005.

A PANDEMIA A PARTIR DO ESTADO DE EXCEÇÃO EM GIORGIO AGAMBEN

Marcelo Fernandez Urani³²¹

1. Aspectos introdutórios.

A pandemia instalada com o Coronavírus (Covid-19) manteve e reforçou a visão do sociólogo Zygmunt Bauman³²² quanto ao estado de crise não ser transitório, e sim uma constante pela qual devemos aprender a lidar e nos reconfigurar a todo o instante, é a incerteza como uma constante. Além disso, a pandemia demonstrou que as fórmulas e respostas pré-moldadas não são suficientes para as novas demandas, especialmente aquelas que atingem uma escala global.

Na nova crise da pandemia – digo nova, pois atravessamos outras de caráter político, econômico e humanitário, essa última, por exemplo, a migração forçada – o direito não poderia passar imune. E como um regulador da sociedade, o Direito precisa responder ao que surge, independente do inesperado, sendo mais específico, o juiz não pode se eximir de julgar, havendo expressa disposição legal do CPC³²³ nesse sentido.

E essas novas demandas estão sendo irradiadas para os mais diversos ramos do conhecimento, não é privilégio de uma área, todos vão passar, de um modo ou de outro, por um processo de readaptação³²⁴. Para termos uma noção da proporção que a pandemia pode gerar, basta fazer um comparativo dela com as duas Guerras Mundiais, uma vez que essas não atingiram o mesmo quantitativo de países que a pandemia alcançou. Assim, se as duas guerras, especialmente a última, foram os maiores marcos transformadores do direito internacional e dos direitos humanos, possivelmente a pandemia seja um divisor ainda maior.

³²¹ Professor da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestre em ciências criminais pela PUC/RS. Especialista em direito processual penal e direito penal pela Universidade Estácio de Sá. Advogado. Email:marcelofernandezadv@hotmail.com.

³²² BAUMAN, Zygmunt; CARLO, Bordoni. Estado de crise. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 38.

³²³ Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

³²⁴ Um dos grandes processos de transformação social é apontado por Zygmunt Bauman sobre a modernidade, denominando essa mudança de modernidade pesada, a era do *hardware* para a modernidade leve, do *software*, na qual a imediatidade passou a ser o essencial, explicando que “O jogo da dominação na era da modernidade líquida não é mais jogado entre o “maior” e o “menor”, mas entre o mais rápido e o menos lento. Dominam os que são capazes de acelerar além da velocidade de seus opositores”. (BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 234.).

Em relação ao Direito, como um todo, as reconfigurações também já estão ocorrendo, são os novos contornos aos quais cada ramo deve procurar as soluções compatíveis. Dentre as possíveis respostas, podemos citar algumas, no entanto, sem valorar o acerto de cada uma delas, até pela necessidade do amadurecimento da doutrina e jurisprudência, nacional e internacional.

Assim, o direito internacional com a responsabilidade internacional, o processo civil com audiências virtuais (webconferência), o direito do trabalho com as reduções de jornada de trabalho e salário, o previdenciário com as questões assistenciais, o direito tributário com a suspensão da cobrança de créditos fiscais, direito financeiro e a flexibilização da lei de responsabilidade fiscal, o direito administrativo e as requisições administrativas, o direito civil tratando dos aspectos familiares, as relações de consumo com os contratos de fornecimento e cancelamento de pacotes turísticos, o direito empresarial e a recuperação judicial, o direito penal com a tentativa de desencarceramento dos integrantes dos grupos de risco. O último, talvez o mais complicado, por tratar diretamente dos bens jurídicos liberdade e integridade física, dentre outros casos que não se sabe aonde irão aparecer.

Evidente que toda solução passa pela adequação e respeito aos direitos e garantias fundamentais inseridos na Constituição Federal, Tratados Internacionais e assegurados na jurisprudência da Cortes Internacionais. Afinal, estamos num Estado Democrático de Direito, que com a Carta Magna de 1988 incorporou e deu toda importância aos direitos humanos e fundamentais, destacando-se o bloco de constitucionalidade que possibilita ao intérprete ampliar sua atuação com base nos direitos fundamentais.

O problema é que realmente existe uma zona nebulosa, na qual não é claro o que pode, o que não pode e o facultado, daí a brecha para o estado de exceção nessa zona de indeterminação. Com muito mais razão, temos essa nebulosidade quando foi instalado o estado de calamidade pública pelo Decreto Legislativo n. 6 de 20.03.2020 da União, situação conflituosa, ainda evidenciada, com a disputa de competências entre os Municípios, Estados, Distrito Federal e União, para enfrentar a pandemia, que ao final o Supremo Tribunal Federal³²⁵ decidiu pela competência concorrente dos entes.

2. O estado de exceção em Giorgio Agamben

Nesse paradigma de indefinição e da crise como uma constante, temos o estado de exceção de Giorgio Agamben³²⁶, um espaço que tudo é permitido, aparecendo a

³²⁵ Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 6341. Rel. Min. Marco Aurélio, DJE n. 90. Publicado em 20.04.2020.

³²⁶ AGAMBEN, Giorgio. Homo sacer, o poder soberano e a vida nua. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. p.166.

figura do *homo sacer*, no qual esse sujeito é a vida nua, desprovido de direitos e contra ele tudo pode e quem matá-lo não será punido, nesse há a encarnação do sujeito a margem da tutela jurídica, sem proteção alguma, como ocorreu nos campos de concentração no período nazista. Nesse sentido, a lição do filósofo é real e se adequa perfeitamente ao momento, a exemplo da Itália que deixou de atender os idosos acima de 80 anos vitimados pelo Coronavírus, ou, então, os imigrantes e refugiados.

É o verdadeiro e triste ressurgimento do campo³²⁷, que segundo Giorgio Agamben “constituem, no sentido que se viu, um espaço de exceção, no qual não apenas a lei é integralmente suspensa, mas, além, disso, fato e direito se confundem se, resíduos, neles tudo é possível”. É uma indistinção entre certo e errado, lícito e ilícito, regra e exceção, e o campo acaba por ser materializado no estado de exceção.

Por sua vez, Zaffaroni³²⁸ faz as mesmas constatações acima ao examinar o Direito Penal nazista, em função das derrogações das garantias penais, que “desde as primeiras leis penais, observa-se a derrogação da legalidade – formalmente consagrada e, 1935 – e, principalmente, a do princípio de não retroatividade da lei penal(...)”. Tal comparativo demonstra uma evidente aproximação entre o estado de exceção e o nazismo.

Um claro exemplo da aplicação do estado de exceção como suspensão normativa, nesse momento da pandemia, pode ser retirado de El Salvador³²⁹, situado na América Central. Neste país, o governo decretou estado de emergência no sistema carcerário, e juntou membros de facções criminosas opostas para que não saíssem ordens de dentro dos presídios, por força das disputas entre as organizações criminosas, e assim ocorra o combate ao aumento de crimes no período pandêmico.

No entanto, El Salvador parece desconsiderar dois pontos. O primeiro que o Estado assume a posição de garante dos seus presos e o outro é a clara possibilidade de responsabilização no plano internacional, por conta de violação aos direitos fundamentais dos presos, como já houve condenação na Corte Interamericana de Direitos Humanos³³⁰, no *case* Lori Berenson Mejía *versus* Peru:

³²⁷ A denominação campo é tratada no contexto apresentado por Giorgio Agamben como um espaço, no qual há suspensão das leis, e essa interrupção é feita através de lei. (AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Trad. Iraci Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004. p.12).

³²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Doutrina penal nazista. a dogmática penal alemã entre 1933-1945. Trad. Rodrigo Prado. Florianópolis: Tirant lo blanc, 2019. p. 94.

³²⁹ No va a entrar ni un solo rayo de sol: El Salvador sella las celdas de 16 mil pandilleros. El imparcial. Disponível em <<https://www.elimparcial.com/mundo/No-va-a-entrar-ni-un-solo-rayo-de-Sol-El-Salvador-sella-las-celdas-de-16-mil-pandilleros-20200427-0173.html>> acesso em 01.05.2020.

³³⁰ COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Lori Berenson Mejía versus Peru. Sentença de 2004. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/cf/corteidh_movil/digesto.cfm>. Acessado em 09.03.2020.

Son contrarias a la “finalidad esencial” de las penas privativas de la libertad] las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios sufridos [...] mientras [la persona] se encuentra privada de libertad. [Esto constituye] una forma de pena cruel cuando, debido a las condiciones de encierro, exista un deterioro de la integridad física, psíquica y moral.

O caso do sistema prisional salvadorenho representa o estado de exceção, que Giorgio Agamben³³¹ aponta “como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal”, obviamente que a conduta das autoridades de juntarem grupos diversos não tem fundamento legal. É o Estado fomentando a beligerância entre grupos criminosos inimigos, quase, ou senão, um verdadeiro decreto de morte coletivo³³².

E ainda, como alerta o autor³³³, uma tendência das democracias ocidentais é a substituição do estado de emergência, por uma indiscriminada técnica de segurança como atuação normal do Governo, exatamente o que acontece em tempos de retrocesso dos direitos fundamentais.

Referidas técnicas de segurança são rejeitadas pela jurisprudência da CIDH³³⁴, como no caso *Tibi versus* Equador, tendo sido definido como a “guantanimização do processo penal” os retrocessos processuais. Tal denominação é resultado da erosão dos direitos humanos no processo penal, com o abandono de progressos processuais e o retorno de medidas que se mostram deficitárias eticamente na luta contra a grave criminalidade.

O pensamento de Michel Foucault³³⁵ explica a questão através da biopolítica. Nesse caso, o Estado decide quem vive e morre, como o *homo sacer*, sua morte é impunível, é a vida matável. O limiar entre quem vive depende das escolhas do Estado, e tal referencial transparece na seletividade das políticas de saúde pública. Agora, mais precisamente durante a pandemia, esse limiar apareceu com a Recomendação n. 62 de 17.03.2020 do Conselho Nacional de Justiça, que visa prevenir a contaminação no sistema penal e socioeducativo, a qual priorizou o grupo de risco, quando, em verdade, todos os encarcerados estão, indistintamente, sujeitos a contaminação, além de ter desconsiderado o fato da superlotação atingir a maioria das unidades prisionais do Brasil.

³³¹ AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Trad. Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p.12.

³³² Muñoz Conde chega ao mesmo ponto, ao examinar no nazismo, o tratamento penal dado aos “Estranhos à comunidade” ou “pessoas de segunda categoria”, aduzindo que “A única saída para proteger a sociedade, a ordem social, desses sujeitos, era sua “inocuição””. (MUÑOZ CONDE, Francisco. Edmundo Mezer e o direito penal de seu tempo. estudos sobre o direito penal nacional-socialismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.103).

³³³ AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Trad. Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. p.27 e 28.

³³⁴ COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi vs. Ecuador, 2004. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>, Acesso em 07/05/2020.

³³⁵ FOUCAULT, Michel. Nascimento da biopolítica. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.55.

Na perspectiva do camaronês Achile Mbembe³³⁶, com uma crítica ao capitalismo a partir da periferia, temos a necropolítica no mundo contemporâneo, quando o soberano dispõe desse poder de morte, como explica o autor, o velho capitalismo substituiu o descarte das pessoas pela morte, o que continua ocorrendo durante a pandemia com mais vigor. Portanto, a política de Bem Estar é trocada pela necropolítica e gestão da barbárie. Todos esses autores são referenciais para uma ampla compreensão do estado de exceção, a vida nua e o atual estado de calamidade.

Diante da pandemia do Coronavírus, um dos grandes dilemas surgidos dessa zona nebulosa é se as pessoas devem sair para trabalhar e naturalmente manter hígido o capitalismo, ou se devem manter o isolamento social como medida preventiva de disseminação da pandemia³³⁷. Não há unanimidade sobre a resposta, mas a visão capitalista tensiona o fim do isolamento.

É a lógica do sacrifício imposta pelo neoliberalismo, aduzindo Achile Mbembe³³⁸ que, “Esse sistema sempre operou com um aparato de cálculo. A ideia de que alguém vale mais do que os outros. Quem não tem valor pode ser descartado. A questão é o que fazer com aqueles que decidimos não ter valor.”.

Novamente, surge o pensamento de Giorgio Agamben em relação a vida daqueles que sairão do isolamento social, e inevitavelmente estarão mais expostos ao contágio, é o aparecimento da vida nua. No outro vértice, uma pequena parcela ficará protegida em seu *bunker* de onde saem as orientações dos chefes, legalizadas pela política excludente do Estado, mas não pela ética. Portanto, ainda, que todos estejam aptos a serem contaminados, há uma escala do risco que é muito maior para quem está na linha de frente, no caso os trabalhadores.

Em razão desse fato, Achile Mbembe³³⁹ visualiza o isolamento social como uma forma de necropolítica e controle da vida e morte, “Agora todos temos o poder de matar. O poder de matar foi totalmente democratizado. O isolamento é precisamente uma forma de regular esse poder.”.

³³⁶ MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. 3. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018. p. 80.

³³⁷ A Organização Mundial de Saúde orienta o isolamento social como forma de prevenir propagação da pandemia do Covid-19.

³³⁸ MBEMBE, Achille. A pandemia democratizou o poder de matar, diz autor da teoria da “necropolítica”. Disponível em <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2020/03/pandemia-democratizou-poder-de-matar-diz-autor-da-teoria-da-necropolitica-ck8fpqew2000e01ob8utoadx0.html>> Acessado em 13.05.2020.

³³⁹ MBEMBE, Achille. A pandemia democratizou o poder de matar, diz autor da teoria da “necropolítica”. Disponível em <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2020/03/pandemia-democratizou-poder-de-matar-diz-autor-da-teoria-da-necropolitica-ck8fpqew2000e01ob8utoadx0.html>> Acessado em 13.05.2020.

Ainda nesse debate, discute-se qual a função do Estado? Tutelar o capital ou a vida humana? Questionamento, ainda, sem uma resposta clara frente a uma postura de exposição social dos trabalhadores, e também dos presos, que pouco têm merecido uma eficaz ação do Estado³⁴⁰.

Mais umas das novidade trazidas pelo Coronavírus é que antes os problemas não chegavam, em grande proporção, tão próximos das elites, agora a pandemia demonstrou seu desprezo pelas fronteiras e até chefes de Estado e ministros estão sendo atingidos pela doença, não há limites e barreiras para o vírus, daí o comparativo com as duas grandes guerras, pelos menos em termos de extensão. Todos estamos sendo atingidos, passamos a ser o *homo sacer* do Coronavírus e o Estado perdido na sua função, que ainda não apareceu bem delineada e talvez não reapareça, parafraseando Ilya Prigogine³⁴¹, é o fim das certezas.

Por efeito há uma necessidade de repensar a forma de agir estatal, como enfrentar a pandemia, daí a importância de Hannah Arendt³⁴² sobre o agir consciente e a necessidade de questionar, pois “os clichês, os lugares-comuns, a adesão a códigos convencionais e padronizados de expressão e conduta têm a função socialmente reconhecida de nos proteger contra a realidade, isto é, contra a solicitação da atenção de nosso pensamento”. No entanto, os novos acontecimentos exigem um enfrentamento não fictício, com base numa política inclusiva e não excludente.

Assim, partindo do marco dos direitos humanos, a atuação estatal deve se orientar pela tutela da vida, ainda que excepcionalmente ocorra a restrição a direitos fundamentais³⁴³, mas justificado em razão da legítima atuação do Estado. Como ponderam a respeito do tema Ingo Sarlet e Hermes Zaneti³⁴⁴ “decorrentes do estado de calamidade, observados, à evidência, as exigências da proporcionalidade e da salvaguarda de seu núcleo essencial”.

³⁴⁰ São poucas as chances de resgatar a segurança e garantias do Estado, pois os novos poderes globais atingem a liberdade política estatal, com diretrizes para negar atenção a setores “economicamente dispensáveis” e políticas protecionistas, e caso ocorra desobediência no atendimento a essa nova ordem, poderá haver sanções econômicas, eventualmente, intervenção militar. (BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 231 e 232.).

³⁴¹ PRIGOGINE, Ilya. O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza. Trad. Roberto Ferreira. São Paulo: Unesp, 1996.

³⁴² ARENDT, Hannah. Responsabilidade e julgamento. Trad. Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p.227.

³⁴³ A restrição da liberdade pressupõe, por exemplo, o respeito ao devido processual legal e as garantias fundamentais. (SILVA, Edimar Carmo da; URANI, Marcelo Fernandez. Manual de direito processual penal acusatório. doutrina e jurisprudência. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2017.).

³⁴⁴ SARLET, Ingo; ZANETI, Hermes. Direitos fundamentais em tempos de pandemia II: estado de calamidade e justiça. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2020-abr-05/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-tempos-pandemia-ii>>. Acesso em 07.04.2020.

Mesmo essa restrição é limitada a um núcleo intangível. Para termos uma noção da força protetiva da dignidade da pessoa humana, basta, exemplificativamente, observar que até quando ocorrem guerras, existem regras entre os países litigantes em relação a determinados grupos de pessoas, como dispõe a Convenção de Genebra. Desse modo, se prevalecer a ideia que a pandemia é algo similar a um período de guerra, ainda assim, a dignidade será um limite protetivo essencial.

Buscando, portanto, a síntese de Daniel Sarmiento³⁴⁵, a dignidade da pessoa humana constituiu o epicentro do ordenamento jurídico, sendo um dos fundamentos do Estado brasileiro e também da comunidade internacional, os quais devem pautar suas atuações com base naquela. Logo, o ser humano não pode ser instrumentalizado e visto como objeto para circular riquezas e dessa forma deve ser, para não ocorrer responsabilização nas Cortes Internacionais por violação a dignidade, que não podem ser “justificadas” pela pandemia.

3. Considerações finais

O limiar, entre o que pode ser permitido, nessa zona nebulosa, são os direitos humanos e fundamentais, mais especificamente a dignidade da pessoa humana. E ainda que difícil a conceituação da dignidade, dada a sua abrangência, é necessário compreendê-la. Portanto, essa pode ser entendida como um núcleo inatingível do ser humano, o limite intransponível de toda pessoa contra a sociedade e intervenções estatais pelo simples fato de alguém “ser humano”, independente de raça, cor, sexo, orientação sexual, condição financeira, nacionalidade e credo.

Também deve ser levado em consideração, que a definição da dignidade da pessoa humana está em permanente construção e desenvolvimento. E apesar dessa polissemia conceitual, as circunstâncias, mesmos especiais, como na hipótese da pandemia não podem justificar a relativização do núcleo essencial, ou então, estaremos adentrando ao núcleo intangível, que é o mínimo existencial.

Assim, devem ser considerados dois elementos caracterizadores da dignidade, o positivo e o negativo³⁴⁶. O primeiro como o direito as condições mínimas existenciais e o segundo como o dever de abstenção a tratamento ofensivo, degradante e atentatório aos direitos fundamentais, por efeito, constata-se em face do segundo, uma relação entre a dignidade da pessoa humana e o estado de calamidade pública. Notadamente, existe o dever de tutela da vida não só de certos grupos, mas de todos aqueles que estão expostos aos riscos de contaminação pelo coronavírus, independente de quem seja, trabalhadores da linha de frente ou presos.

³⁴⁵ SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.195.

³⁴⁶ RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p.183.

E a função do Estado na pandemia, pautada na dignidade da pessoa e no direito fundamental à saúde, precisa ser questionada e cobrada para que mais vidas não se percam, como está ocorrendo em diversas partes do Brasil e do mundo. Cabe a todos o papel da participação consciente na política, sob pena da “irresponsabilidade” do dente da engrenagem de Eichmann.

Referências bibliográficas:

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Trad. Iraci Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. Homo sacer, o poder soberano e a vida nua. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

ARENDT, Hannah. Responsabilidade e julgamento. Trad. Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BAUMAN, Zygmunt; CARLO, Bordoni. Estado de crise. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

_____. Modernidade líquida. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

FOUCAULT, Michel. Nascimento da biopolítica. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MBEMBE, Achille. A pandemia democratizou o poder de matar, diz autor da teoria da “necropolítica”. Disponível em <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2020/03/pandemia-democratizou-poder-de-matar-diz-autor-da-teoria-da-necropolitica-ck8fpqew2000e01ob8utoadx0.html>> Acessado em 13.05.2020.

_____. *Necropolítica*. 3. ed. São Paulo: n-1 edições, 2018.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Edmundo Mezer e o direito penal de seu tempo. estudos sobre o direito penal nacional-socialismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005,

PRIGOGINE, Ilya. O fim das certeza: tempo, caos e as leis da natureza. Trad. Roberto Ferreira. São Paulo: Unesp. 1996.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo; ZANETI, Hermes. Direitos fundamentais em tempos de pandemia II: estado de calamidade e justiça. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-05/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-tempos-pandemia-ii>>. Acesso em 07.04.2020.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, Edimar Carmo da; URANI, Marcelo Fernandez. Manual de direito processual penal acusatório. doutrina e jurisprudência. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Doutrina penal nazista. a dogmática penal alemã entre 1933-1945. Trad. Rodrigo Prado. Florianópolis: Tirant lo blanc, 2019.

A BOA-FÉ OBJETIVA COMO ELEMENTO HERMENÊUTICO INTEGRATIVO DA TEORIA DA IMPREVISÃO PARA REVISÃO CONTRATUAL EM TEMPOS DE PANDEMIA

Marcelo Pinto da Silva³⁴⁷

RESUMO: Quando duas ou mais pessoas celebram um contrato, elas partem de uma vontade que sinaliza um caminho, um propósito, o desejo de um resultado positivo econômico ou social decorrente daquela avença. Contudo, é possível que as circunstâncias mudem com o tempo e fatores externos tornem o resultado útil inalcançável para uma das partes. A França no início do século XX, com o advento da I Guerra Mundial, viu-se obrigada a rever o rigor absoluto do contrato que atuava de forma imperativa e absoluta, tornando suas partes escravas do quanto pactuado, cedendo espaço para reestabelecer outra base teórica, segundo a qual os contratos se cumprem se as condições externas permanecem inalteradas como na época da contração. Ganharam força as teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva, o que sedimentou o novo arcabouço para revisão dos contratos cíveis até os dias atuais. Porém, ainda há divergências quanto às compreensões e aplicação das teorias. O Código Civil de 2002 além destas possibilidades de revisão contratual trouxe também princípios gerais capazes de subsidiar o hermenêutica quando do caso concreto, entre eles a função social do contrato e a boa-fé objetiva, privilegiando na interpretação a vontade real das partes no momento da formação, a equivalência material e o justo equilíbrio econômico de suas prestações. Deste modo, a boa-fé objetiva cria deveres de lealdade e cooperação para alcançar os resultados desejados favoráveis para ambas as partes no contrato e atua como elemento de integração hermenêutica quando há dificuldade de aplicar a Teoria da Imprevisão.

Palavras-chave: Contratos; Imprevisão; Boa-fé; Integração.

ABSTRACT: When two or more people begin celebration of contract they start from a will, which signals a path, a purpose, the desire for a positive economic or social result from that agreement. However, it is possible that circumstances change over time and

³⁴⁷ **SÚMULA CURRICULAR DO AUTOR:** Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia — UFBA (2004). Aperfeiçoou-se em Direito Civil na Fundação da Faculdade de Direito da UFBA (2006). Possui MBA em Gestão de Negócios pela Faculdade Católica de Ciências Econômicas da Bahia — FACCEBA (2007). Mestre em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia — UFBA (2011). Atualmente é Professor da Universidade do Estado da Bahia — UNEB, onde foi Coordenador de Colegiado do Curso de Direito do Campus VIII entre 2015-2017 e hoje atua como Pesquisador do OPARÁ na Linha de Pesquisa Direito, Cidadania e Relações Interétnicas (2016) e como Diretor do Centro de Estudos dos Povos Afro-Índio-Americanos — CEPAA (2018). Foi Professor Substituto de Direito Civil da Universidade Federal da Bahia — UFBA (2012-2014) e lecionou Direito também no Centro Universitário Estácio da Bahia — Estácio/FIB e na Faculdade Sete de Setembro — FASETE (2010-2014), onde participou do Grupo de Estudos dos Direitos das Minorias e Acessibilidade — GEDMA (2012). Foi professor da graduação na Faculdade Metropolitana de Camaçari — FAMEC (2010-2014), em que atualmente integra o quadro dos docentes da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público e Privado (2017). Como Advogado é membro da Comissão do Advogado-Professor da OAB/BA e Sócio Administrador do Escritório Mello Advogados Associados (2013). Palestrante e escritor.

external factors make the useful result unattainable for one of the parties. The France beginning of the twentieth century, with the advent of World War I, was forced to review the absolute rigor of the contract that acted in an imperative and absolute way, making its parts slaves to what was agreed, giving space to reestablish another theoretical basis, according to which contracts are fulfilled if external conditions remain unchanged as at the time of the contraction. Theories of unpredictability and excessive burdens gained strength, which consolidated the new framework for revising civil contracts to the present day. However, there are still disagreements as to the understanding and application of the theories. The 2002 Civil Code brought general principles capable of subsidizing the hermeneutic in the specific case, among them the social function of the contract and objective good faith, privileging in the interpretation the real will of the parties, at the time of formation, the material equivalence and the fair economic balance of their services. In this way, objective good faith creates duties of loyalty and cooperation to achieve the desired results favorable to both parties to the contract and acts as an element of hermeneutical integration when it is difficult to apply the theory of unpredictability.

Keywords: Contracts; Unpredictability; Good faith and Integration.

INTRODUÇÃO

A teoria clássica contratual foi reformada pela doutrina civil pós-moderna, essencialmente pela atribuição de maior efetividade normativa aos princípios. Por meio de cláusulas gerais e conceitos indeterminados o novo ordenamento civil brasileiro, alicerçado na eticidade, na sociabilidade e na operabilidade, buscou retirar os grilhões do dogmatismo irrefletido e deu ferramentas ao juiz, a fim de que no caso concreto, possa tornar a relação jurídica negocial algo que seja interesse também da coletividade e não tão somente das partes, privilegiando assim os desenvolvimentos econômico e social de forma global.

Diante das diversas possibilidades de alteração contratual decorrentes da vontade das partes — ainda que não expressamente manifesta —, ou por via judicial dada a alteração das circunstâncias, que indiquem uma situação substancialmente diferente da originalmente contratada, tomar-se-á como recorte epistemológico da investigação o estudo da boa-fé objetiva como princípio geral contratual, tendo como problema de pesquisa a possibilidade dessa ser utilizada para integração na interpretação dos contratos, a fim de promover reequilíbrio das partes quanto à sua base econômica em situação cuja imprevisibilidade seja questionável, tendo como ponto de reflexão a pandemia provocada pelo Novo Coronavírus causador da COVID-19, que assola o mundo no corrente ano.

Esta pesquisa tem como objetivo, portanto, verificar se a boa-fé objetiva pode atuar como elemento hermenêutico integrativo da Teoria da Imprevisão na revisão contratual em tempos de pandemia, sanando eventuais dúvidas sobre a aplicabilidade da Teoria da Imprevisão. O texto foi produzido a partir de uma metodologia de pesquisa

exploratória e aplicada, utilizando procedimentos de coleta de informação comuns, tais como as pesquisas bibliográfica e documental, com análise qualitativa das informações.

Para bem fiel cumprir seu mister e tornar a leitura mais didática, o desenvolvimento da presente pesquisa foi dividido em 03 (três) capítulos que se seguem a esta introdução. Inicialmente analisar-se-á a questão da formação dos contratos quanto ao elemento da vontade das partes; em seguida, para bem se desenvolver, tangenciar-se-á a Teoria da Imprevisão e os fundamentos básicos da revisão contratual; por fim discutir-se-á como a Teoria da Imprevisão relaciona-se com a boa-fé objetiva em um paradigma em que o contrato deve cumprir uma função social e seus desdobramentos em tempos de pandemias.

1. DA VONTADE REAL NA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

O legislador pátrio previu no Art. 112 do Código Civil de 2002 (CC/02)³⁴⁸ que nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem, ou seja: permitindo uma análise subjetivista do contrato para privilegiar não somente o texto frio da norma criada pelas partes, mas para buscar o verdadeiro *animus* do que se desejou contratar. Inclusive o Superior Tribunal de Justiça (STJ) assim já se manifestou sobre o tema:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. [...] EXEGESE DO ART. 85 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ART. 112 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002). RECONHECIMENTO DA SITUAÇÃO DE COBRIGADO NA AVENÇA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO QUE PRIVILEGIA A INTENÇÃO DOS CONTRATANTES, A BOA-FÉ OBJETIVA E OS USOS E COSTUMES.

1. A principiologia adotada no Art. 85 do CC/16 - no que foi reafirmada de modo mais eloquente **pelo Art. 112, do CC/02 – visa conciliar eventuais discrepâncias entre os dois elementos formativos da declaração de vontade, quais sejam, o objetivo – consubstanciado na literalidade externada -, e o subjetivo - consubstanciado na internalidade da vontade manifestada, ou seja, na intenção do agente.**

2. No caso concreto, é incontroverso que o ora recorrido assinou o contrato de mútuo como "avalista-interveniente". Porém, o próprio acórdão recorrido reconheceu que, no corpo do contrato, "o agravado Abdo Aziz Nader assumiu a condição de coobrigado interveniente avalista, nos termos da cláusula 8.7 dos contratos firmados pelas partes, objeto da execução" (fl. 127), o que evidencia, deveras, **que a manifestação de vontade consubstanciada na literalidade da expressão "avalista" não correspondeu à intenção dos contratantes, cujo conteúdo era, decerto, ampliar as garantias de solvência da dívida, com a inclusão do sócio da devedora como coobrigado.**

3. Assim, a despeito de figurar no contrato como "avalista-interveniente", o sócio da sociedade devedora pode ser considerado coobrigado se assim evidenciar o teor da avença, **conclusão que privilegia, a um só tempo, a boa-fé objetiva e a intenção externada pelas partes por ocasião da celebração.**

³⁴⁸ BRASIL, Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, DF, jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.

4. Ademais, os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme os usos e costumes (Art. 113, CC/02), e se mostra comum a prática de os sócios assumirem a posição de garantistas pessoais das obrigações da sociedade da qual fazem parte (por aval ou por fiança), de modo que a interpretação pleiteada pelo ora recorrente não se distancia – ao contrário, aproxima-se - do que normalmente ocorre no tráfego bancário. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e provido³⁴⁹.

Verifica-se que a literalidade da cláusula contratual é deixada a *latere* para privilegiar a boa-fé e a intenção real das partes. Em verdade, a boa-fé (partindo da teoria da confiança) é um elemento hermenêutico de interpretação dos negócios jurídicos como ensinam Cristiano Chaves e Nelson Roselvald³⁵⁰, segundo os quais é possível asseverar, então, que o comando 112 do CC/02 adotou a teoria da confiança, focando na vontade consubstanciada nas declarações, relegando ao segundo plano o texto.

Desavindamente, se o leitor fizesse de forma pusilânime uma leitura crescente dos artigos do CC/02 poderia equivocadamente inferir que o legislador buscou privilegiar a declaração e não a intenção subjetiva, pois o Art. 110 prevê que a manifestação de vontade subsiste, ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou³⁵¹.

O legislador priorizou no Art. 110 a vontade externada e no Art. 112 a vontade interna, em aparente contradição, que se resolve quando se traz a boa-fé objetiva como elemento hermenêutico para integração, ou seja: a regra geral é a vontade (interna), mas quando esta é ocultada com fins de induzir a erro a outra parte contratante, exteriorizando uma manifestação que não corresponde a realidade, tão somente para atrair a outra parte ao negócio, fica visível a violação à boa-fé. Então, justamente para garantir a expectativa que foi gerada na contratação, desconsidera-se a vontade para privilegiar a declaração que deu azo ao negócio jurídico, pois a boa-fé objetiva precede à existência do contrato, devendo ser observada nas tratativas gênesis.

A sistemática da reserva mental não empresta uma regra geral de interpretação da vontade, mas uma exceção para garantir a boa-fé na formação dos negócios jurídicos, entre eles os contratos, tanto é que ao final do artigo 110 o legislador faz uma ressalva indicando que vai prevalecer a vontade interna ocultada se a outra parte tinha conhecimento anterior dela, posto que sendo sabedor da real intenção não pode querer

³⁴⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.013.976**. Quarta Turma. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Data de Julgamento: 17/05/2012.

³⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Lineamentos acerca da interpretação do negócio jurídico: perspectivas para a utilização da boa-fé objetiva como método hermenêutico. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v.18, p.8-32, dez./jan. 2008.

³⁵¹ O Código Civil brasileiro trata da reserva mental antes de tratar da forma de interpretação dos contratos, já sinalizando pois, que a boa-fé objetiva é um elemento intrínseco e anterior no processo de estudo e compreensão do contrato pois ela está presente mesmo antes da existência do contrato, já nas avenças preliminares à própria formação do contrato.

fazer prevalecer a declaração que foi externada, uma vez que a ninguém é dado o direito de beneficiar-se de sua própria torpeza, *venire contra factum proprium*³⁵².

Pode-se exemplificar com casos ocorridos na Colina Sagrada, em Salvador/BA, às portas da Igreja do Senhor do Bonfim, quando vendedores de adereços religiosos amarram as tradicionais fitinhas nos braços dos visitantes sinalizando um contrato de doação, quando a real intenção se consubstancia numa promessa de compra e venda. Um turista incauto pode fazer exigir a entrega da fita gratuitamente, uma vez que fora manifestação expressa utilizada para lhe induzir ao erro na contratação, caracterizando doação. Todavia, um soteropolitano assíduo frequentador do local e conhecedor dos costumes não poderia gozar de igual exigência, pois conhece a vontade interna do proponente e não faria jus doação, uma vez que sobre ele já não incide a violação à boa-fé, que se mostra assim, nítido elemento de integração para solução deste conflito de interesses.

Neste diapasão, Caio Mário ensina que a boa fé objetiva é característica das relações obrigacionais e que esta não se qualifica pelo estado de consciência do agente. Ou seja: não diz respeito ao estado mental do agente, mas a seu comportamento na relação jurídica de cooperação, de modo que cria deveres positivos, tais como os de: cooperar e colaborar para que o contrato obtenha o resultado positivo³⁵³. Vai além o saudoso civilista, para, conforme delineado nesta pesquisa, afirmar que a boa-fé objetiva serve como elementos interpretativo do contrato, de criação de deveres jurídicos (cooperação, cuidado, segurança, informação, sigilo entre outros) e como elemento de limitação e ruptura de direitos, proibindo as condutas contraditórias³⁵⁴ (*venire contra factum proprium*) do *inciviliter agere*³⁵⁵.

Outro ponto pelo qual podemos compreender a força da vontade na formação dos negócios jurídicos é a conversão substancial — prática admitida na legislação com fins de atender ao princípio da conservação dos contratos e que visa dar segurança jurídica ao premiar e empreender esforços para perpetuar a vontade das partes que desejavam negociar, promovendo sempre que possível o aproveitamento do negócio jurídico e, uma vez detectada uma nulidade não necessariamente todo negócio jurídico precisa ser declarado nulo, mas sim aproveitado naquilo que não é atingido pela nulidade, conforme se apreende da previsão do § 2º do Art. 51 do Código de Defesa do

³⁵² *Venire contra factum proprium* é a proibição de comportamento contraditório pelos contratantes e constitui um dos desdobramentos da boa-fé objetiva. Assim uma parte que age de má-fé não pode beneficiar-se de sua atuação inada que a outra também tenha agido de má-fé.

³⁵³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. v.III, 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.20.

³⁵⁴ *ibid* loc cit.

³⁵⁵ “Agir iníquo”.

Consumidor (CDC), que exorta que a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração decorrer em ônus excessivo a qualquer das partes.

Indo mais além, o legislador do CC/02 permite até mesmo a conversão para lhe conferir uma existência validada na forma de outro contrato, uma vez que no Art. 170 assentou que se um negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido se houvessem previsto a nulidade. O exemplo típico neste caso é o contrato de compra e venda de imóvel em valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país, cujo Art. 108 do CC/02 impõe a realização de escritura pública e consequente registro. Mas em muitos casos as partes desconhecendo as minúcias da lei, elaboram contrato particular como se compra e venda o fosse, incidindo na nulidade do inciso IV do Art. 166 do CC/02, de modo que neste caso a compra e venda é nula, mas o aludido contrato pode ser aproveitado como promessa de compra e venda, o qual possui força para gerar direito real sobre o imóvel nos termos do inciso VII do Art. 1225 do CC/02.

A Escola do Culturalismo Jurídico “realiano³⁵⁶” ressuscita o valor do magistrado para construção de uma decisão justa na medida em que se concebe o direito como criação humana e, portanto, indissociável da questão valorativa. Podemos citar o tridimensionalismo de Miguel Reale, que supervisionou a comissão de elaboração do CC/02, como uma dessas manifestações no sentido de conceber a justiça como um valor fim do direito, possuindo este elemento fático, axiológico e normativo³⁵⁷, ou seja: o direito como fato valor e norma, o que leva a compreensão do Art. 112 CC/02 interpretando-se como justa não somente repetir o texto do contrato, mas buscar o seu sentido, o real desejo das partes e as condições internas e externas que influenciaram, ou não, na sua elaboração e execução.

Logo, compreende-se que a vontade é um elemento balizador na formação dos negócios jurídicos, prevalecendo em regra a vontade interna do agente. E, como deferência a essa vontade, é possível permitir a manutenção parcial de um negócio jurídico quando possível excluir as nulidades sem afetar a parte aproveitada, bem como até mesmo constituir um novo contrato que encontre abrigo quanto à forma e substância na lei. Sendo que em quaisquer das hipóteses a boa-fé objetiva sempre norteará a interpretação, a integração ou implicará, inclusive, em limitação e exclusões de direitos.

2. DA TEORIA DA IMPREVISÃO NA REVISÃO DOS CONTRATOS

³⁵⁶ Que se refere a Miguel Reale que entre outras obras, destacamos A Teoria Tridimensional do Direito, na qual o elemento valor foi incluído para sua delimitação conceitual, rompendo a limitação do direito ao binômio fato e norma, compreendendo-o como fruto inequívoco da construção humana, e inexoravelmente ligados os valores que acompanham o seu intérprete e portanto dentro da linha do culturalismo jurídico.

³⁵⁷ REALE, Miguel. **A Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 11.

A possibilidade de repactuação dos negócios jurídicos ganhou força na França a partir da impossibilidade de cumprimento de contratos face às consequências da I Guerra Mundial, em que se aprovou em 21 de janeiro de 1918 a *Lei Faillot* para regulamentar os contratos de fornecimento de carvão assinados antes da guerra e que foram alcançados por ela antes de sua conclusão.

Fernanda Frustockl aduz que no século XIX, momento histórico de maior influência do liberalismo econômico e período de relativa estabilidade monetária no continente europeu, o Código Civil francês (*Code Napoléon*, 1804), desenvolvido neste período para ultrapassar o modelo econômico feudal, emprestou caráter absoluto ao princípio *pacta sunt servanda*³⁵⁸, impedindo a intervenção judicial na revisão de cláusulas contratuais³⁵⁹. Pensamento referendado na obra de Bueno³⁶⁰.

Com as significativas alterações sociais e econômicas ocorridas no século XX, decorrentes principalmente das Guerras de 1914-18 e 1939-45, a consequente desvalorização da moeda e a dificuldade de obtenção de mercadorias, a questão da revisão contratual voltou a manifestar-se, resgatando a importância da cláusula *rebus sic stantibus*³⁶¹ e abrindo caminho para 3 (três) teorias: Teoria da Imprevisão (França), a Teoria da Base Objetiva do Negócio (Alemanha) e a Teoria da Onerosidade Excessiva (Itália)³⁶².

Para empreender maiores precisão temporal e histórica, a doutrina de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona esclarece que desde o Código de Hamurábi, na Lei 48, já havia a revisão do contrato para excluir juros, caso uma tempestade devastasse o campo

³⁵⁸ *Pacta sunt servanda* é uma expressão latina, atribuída ao período da Idade Média, extraída do Direito Canônico, que ganhou força no mundo jurídico corrente especialmente a partir do século XIX, com as influências do pensamento liberal econômico que afastou as interferências estatais e religiosas das tratativas comerciais para aumentar a autonomia da vontade nos negócios jurídicos e assim empreender maior segurança jurídica quanto ao cumprimento do contratado, criando bases para atrair maiores investimentos no período desenvolvimentista.

³⁵⁹ FRUSTOCKL, Fernanda Carvalho. **Aspectos da revisão judicial dos contratos no Direito Civil brasileiro e alemão**. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/fernanda_frustockl.pdf. Acesso em: 15 jun. 2020.

³⁶⁰ BUENO, Vânia Maria Cunha. **A teoria da imprevisão e ao atual Direito Privado nacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994, p. 08-09.

³⁶¹ *Rebus sic stantibus* também é uma expressão latina que significa em uma tradução literal "estando assim as coisas" que serve para de forma geral indicar que os contratos devem ser cumpridos se, o estado de coisas permanece igual ao momento em que se formou a avença. Um exemplo antigo que se atribui a esta cláusula era se a uma pessoa fosse confiada uma arma de fogo como depositário fiel, não mais estando gozando de sanidade mental o seu proprietário não poderia o fiel depositário entregar-lhe a arma como originalmente contratado, ante a nova realidade, não recaindo sobre o depositário neste caso qualquer reproche relativo a inexecução contratual. Detalhamentos sobre a *Rebus sic stantibus* estão desenvolvidos ao longo das próximas páginas deste artigo, sem a mínima pretensão de esgotar tão vasto e rico conteúdo.

³⁶² FRUSTOCKL, Fernanda Carvalho, op cit, loc cit.

ou se houvesse falta de água que atrapalhasse a colheita³⁶³. Logo, já no século XVII a.C já se cuidava da Teoria da Imprevisão, o que não significa que esta cláusula sempre esteve em aplicação. Durante o Direito Romano, até mesmo pelas características personalíssimas do *nexum* (contrato) era imposto ao devedor inadimplente a execução pessoal, reduzindo-o à condição de escravo quando impossibilitado de arcar com suas dívidas ou até esquartejado em concurso de credores, por isso Caio Mário sentencia que o Direito Romano era incompatível com a *rebus sic stantibus* ³⁶⁴.

O professor Luiz Otávio Rodrigues Júnior, assevera que é muito comum encontrar em livros e em acórdãos referências à cláusula *rebus sic stantibus* como se ela fosse um sinônimo da “Teoria da Imprevisão” ou como fundamento para a revisão dos contratos. Esclarece o jurista que essa expressão latina em sua forma completa quer dizer: “os contratos que têm trato sucessivo ou a termo ficam subordinados, a todo tempo, ao mesmo estado de subsistência das coisas” e sua origem está em fragmentos romanos, mas sua formulação teórica somente teria aparecido na Idade Média³⁶⁵.

Como segue explicando Caio Mário, a Teoria da Imprevisão só ressurgiu na Idade Média³⁶⁶ quando os juristas compreenderam que o pressuposto para exigir o cumprimento de um contrato era a imutabilidade das condições em que ele foi celebrado, com a máxima: “*Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*³⁶⁷”. Vindo finalmente ser resgatada definitivamente no início do século XX conforme esposado anteriormente.

Ainda assim, a Teoria da Imprevisão encontrou neste período resistência a sua utilização, seja pela relativização da segurança jurídica ou pela própria essência do contrato sob o argumento de que admitir a revisão de contratos sempre que houvesse um imprevisto seria como retirar desse sua própria utilidade, como ensina a doutrina de Ripert³⁶⁸.

³⁶³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, Parte Geral. v.4. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.311-312.

³⁶⁴ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**, op cit., p. 145.

³⁶⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.36-37.

³⁶⁶ *ibid* loc cit.

³⁶⁷ “Os contratos que têm o trato sucessivo e dependência futura devem ser entendidos estando assim as coisas”.

³⁶⁸ RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bookseller, 2.009, p. 156.

Álvaro Villaça sinaliza que inicialmente poderia parecer que o *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemão – BGB), após a reforma do Direito das Obrigações em 2002, teria acolhido a Teoria da Imprevisão³⁶⁹:

Realmente, em sua primeira alínea, o § 313 acentua que “Havendo mudanças graves nas circunstâncias que integram a base do contrato, depois de sua celebração” (alea extraordinária), “em razão das quais os contratantes não o celebrariam ou o fariam com outro conteúdo, se tivessem podido prever as mudanças” (aqui a questão da previsibilidade), “pode-se requerer a adaptação do contrato, desde que uma das partes considere as circunstâncias do caso concreto, principalmente sobre a divisão de riscos contratuais ou legais, não se podendo exigir a manutenção do contrato celebrado”³⁷⁰.

Esclarece o doutrinador que nitidamente é possível aferir, nesse artigo do BGB, que as alterações nos termos do contrato ocorrem após sua celebração, com o advento de que eventos futuros dos quais as partes não tivessem podido prever. Desse modo, explica Villaça que sendo previsíveis essas mudanças, não será aplicável o aludido dispositivo legal, e portanto, defende o doutrinador que o desequilíbrio econômico do contrato é suficiente para que se possa modificá-lo ou resolvido, em razão da simples ocorrência da onerosidade excessiva³⁷¹.

O entendimento recorrente na doutrina pátria vê a teoria da base objetiva, que dispensa a imprevisibilidade, como aplicável apenas nas relações de consumo, em razão da previsão do Art. 6º, inciso V do CDC, pensamento referendado na jurisprudência brasileira. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já se manifestou neste sentido:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA. DÓLAR AMERICANO. MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL. AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTO PARA ATIVIDADE PROFISSIONAL. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. TEORIAS DA IMPREVISÃO. TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA. TEORIA DA BASE OBJETIVA. INAPLICABILIDADE. [...]

5. A teoria da base objetiva, que teria sido introduzida em nosso ordenamento pelo Art. 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor – CDC, difere da Teoria da Imprevisão por prescindir da previsibilidade de fato que determine oneração excessiva de um dos contratantes. 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.

³⁶⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Inaplicabilidade da teoria da imprevisão e onerosidade excessiva na extinção dos contratos**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/inaplicabilidade-da-teoria-da-imprevisao-e-onerosidade-excessiva-na-extincao-dos-contratos/>. Acesso em: 15 jun. 2020.

³⁷⁰ *ibid* loc cit.

³⁷¹ *ibid* loc cit.

6. Em que pese sua relevante inovação, tal teoria, ao dispensar, em especial, o requisito de imprevisibilidade, foi acolhida em nosso ordenamento apenas para as relações de consumo, que demandam especial proteção. Não se admite a aplicação da teoria do diálogo das fontes para estender a todo direito das obrigações regra incidente apenas no microsistema do direito do consumidor, mormente com a finalidade de conferir amparo à revisão de contrato livremente pactuado com observância da cotação de moeda estrangeira.³⁷²

Fernanda Frustockl aponta que de fato a maioria das codificações se voltaram para a Teoria da Imprevisão nos países de *civil law*, mas salienta que a Teoria da Base foi acolhida pelo Código Civil português, pelo Código de Defesa do Consumidor brasileiro e, posteriormente, pelo Código Civil alemão³⁷³.

Pensando na legislação civil brasileira geral paritária, Fernanda Frustockl esclarece que o artigo 317 do CC/02 exige que a desproporção da prestação tenha sido causada por motivos imprevisíveis. Para que seja caracterizada a imprevisibilidade de determinado evento devem ser levadas em consideração todas as circunstâncias de um caso concreto³⁷⁴, situações contingentes e absolutamente extraordinárias e imprevisíveis em sua contingência³⁷⁵, como alerta Judith Martins-Costa.

Wald nos ensina de forma magistral que a Teoria da Imprevisão compreende que o contrato não está adstrito à realidade, mas que está sujeito às incertezas inevitáveis, próprias e imanentes do futuro incerto. Sentencia o doutrinador que a Teoria da Imprevisão é aplicada quando há modificação das circunstâncias, de forma a onerar excessivamente uma das partes, com fins de resgatar o equilíbrio contratual alterado por uma circunstância que não vislumbra a época da avença. Assim, considerando o decurso do tempo como um fator que se vincula a esses contratos, o doutrinador explica que o objetivo da teoria é proteger as partes da alteração da realidade, desconhecida no momento da realização do contrato³⁷⁶.

E quais seriam as situações que podem ser classificadas como imprevisíveis? Uma guerra, uma pandemia, um terremoto de grandes proporções, um tsunami, entre outros eventos da natureza? Tais eventos já não estariam incluídos nas hipóteses de casos fortuitos e força maior que foram delimitados no Art. 393 do CC/02 como excludentes de responsabilidade pelo descumprimento contratual?

³⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.321.614/SP**. Terceira Turma. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseveriano. Relator do Acórdão: Ministro Ricardo Villas Bôas Cuêva. Brasília/DF. Data da Publicação Dje: 03-03-2015.

³⁷³ FRUSTOCKL, Fernanda Carvalho, op cit, loc cit.

³⁷⁴ FRUSTOCKL, Fernanda Carvalho, op cit, loc cit.

³⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**. v. 5. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005., t. I, p. 239.

³⁷⁶ WALD. Arnoldo. Direito Civil. **Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 310.

É preciso esclarecer que a Teoria da Imprevisão não acolhe os fatos poderiam ser previstos e ponderados pelas partes durante a contratação, assim como não abraça os contratos aleatórios, em que o risco do evento futuro e incerto é da natureza do próprio negócio.

A jurisprudência pátria possui um acórdão no qual se identificou a aplicação da Teoria da Imprevisão. Nele o STJ entendeu que a venda de safra futura, a preço certo, em curto espaço de tempo, há de ser cumprida pelas partes contratantes. Alterações previsíveis na cotação do produto (soja) não rendem ensejo à modificação da avença ou à sua resolução³⁷⁷.

O STJ também já se manifestou que não se configura como fato imprevisível ou extraordinário eventual desemprego ou redução da renda de um dos contratantes³⁷⁸, inclusive em outros precedentes como os casos decorrentes da crise econômica mundial de 2008. As variações do câmbio ou da inflação também têm seguido o entendimento de que não constituem fatos extraordinários e imprevisíveis para justificar a Teoria da Imprevisão quando os contratos são firmados a partir desses indexadores, os quais já possui a previsibilidade da flutuação.

Em se tratando da pandemia causada pelo Novo Coronavírus, o primeiro diagnóstico oficial no país foi em 26/02/2019 em um empresário de 61 anos, em São Paulo, que havia retornado recentemente da Itália, sendo que os primeiros registros da COVID-19 foram relatados pela China à Organização Mundial de Saúde (OMS) em 31 de dezembro de 2019³⁷⁹.

Pela forma de contaminação e transmissão era perfeitamente previsível a chegada do vírus ao Brasil e por isso deve-se considerar a data da divulgação do vírus na China? Ou seria aplicável aos contratos brasileiros celebrados em solo nacional que se parta da data em que o vírus e a pandemia atingiu o Brasil? E os contratos com efeitos em outros países? Em quaisquer dos casos, como aferir tal data se muitos casos anteriores ao oficialmente divulgado ainda estão sendo avaliados? A previsibilidade neste caso deveria ser apurada no momento em que se celebrou o contrato, independentemente de qualquer coisa, posto que já ocorram outras pandemias na história da humanidade não sendo um fato imprevisto?

³⁷⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 809.464/GO**. Quarta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Data da Publicação DJe: 23.06.2008. Disponível em: RT v. 876, p. 161.

³⁷⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno em Recurso Especial nº. 1.514.093/CE**, Quarta Turma. Relator: Ministro: Marco Buzzi. Data da Publicação DJe: 07.11.16.

³⁷⁹ LEMOS, Vinicius. **Coronavírus: os indícios que apontam que o Sars-Cov-2 circulava no Brasil antes do primeiro diagnóstico oficial**. São Paulo 21 mai. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52742802>. Acesso em: 15 jun. 2020.

O fato incontroverso é que era inevitável sua chegada ao Brasil e não houve tempo suficiente para as adequações necessárias nas infinidades de contratos existentes até mesmo pela incerteza dos impactos, uma vez que houve e há variações significativas entre o número de contaminados, de mortos e o tempo de isolamento social, de um país para o outro.

O CC/02 nos artigos 478 a 480 fixou as bases para revisão nos contratos de execução continuada ou diferida, estabelecendo como base que 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.

Em recente decisão o desembargador Cesar Ciampolini, da 1ª Câmara de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, autorizou o diferimento das parcelas de abril, maio e junho em um contrato de cessão de quotas, decidindo que o valor deverá ser pago em dez prestações mensais com primeiro vencimento em 15 dias após a publicação da decisão, sob o argumento de que se aplica a Teoria da Imprevisão para justificar a resolução ou revisão de contratos empresariais neste período de pandemia, desde que analisado o caso concreto:

"Em que pese a novidade da questão, razoável assumir-se que a situação gerada pela pandemia do coronavírus pode ser enquadrada como 'acontecimento extraordinário e imprevisível', na dicção do artigo 478 do Código Civil, autorizando a revisão contratual", afirmou o desembargador.

Ele destacou que, após a 1ª Guerra Mundial, os países viveram uma situação econômica absolutamente inesperada, que "tornou deveras ruinosos e inexecutáveis todos os contratos a longo prazo e de execução sucessiva ou diuturna". Daí a necessidade de ressuscitar, naquela época, a cláusula rebus sic stantibus, assim como deve ser feito agora, diante da crise sanitária³⁸⁰.

A pandemia ocasionada pelo Novo Coronavírus possui o grau de extraordinariedade necessária para caracterização da imprevisibilidade e, portanto, os contratos por ela atingidos podem ser revisados na forma do Art. 478 do CC/02, por se enquadrarem para aplicação da Teoria da Imprevisão, desde que atendam aos demais requisitos: a alteração das condições de base econômica que se mostre diferente do momento da celebração e a onerosidade excessiva para uma das partes com enriquecimento sem causa para a outra.

Mas como visto alhures, o Art. 478 do CC/02 nas relações civis paritárias e o Art. 6º, inciso V do CDC para as relações de consumo, cada um por si em seus âmbitos de atuação, já seria suficiente para extrair-se uma exegese que permitisse a revisão contratual. Mas e se nos permitirmos o benefício da dúvida quanto à caracterização ou não da pandemia do Novo Coronavírus como fato extraordinário? Até

³⁸⁰ VIAPIANA, Tabata. **Para TJ-SP, pandemia equivale a guerra e pode gerar postergação de pagamentos.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-06/tj-sp-pandemia-guerra-postergar-pagamentos>. Acesso em: 16 jun. 2020.

porque ainda não existe um posicionamento sólido do STJ sobre o tema especificamente e não houve tempo ainda para a doutrina se debruçar detalhadamente sobre os mais diversos casos que se apresentam, podendo haver razoáveis entendimentos de que o Coronavírus não é o suficientemente imprevisível a ponto de gerar a autorização de revisão dos contratos, inclusive por meio judicial, o que nos leva ao próximo ponto desta pesquisa: analisar como a boa-fé integra essa lacuna.

3. A BOA-FÉ OBJETIVA E A TEORIA DA IMPREVISÃO: REVISÃO CONTRATUAL EM TEMPOS DE PANDEMIA

Inicialmente o CC/02 delimitou a vontade interna como agente propulsor da formação dos contratos, o que é perfeitamente plausível, pois que diversos contratos não teriam sido celebrados, uma vez que dificilmente alguém manifestaria vontade de obter prejuízos econômicos e sociais nos negócios que realiza. Pode-se assim compreender que a vontade da parte é impulsionada e influenciada pelas condições que lhes são apresentadas no momento da celebração do contrato e que o ato de contratar traz consigo inerentemente o dispêndio de confiança na outra parte quanto aos fins e resultados positivos para ambos.

Essa confiança dispensada faz gerar um dever de lealdade entre as partes, não apenas quanto ao cumprimento do escrito, mas também quanto à busca constante da consecução, reais intenções e resultados esperados, impondo-lhes o dever de cooperar para atingir tais fins.

Judith Martins-Costa, indicando complementarmente a leitura da doutrina de Menezes Cordeiro³⁸¹ e Corradini³⁸² realiza importante sinalização a respeito do sentido da boa-fé objetiva no Brasil e a influência alemã no conceito aqui desenvolvido:

Esta conotação da boa-fé objetiva tem raízes no antigo direito alemão, em especial na prática comercial, conotando o dever de consideração para com o *alter*, de onde a boa-fé, mormente se inserida em cláusula geral, como ocorre no § 242 do BGB, aloca-se como fonte de criação de deveres, v.g, os chamados deveres anexos de conduta, e como marco ou limite ao exercício de direitos subjetivos, exemplificativamente, a *exceptio doli* e a proibição do uso abusivo da posição jurídica. Acepção diversa lhe é conferida no ambiente juscultural francês, ou de influência francesa, na qual a boa-fé, em matéria obrigacional, é vista como fórmula de reforço à vinculabilidade do pactuado. Na origem da diferença está o maior peso da influência do direito canônico, no direito francês, recolhendo Domat e Pothier essa tradição que contrapunha a boa-fé ao pecado, de mentira ou descumprimento da promessa feita³⁸³.

³⁸¹ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984.

³⁸² CORRADINI, Domenico. **Il criterio della buona fede e la scienza del Diritto Privato**. Milão: A. Giuffrè, 1970.

³⁸³ MARTINS-COSTA, Judith O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998, p. 27. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>. Acesso em 16 jun. 2020.

A boa-fé objetiva é um princípio jurídico delineado em um conceito indeterminado que consiste numa verdadeira regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica, alertando ainda os mesmos autores que em uma dada relação jurídica, como o caso em espeque, as partes devem guardar entre si a lealdade e o respeito que se esperam do homem comum³⁸⁴.

Como imaginar então lealdade se uma das partes, por exemplo uma escola privada, valendo-se de fato imprevisto, como uma pandemia causada pelo Novo Coronavírus, reduza seus custos fixos de energia elétrica, limpeza, consumo de água e esgoto, bem como de transporte e alimentação de seus empregados, não repassem as reduções proporcionalmente às mensalidades? Em especial no caso de Salvador/BA, em que os poderes municipal e estadual instituíram Decretos³⁸⁵ para determinar a suspensão das aulas nas redes de ensino pública e privada, a fim de cumprir o isolamento social indicado pela Organização Mundial de Saúde como a melhor alternativa para diminuir a propagação da COVID-19, assim como os diversos governos espalhados pelo mundo.

A única solução plausível seria caracterizar a presente conduta como má-fé, aplicando-lhes *mutatis mutandis*³⁸⁶ a técnica utilizada nos casos de reserva mental, pois a interpretação nos negócios jurídicos deverá ser sempre desfavorável àquele que busca de alguma forma locupletar-se em desfavor do outro contratante, até porque no exemplo utilizado o equilíbrio contratual fora frontalmente atingido, uma vez que algumas escolas privadas, a despeito de manterem as aulas pelo método à distância com utilização de recursos da internet, não conseguem em tal formato cumprir todo o conteúdo e todas as atividades previstas para o período, algumas delas ligadas ao uso de laboratórios, ginásios esportivos e outra atividades de cunho cultural que integram a formação do estudante e que são exequíveis apenas por meio presencial.

Outro ponto a discutir são os casos em que não há redução dos custos da atividade de uma parte, como por exemplo: bancos, instituições financeiras, fornecedores de produtos a lojistas em geral, mais especificamente os sediados em shopping centers, ambientes imediatamente fechados após a propagação do Novo Coronavírus.

Imagine-se uma pequena empresa que passou a funcionar imediatamente na semana anterior à decretação de isolamento social, tendo paralisado suas atividades de imediato sem a captação necessária de receita para arcar com suas obrigações

³⁸⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, op cit., p.103-104

³⁸⁵ Decreto Municipal 32.256/20 e Decreto Estadual nº 19.529/20

³⁸⁶ *Mutatis mutandis* é uma expressão latina que significa literalmente traduzida "mudando o que tem de ser mudado". É utilizada para introduzir frases com efeitos comparativos e indica na linguagem: "guardadas as devidas proporções".

contratuais. Foge à razoabilidade exigir desta, nos mesmo moldes de outras, o cumprimento do contrato, sendo recomendável um acordo direto entre as partes, a fim de reavaliarem as condições e os termos, ou ainda por meio da mediação, conciliação ou arbitragem, para que se evite a judicialização da demanda para revisão contratual.

Nestes casos o outro contratante beneficiar-se do suposto poder de exigir o integral cumprimento da cláusula escrita em todos os termos e condições fixadas quando do financiamento ou do fornecimento, impondo ao pequeno ou médio empresário combalido pela paralisação de suas atividades, multas, juros e cláusulas penais. Constituir-se-á tal conduta um verdadeiro arripio à ética e aos bons costumes, caracterizando nítido abuso e direito consagrado no Art. 187 do CC/02, o qual prevê que o direito deve ser exercido dentro dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social e pela boa-fé.

Há na Bahia um Projeto de Lei nº 23.798/2020³⁸⁷ apresentado pelo deputado estadual Alan Sanches (DEM/BA) em trâmite na Assembleia Legislativa que visa reduzir em 30% os valores cobrados em mensalidades de prestação de serviços educacionais enquanto durarem a suspensão das atividades letivas nas unidades de ensino particulares.

Ocorre que a aludida lei não foi ainda aprovada, uma vez que entrou na pauta para apresentação de emendas de 03/04/2020 até 22/04/2020 e encontra-se sem movimentação desde 30/04/2020³⁸⁸. Na prática houve composição amigável entre pais e escolas das redes privadas para redução das mensalidades no período de suspensão de aulas, sinalizando novamente que a conciliação entre as partes tem melhor efetividade que a busca na proteção de leis ou intervenção do judiciário.

Mas, uma vez não exercido o juízo de razoabilidade por parte de um dos contratantes, como nos inspirou o Código Civil alemão, por ser proibição do uso abusivo da posição jurídica, haverá violação à boa-fé objetiva, restando ao outro contratante prejudicado tão que somente recorrer? ao Poder Judiciário para, por meio

³⁸⁷ BAHIA, Assembleia Legislativa da Bahia. **Sanches quer redução de 30% nas mensalidades de ensino privado durante a pandemia.** Publicado em: 03/04/2020 23:31. Disponível em: <https://www.al.ba.gov.br/midia-center/noticias/44692>. Acesso em 20, jun. 2020.

³⁸⁸ BAHIA, Assembleia Legislativa da Bahia. **PL./23.798/2020.** Publicado em: 30/04/2020. Disponível em: <https://www.al.ba.gov.br/atividade-legislativa/proposicao/PL.-23.798-2020>. Acesso em 20, jun. 2020.

deste, repudiar e corrigir o ato, promovendo a adequação do contrato à nova realidade social, posto que “ainda há juízes em Berlim³⁸⁹”.

Não há espaços para comportamento tipicamente mercenários. Existem diversos outros Precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) e do próprio STJ, no mesmo sentido, dos quais podemos indicar a leitura: RE 130.764-PR, DJ 7/8/1992; do STJ: REsp 95.539-SP, DJ 14/10/1996, e REsp 719.738-RS, DJe 22/9/2008 e REsp 1.154.737-MT, este da lavra do Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 21/10/2010:

QUARTA TURMA. RESPONSABILIDADE CIVIL. FALÊNCIA DE EMPRESA. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA EM FACE DO SEBRAE. ELABORAÇÃO DE PROJETO DE VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. NÃO CONFIGURAÇÃO CAUSA DIRETA, IMEDIATA E NECESSÁRIA DA INSOLVÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...]

4. Ressalte-se que a ninguém é dado criar e valer-se de situação enganosa, quando lhe for conveniente e vantajoso, e posteriormente voltar-se contra ela quando não mais lhe convier, objetivando que seu direito prevaleça sobre o de quem confiou na expectativa gerada, ante o princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*. [...]³⁹⁰ (Grifos nossos). [...]

A boa-fé à luz do Art. 422 do CC/02, também deve funcionar como elemento de colmatação (integração de lacunas) e de interpretação dos contratos, como já dito nas diversas doutrinas citadas, criando os deveres anexos de proteção (de lealdade e confiança recíproca; de cooperação; de informação e de assistência, por exemplo) inclusive na fase pré-contratual.

Cumprir destacar o Art. 421 do CC/02, segundo o qual o contrato se desenvolve em razão e nos limites da Função Social, indica que não somente a vontade das partes deve ser observada, mas o interesse da coletividade. A Função Social atua como

³⁸⁹ A expressão “ainda há juízes em Berlim” tem origem em um poema de *François Andrieux*, em que se narra a história em que Frederico II, rei da Prússia, decide construir para si e seus amigos um local de lazer e prazeres finos. Mas, ao tentar ampliar seu castelo, vê que no terreno contíguo havia um moinho a atrapalhar suas pretensões, cujo proprietário era o chamado moleiro de *Sans-souci*, que vivia uma vida humilde da venda de sua farinha, sem preocupações. Mesmo diante da insistência do rei em comprar-lhe o moinho, o moleiro se negava, alegando que ali fora onde seu pai morrera e onde criava os seus filhos. Não iria abrir mão de sua propriedade por qualquer quantia. Irritado, disse então o monarca ao moleiro: “Você bem sabe que, mesmo que não me venda a terra, eu, como rei, poderia tomá-la sem nada lhe pagar”, no que o moleiro retrucou com a conhecida frase: “O senhor? Tomar-me o moinho? Só se não houvesse juízes em Berlim”. Diante dessa afirmação, e do fato de que mesmo o rei deveria se curvar às leis, o moleiro e seu moinho foram deixados em paz e frustrada a pretensão do monarca. A partir daí a expressão “ainda há juízes em Berlim” tem sido utilizada como significado de resistência às pretensões injustas e da confiança de que a Justiça será feita, mesmo contra os poderosos. Texto adaptado de “**Ainda há juízes em Berlim, mas não por muito tempo...**” de Eduardo Perez, juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Goiás. Disponível em: <https://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/409967074/ainda-ha-juizes-em-berlim-mas-nao-por-muito-tempo>. Acesso em 22 jun. 2020.

³⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1154737 / MT**. Quarta Turma. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Data da Publicação Dj: 07.02.2011.

elemento limitador e finalístico dos contratos. A liberdade de contratar não pode se divorciar da Função Social:

Dentro desta concepção, o código consagra a rescisão do contrato lesivo, anula o celebrado em estado de perigo, combate o enriquecimento sem causa, admite a resolução por onerosidade excessiva, disciplina a redução de cláusula penal excessiva, permite a ampliação dos efeitos do contrato a terceiros que dele não tomaram parte³⁹¹.

Inclusive pode-se citar os Enunciados das Jornadas de Direito Civil³⁹², a saber:

EN 23 – Art. 421: A função social do contrato, prevista no Art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana. [...]

EN 360 — Art. 421. O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes.

A Função Social, em seu critério finalístico, permite que um contrato — **em especial a cláusula que trata do prazo e forma de pagamento** —, **seja revista pelo Poder Judiciário**, pois a Função Social possui eficácias externa e interna (atuando entre partes) não para anular a vontade autônoma das partes para garantir direitos supraindividuais.

Flavio Tartuce ao comentar o Enunciado 360 da Jornada de Direito Civil aduz que um dos principais aspectos da função social interna do contrato é promover a nulidade de cláusulas antissociais, tidas como abusivas – podendo-se utilizar em complementaridade ao Art. 421 do CC/02, os artigos 187 e 166, II também do CC/02. Aduz com sabedoria Tartuce que a primeira norma enuncia a ilicitude por abuso de direito, havendo excesso contratual que desrespeita a finalidade social (= função social) enquanto a segunda dispõe que é nulo o negócio jurídico se seu conteúdo for ilícito. Para o autor o Enunciado 360 fez com que a função social expressamente passasse a integrar o plano de validade do negócio jurídico³⁹³.

Uma cláusula contratual, inicialmente lícita, que prevê um prazo e uma forma de pagamento, por exemplo, tornar-se-á ilícita ao ser utilizada de forma abusiva. Certo é que essa abusividade deve ser aferida pelos fatos que ocorrerem **no caso concreto**. Em caso similar o Tribunal de Justiça de Santa Catarina se manifestou:

Admite-se a revisão judicial dos contratos, dentre outros fundamentos, em face do enriquecimento sem causa (redução de patrimônio de um e conseqüente aumento ilegal do outro); do abuso de direito (exercício sem

³⁹¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**, op cit., p.13.

³⁹² BRASIL, **Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/> Acesso em 20 jun. 2020.

³⁹³ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4ª Ed. rev, atual e ampl.. São Paulo: Método. 2014, p. 575 e 576.

moderação ou irregular do direito, que acarrete prejuízo a outrem), bem como da onerosidade excessiva e o reequilíbrio da relação contratual (desequilíbrio da relação sócio-econômica contratual)³⁹⁴. (Grifos nosso).

Neste sentido, assentou-se a jurisprudência em Enunciados³⁹⁵:

Enunciado 362 da Jornada de Direito Civil: A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) **FUNDA-SE NA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA**, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil” (caixa alta e grifo nossos).

Enunciado 37 da Jornada de Direito Civil: “**A RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO ABUSO DE DIREITO INDEPENDE DE CULPA**, e fundamenta-se no critério objetivo-finalístico” (caixa alta e grifo nossos).

O abuso de direito que cause enriquecimento sem causa justifica inclusive uma indenização a ser requerida no caso concreto, ante a equiparação à ilicitude que lhe deu o legislador, a doutrina e a jurisprudência. Sem maiores devaneios e tergiversações o acórdão abaixo transcreve de forma salutar o quanto exposto nesta pesquisa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. LOCAÇÃO. CLÁUSULA DE RENÚNCIA AO DIREITO DE RETENÇÃO E À INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS. VALIDADE. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO CAPAZ DE INQUINAR AS DISPOSIÇÕES CONTRATUAIS. [...] DESACOLHIMENTO DA PRETENSÃO QUE GERA INEQUÍVOCO **ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO LOCADOR. BOA-FÉ DO LOCATÁRIO DEMONSTRADA. EXEGESE DO ART. 1.255 DO CÓDIGO CIVIL. DECISÃO MANTIDA.** VALOR INDENIZATÓRIO. IMPUGNAÇÃO DESPIDA DE PROVA. EXCLUSÃO DOS VALORES ATRIBUÍDOS ÀS BENFEITORIAS, ANTE A RENÚNCIA EXPRESSA. REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS FRENTE A DERROTA PARCIAL DA PARTE AUTORA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

11. Casuística:

Acessão. Direito de indenização. De acordo com os CC/1916 63, 66, 490, 515 a 519, 536 e 545 [CC 96, 99, 1201, 1218 a 1222, 1248 e 1253], a construção realizada não pode ser considerada benfeitoria, e sim como acessão (CC/1916 536, V [CC 1248 V]), não cabendo, por tal razão, indenização pela construção irregularmente erguida. **O direito à indenização só se admite nos casos em que há boa-fé do possuidor e seu fundamento sustenta-se na proibição do ordenamento jurídico ao enriquecimento sem causa do proprietário, em prejuízo do possuidor de boa-fé** (STJ, 1ª T., REsp 245758-PE, Rel. Min. José Delgado, v.u., j. 11.4.2000, DJU 15.5.200, p. 144)." (*Código Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 758). E no caso sob julgamento, não há dúvidas de que os recorridos agiram imbuídos de boa-fé, **de modo que devem ser indenizados (até porque não houve renúncia à indenização por acessão), sob pena de enriquecimento indevido do réu/apelante, que está usufruindo da**

³⁹⁴ BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Acórdão nº.187578 SC 1999.018757-8. Apelação Cível n. 99.018757-8, de Joinville.** Segunda Câmara de Direito Comercial. Relator: Cercato Padilha, Data de Julgamento: 23/05/2002.

³⁹⁵BRASIL, Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/> Acesso em 20 jun. 2020.

construção, conforme demonstram as fotografias que descansam às fls. 221/22³⁹⁶.

Por vezes pode parecer assustador compreender que o pacto celebrado por escrito pode sofrer tamanha intervenção do Estado-Juiz, mas é preciso compreender que o direito não limita ao texto normativo de uma lei ou de um contrato. Como ensina Eros Grau é a interpretação que dá vida ao direito, por ser uma sequência inexorável da produção legislativa, de modo que a norma se recompõe diuturnamente, na realidade de cada dia, pois o direito é essencialmente dinâmico, vivo³⁹⁷.

Judith Martins-Costa esclarece ainda que até as inovações da última década do século XX, é sempre difícil e delicado labor de adaptação entre a rigidez da lei e a mutável realidade, operando-se em grande parte pela via das cláusulas gerais presentes desde a origem no BGB, notadamente as dos §§ 242 e 826 atualizado em 200. Informa a doutrinadora que essas mudanças foram, inicialmente, objeto de fortes críticas por seu “caráter elástico” e pelo apelo aí implicado, de modo “demasiadamente frequente”, ao “poder discricionário do juiz” ou sua “razão subjetiva”³⁹⁸.

Logo — em que pese todas as ressalvas e ponderação alusivas, a força vinculante dos contratos —, mesmo havendo previsão obrigacional em um contrato, a sua exigibilidade fica condicionada à observância da boa-fé, que pode atuar como elemento de interpretação ou de integração para promover o equilíbrio econômico das partes sob pena de constituir-se em abuso de direito contrários aos fins sociais do contrato, arbítrio que constitui verdadeiro ato ilícito e permite a revisão judicial e até mesmo reparação civil indenizatória.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vontade é um elemento essencial e existencial na formação dos negócios jurídicos, tendo o legislador do CC/02 indicado que deve prevalecer, como regra, a vontade interna do agente, porém esta vontade não pode atuar de forma livre a obter vantagens indevidas e por isso a boa-fé objetiva norteia a interpretação, a integração ou implicar inclusive em limitação e exclusões de direitos.

Diversos contratos com prestação diferidas no tempo foram celebrados antes da previsibilidade da pandemia provocada pelo Novo Coronavírus, o que em muitos casos têm provocado desequilíbrios econômico e social. Neste sentido, o Art. 478 do CC/02

³⁹⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2011.0302221**. Quarta Câmara de Direito Civil. Relator: Jorge Luis Costa Beber, Data de Julgamento: 10.07.2014.

³⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 275.

³⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 115.

nas relações civis paritárias e o Art. 6º, inciso V do CDC para as relações de consumo, apresentam musculatura jurídica suficiente para promoverem a revisão contratual. Todavia, ante as dificuldades de delimitação do que se considera extraordinário e imprevisível, a boa-fé objetiva pode ser utilizada para integrar essa lacuna de subsunção do conceito de imprevisibilidade ao fato concreto nos contratos paritários da legislação civil comum, pois na relação consumerista dispensa-se a imprevisibilidade aplicando-se a teoria da base objetiva, limitando-se a prova do desequilíbrio e da onerosidade excessiva.

É dentro deste marco teórico do culturalismo jurídico, com recorte axiológico temporal para as construções legais do CC/02 que a boa-fé objetiva pode constituir-se um elemento hermenêutico para integrar lacunas e possibilitar alterações quando os fatos por si denotem que há onerosidade para uma das partes e a exigência do cumprimento integral na forma pactuada originalmente constituir-se, dentro dos valores de eticidade e sociabilidade, verdadeiro abuso de direito e desrespeito a função social do contrato, de sorte que seja possível a revisão contratual para que se favoreça o equilíbrio social e econômico, evitando-se o enriquecimento sem causa por um dos contratantes, cuja a ilicitude de tal comportamento pode inclusive fundamentar a sua responsabilização civil.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Inaplicabilidade da Teoria da Imprevisão e onerosidade excessiva na extinção dos contratos.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/inaplicabilidade-da-teoria-da-imprevisao-e-onerosidade-excessiva-na-extincao-dos-contratos/>. Acesso em 15 jun. 2020.
- BAHIA, Assembleia Legislativa da Bahia. **PL./23.798/2020.** Publicado em: 30/04/2020. Disponível em: <https://www.al.ba.gov.br/atividade-legislativa/proposicao/PL.-23.798-2020>. Acesso em 20 jun. 2020.
- BAHIA, Assembleia Legislativa da Bahia. **Sanches quer redução de 30% nas mensalidades de ensino privado durante a pandemia.** Publicado em: 03/04/2020 23:31. Disponível em: <https://www.al.ba.gov.br/midia-center/noticias/44692>. Acesso em 20 jun. 2020.
- BRASIL, **Conselho da Justiça Federal.** Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/> Acesso em 20 jun. 2020.
- BRASIL, **Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Brasília, DF, jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno em Recurso Especial nº. 1.514.093/CE,** Quarta Turma. Relator: Ministro: Marco Buzzi. Data da Publicação DJe: 07.11.16.

- _____, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 809.464/GO**. Quarta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Data da Publicação DJe: 23.06.2008. Disponível em: RT v. 876, p. 161.
- _____, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 1.013.976**. Quarta Turma. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Data de Julgamento: 17/05/2012.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1154737 / MT**. Quarta Turma. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Data da Publicação Dje: 07.02.2011.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1.321.614/SP**. Terceira Turma. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseveriano. Relator do Acórdão: Ministro Ricardo Villas Bôas Cuêva. Brasília/DF. Data da Publicação Dje: 03-03-2015.BRASIL, **Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF, jan 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 jun. 2020.
- _____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Acórdão nº.187578 SC 1999.018757-8. Apelação Cível n. 99.018757-8, de Joinville**. Segunda Câmara de Direito Comercial. Relator: Cercato Padilha, Data de Julgamento: 23/05/2002.
- _____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2011.0302221**. Quarta Câmara de Direito Civil. Relator: Jorge Luis Costa Beber, Data de Julgamento: 10.07.2014.
- BUENO, Vânia Maria Cunha. **A Teoria da Imprevisão e ao atual Direito Privado nacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1984.
- CORRADINI, Domenico. *Il criterio della buona fede e la scienza del Diritto Privato*. Milão: A. Giuffrè, 1970.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Lineamentos acerca da interpretação do negócio jurídico: perspectivas para a utilização da boa-fé objetiva como método hermenêutico. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**, Porto Alegre, v.18, p.8-32, dez./jan. 2008.
- FRUSTOCKL, Fernanda Carvalho. **Aspectos da revisão judicial dos contratos no Direito Civil brasileiro e alemão**. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/fernanda_frustockl.pdf. Acesso em 15 jun. 2020.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, Parte Geral. v.4. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- LEMO, Vinicius. **Coronavírus: os indícios que apontam que o Sars-Cov-2 circulava no Brasil antes do primeiro diagnóstico oficial**. São Paulo 21 mai. 2020. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52742802>. Acesso em 15 jun. 2020.

- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- _____. **Comentários ao Novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**, v.5, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____. O Direito Privado como um “sistema em construção”. As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998, p. 27. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>. Acesso em 16 jun. 2020.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. v.III, 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- REALE, Miguel. **A Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bookseller, 2009.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: Autonomia da vontade e Teoria da Imprevisão**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 4ª Ed. rev, atual e ampl.. São Paulo: Método. 2014.
- VIAPIANA, Tabata. **Para TJ-SP, pandemia equivale a guerra e pode gerar postergação de pagamentos**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-06/tj-sp-pandemia-guerra-postergar-pagamentos>. Acesso em: 16 jun. 2020.
- WALD. Arnoldo. **Direito Civil. Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

COVID-19, FOME E DESPERDÍCIO DE ALIMENTOS: A SOBERANIA ALIMENTAR COMO ALTERNATIVA PARA ENFRENTAR A RAZÃO MERCADOLÓGICA NA CIRCULAÇÃO DE COMIDA

Brenda Costa Santos Correia³⁹⁹

Bruna Reijane dos Santos Andrade⁴⁰⁰

Lívia Yasmin Carvalho Silva⁴⁰¹

Lorruama Carine do Vale Costa⁴⁰²

Mariana Bezerra Silva⁴⁰³

Suzane Luz Pereira Santos⁴⁰⁴

Mariana Rodrigues Veras⁴⁰⁵

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo, considerando o contexto pandêmico da COVID-19, apresentar considerações acerca da vinculação entre a fome, a desigualdade social e a pobreza, mostrando que a causa principal da fome não reside na necessidade de produção de alimentos, mas se vincula à lógica do mercado produtor, de desperdício de alimento e à crise incidente em sua distribuição. Busca-se examinar, através de revisão bibliográfica, os mecanismos para reduzir o problema da fome, a partir do combate à pobreza estrutural, juntamente com o desenvolvimento de ações que tenham a finalidade de promover segurança e soberania alimentar. Destaca-se, ao final, o papel do mercado neoliberal que contribui para a desestruturação na cadeia alimentar, responsável pela perda de excedente e conseqüentemente pela fome, bem como enfatiza o controle oligopolizado mundial da produção que segue no sentido inverso de qualquer consideração e proposta de soberania alimentar.

Palavras-chave: Fome, pobreza, desperdício, soberania alimentar, COVID-19.

³⁹⁹ Graduanda em Direito na Universidade Estadual da Bahia. E-mail: b.costasantoscorreia@gmail.com

⁴⁰⁰ Graduanda em Direito na Universidade Estadual da Bahia. E-mail: brunnaireijanee@gmail.com

⁴⁰¹ Graduanda em Direito na Universidade Estadual da Bahia. E-mail: liviayasmincs@gmail.com

⁴⁰² Graduanda em Direito na Universidade Estadual da Bahia. Email: carinedovale23@gmail.com

⁴⁰³ Graduanda em Direito na Universidade Estadual da Bahia. E-mail: mariana.bezerra847@gmail.com

⁴⁰⁴ Graduanda em Direito na Universidade Estadual da Bahia. E-mail: suzie-luz@hotmail.com

⁴⁰⁵ Professora do Curso de Direito da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), Salvador/BA. Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Mestrado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). E-mail: mr.veras@uol.com.br

ABSTRACT: This article aims to present some considerations on the link between hunger and poverty, considering the pandemic context of COVID-19, showing that the main cause does not lie in the need for food production, but it is about its waste and the crisis concerning its distribution. In this scenario, this article proposes the study of mechanisms to reduce the problem of hunger, by fighting the structural poverty along with using development of studies, projects and techniques which purpose is to promote food security and food sovereignty. It is also noteworthy the role of the neoliberal market, that contributes to the disruption of the food chain, which is responsible for the anomalies of waste and hunger, and it emphasizes how the oligopolized world control of production follows the opposite direction of any consideration and proposal for food sovereignty.

Keywords: Hunger, poverty, waste, food sovereignty, COVID-19.

1.INTRODUÇÃO

A pobreza consiste no fator preponderante multidimensional que impede uma grande parcela da população mundial ao acesso a alimentação. Consequências diversas são provenientes dessa realidade, que priva boa parte da sociedade a viver em condições dignas, uma vez que a mesma se encontra em uma conjuntura de pobreza extrema, ocasionando a fome e a desnutrição.

Ao analisar as variadas realidades socioeconômicas dos diferentes países do mundo, é possível compreender que a fome crônica e coletiva é uma produção histórica. Sendo assim, o que é perceptível em países da América Latina, como o Brasil, por exemplo, é que a fome estrutural é um produto da desigualdade social, sendo distinto das situações de outros países onde a fome conjuntural é consequência das guerras ou das catástrofes climáticas.

O Relatório da ONU para a Alimentação e a Agricultura em 2019 indica que a fome no Brasil, em anos anteriores em declínio, voltou a crescer, sinalizando marcantes retrocessos. A curva da desnutrição passou a aumentar progressivamente conforme relatório “O estado de segurança alimentar e da nutrição no mundo”⁴⁰⁶. Um outro número crescente sintomático é o da obesidade, nesta perspectiva a obesidade é um outro indicativo de insegurança alimentar.

Em 2019, além dos fatores vinculados à crise econômica, verifica-se uma abordagem governamental no âmbito nacional que estabelece gradativamente a redução de políticas sociais e programas de transferência de renda. O Brasil que havia saído do Mapa da Fome em 2014 é empurrado paulatinamente para um cenário que se aproxima de décadas anteriores. Aumenta o número de pessoas em situação de

⁴⁰⁶ FAO. **O estado de segurança alimentar e da nutrição no mundo**. Disponível em: < <http://www.fao.org/state-of-food-security-nutrition/en/> > Acesso em: 8 jun. 2020.

extrema pobreza e o contexto pós-covid, considerando o cenário atual, pode ser marcado pela aceleração desse processo que já tinha sido deflagrado no cenário nacional antes da pandemia.

O impacto da pandemia ainda é imensurável, contudo indicadores do Programa Mundial de Alimentos das Nações Unidas - PMA apontam para a possibilidade de milhões de pessoas serem tragadas no pós-covid para zona de risco e da insegurança alimentar aguda. Distintos fatores contribuem para este resultado no âmbito global com repercussões sérias no contexto nacional, contexto que anteriormente já apresentava um quadro de fragilidade e de questões históricas não superadas.

As Nações Unidas estimam que a situação de grave fome de milhões de pessoas possa dobrar no mundo até o final de 2020. A “fome aguda” se traduz no risco da pessoa morrer em decorrência da subnutrição. No mundo mais de 820 milhões de pessoas permanecem sem acesso à alimentação digna e adequada⁴⁰⁷. A pandemia pode aniquilar os meios de subsistência e a segurança alimentar de mais de 200 milhões de pessoas, notadamente pessoas cuja vulnerabilidade estava presente antes da pandemia. A recessão global pode afetar as cadeias de suprimentos de alimentos, a lógica do mundo globalizado e as dinâmicas comerciais de produção/distribuição que condicionam a possibilidade de superação da crise alimentar.

Neste mar em tempestade, a ideia metafórica da existência de um único barco não se sustenta, neste mar existem canoas, yates, veleiros, barcos de pesca, e existem aqueles que permanecem nadando, nadando para não afundar, sem qualquer suporte, lançados ao mar com fome a sua própria sorte. A pandemia intensifica as desigualdades sociais preexistentes do país. No Brasil, milhões de pessoas não tem água encanada e milhões vivem na extrema pobreza.

Destarte, as reflexões deste artigo, considerando o contexto pandêmico, buscam compreender a convergência entre fome, desigualdade social, pobreza e a falta da dignidade da pessoa humana. Para isso, este trabalho objetiva concitar o leitor sobre a referida temática que pode ser compreendida a partir de perspectivas que abrangem as populações vulneráveis, oportunizando desenvolvimento, produtividade e renda com o fito de promover segurança e soberania alimentar.

2. A FOME E SUA INTERPENETRAÇÃO COM A POBREZA

O direito à alimentação incorporado ao *caput* do art.6º da CF, através da EC 64 de 04.02.2010, representou inovação constitucional que contribuiu para sedimentar o reconhecimento do direito à alimentação como direito fundamental social. A fome

⁴⁰⁷ (FAO, 2020)

crônica implica, como ressalta Sarlet⁴⁰⁸, na violação à saúde, no direito à integridade física, integridade psicológica, e coloca em risco latente o direito à vida.

[...] o acesso à alimentação adequada – como direito do indivíduo e da coletividade e dever do Estado – conforma, de forma bastante expressiva, a ideia em torno da interdependência e indivisibilidade dos direitos fundamentais – e humanos –, sendo pré-requisito para o desfrute de uma vida digna e saudável.⁴⁰⁹

A Constituição da República Federativa do Brasil preconiza no artigo 6º que a alimentação consiste em um direito social, porém, percebe-se que o acesso a este direito, efetivamente, encontra fortes barreiras, resultante da formação de uma sociedade desigual. Dessa maneira, não basta a simples garantia formal se a sociedade carece de efetivação material. Nessa perspectiva, Rosaneli et al⁴¹⁰ assevera que:

No Brasil, o contingente incluído na condição de extrema pobreza totaliza 16,27 milhões de pessoas, o que representa 8,5% da população do país. A maior concentração delas (59,1%) encontra-se na região Nordeste, totalizando 9,61 milhões de pessoas. Dos 8,67 milhões extremamente pobres que vivem em áreas urbanas, pouco mais da metade reside no Nordeste (52,6%) e cerca de um em cada quatro, na região Sudeste (24,7%).⁴¹¹

O marco regulatório, segundo Sarlet, sobre a matéria - considerando a esfera nacional e internacional com normativas contemplando previsões importantes, a exemplo do Protocolo de San Salvador - demarca compromissos que devem ser assumidos no âmbito estatal. A Lei 11.346, de 15.09.2006, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional:

[...] aponta para o imperativo estatal de promover políticas públicas suficientes em matéria alimentar, de modo a assegurar o desfrute do direito em questão, erradicando a fome e garantindo o acesso de todos a alimentos adequados ao seu desenvolvimento saudável e bem-estar.⁴¹²

De forma determinante, conforme Sarlet, o direito à alimentação integra o conteúdo do direito-garantia ao mínimo existencial, integra o núcleo intangível da dignidade da pessoa humana. Compreende-se neste sentido, segundo Sandra Santos e

⁴⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.402-764.

⁴⁰⁹ (SARLET, 2017, p.639)

⁴¹⁰ ROSANELI, Caroline Filla et al. **A fragilidade humana da pobreza e da fome**. Revista Bioética, Curitiba, v.1, n.23, p. 89-97, 2015. Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/bioet/v23n1/1983-8034-bioet-23-1-0089.pdf> > Acesso em: 8 junho 2020.

⁴¹¹ (ROSANELI, et al. ,2020, p. 90)

⁴¹² (SARLET, 2017, p. 641)

Leonor Santos⁴¹³, que “a segurança alimentar nutricional é a realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais”.⁴¹⁴

Diante do atual contexto socioeconômico do país, é trivial abordar a relação entre pobreza e fome, mas é necessário esclarecer questões que pairam sobre o tema. A respeito da pobreza, ela deve ser compreendida como um estado restritivo (no sentido de limitação e redução), que possui consequências profundas na existência e dignidade humana, e permeia sobre todos os aspectos da vida dos que são acometidos pela mesma, como o lazer, cultura, educação, esporte, saúde e mobilidade urbana.⁴¹⁵

A pobreza e a desigualdade são responsáveis diretamente pelo aumento do número de pessoas acometidas pela fome, tendo em vista as dificuldades que sofrem os que se encontram nas camadas sociais mais vulneráveis para ter acesso aos alimentos. O problema da fome no Brasil e no mundo não é resultado de ineficácia da produção exclusivamente, mas, sim, da falta de uma melhor e mais articulada rede de distribuição de alimento com a objetivação de homogenia no fornecimento de comida. A título de exemplo, o Brasil é um dos maiores produtores de alimento em todo mundo, entretanto, os índices de pobreza extrema, fome, e insegurança alimentar são graves. Deve-se questionar a concentração da produção e o tipo de produção, bem como os subsídios e incentivos que alguns setores alimentícios recebem e outros não, questionar da mesma forma o tipo de distribuição adotada.

Neste ponto pode ser citado o autor Josué de Castro que dedicou diversas obras à temática da fome no Brasil e no mundo, em um de seus livros mais emblemáticos sobre o tema, “Geografia da fome”⁴¹⁶, o autor desmistifica falsas ideias que existiam na época em que a obra foi redigida, e que de certo modo resistem até hoje, como a ideia de que a fome existe por conta de motivos demográficos (aumento populacional) e climáticos (terrenos secos e áridos), que fariam com que a produção fosse escassa para a população.

No livro, “Geografia da fome”, sobre os famosos índices econômicos como o PIB (Produto Interno Bruto) e renda per capita, é indicado “que o progresso social não se exprime apenas pelo volume da renda global ou pela renda média per capita, que é uma abstração estatística, e sim por sua distribuição real.”⁴¹⁷. Sendo assim, o

⁴¹³ SANTOS, Sandra Maria Chaves dos; SANTOS, Leonor Maria Pacheco. **Avaliação de políticas públicas de segurança alimentar e combate à fome no período de 1995-2002**. Disponível em : https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0102-311X2007000500005&script=sci_arttext&tlng=es. Acesso em: 27 de dezembro de 2019.

⁴¹⁴ (SANTOS;SANTOS, 2019, p. 1030).

⁴¹⁵ (ROSANELI et al., 2020, p. 90-91)

⁴¹⁶ CASTRO, Josué de. **Geografia da fome**. 10. ed. Rio de Janeiro: Edições Antares, 1984.

⁴¹⁷ (CASTRO, 1984, p.275)

progresso social se mede através de distribuições reais e concretas, de modo que é possível compreender que índices como a renda per capita não mostram de maneira verdadeira a real distribuição de renda.

Em países como o Brasil, a renda efetiva de maior parte da população é muito baixa, o que compromete o acesso à alimentação tanto em nível qualitativo, como em nível quantitativo.⁴¹⁸ Desse modo, mesmo em países com altos índices de renda per capita e PIB é possível que ainda não tenha ocorrido um progresso social efetivo, o que indica deficiência em diversas áreas, tais como: moradia, infraestrutura, saúde, locomoção e alimentação, de modo que este último tem ligação óbvia com a fome. Nesse contexto, é de suma importância elucidar e diferenciar a fome conjuntural e a fome estrutural.

A fome conjuntural é aquela causada pela abstenção de alimentos de maneira pontual, acontece geralmente logo após desastres naturais, e estados de guerra, ou em situações de extrema pobreza e vulnerabilidade social transitória, contextos em que o acesso a alimentos é extremamente dificultado, nesse quadro, as populações mais suscetíveis de serem acometidas pela fome conjuntural são as populações pobres vítimas de desastres naturais, as da zona urbana e as da zona rural.⁴¹⁹

Já a fome estrutural trata-se da falta de alimentos suficientes para a completa nutrição e funcionamento do corpo (em diversos graus), é inerente aos países e localizações mais pobres, é um elemento da própria estrutura do estado capitalista, e apresenta caráter duradouro, sendo mais presente em países subdesenvolvidos e em desenvolvimento. A fome estrutural pode apresentar graves consequências neurológicas, físicas, psicológicas e emocionais para os atingidos, que são as camadas mais vulneráveis da população, já que não possuem condições financeiras de arcar com o preço dos alimentos.

A fome estrutural desde o nascimento ocasiona ao indivíduo afetado a condição de subnutrição crônica, e como consequência disso o desenvolvimento de deficiências físicas e mentais. Segundo Rosaneli et al.⁴²⁰ há pesquisas que provam que a desnutrição durante os primeiros 05 (cinco) anos de vida causa danos gravíssimos ao sistema nervoso central, sem contar as situações em que a desnutrição ocorre no período de gestação, comprometendo assim toda a vida de um ser humano, e seu desenvolvimento físico e mental.

É estimado pela FAO (Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura) que quase 1 bilhão de pessoas são atingidas pela fome crônica no mundo

⁴¹⁸ DIEESE. **Análise Cesta Básica/ Salário Mínimo.** Disponível em: < <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html> > Acesso em: 8 junho 2020.

⁴¹⁹ (ROSANELI et al., 2020)

⁴²⁰ *Ibid.*

inteiro. Dados da Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS) mostram que cerca de 47 milhões de pessoas na América Latina e no Caribe são subalimentadas, e destas, 7,1 milhões são crianças menores de 05 (cinco) anos, e de acordo com dados da Unicef (Fundo das Nações Unidas para a Infância), um terço da população mundial não consegue se desenvolver da maneira adequada por conta da subnutrição.⁴²¹

Para se resolver o problema da fome é necessário que haja primeiramente um combate à pobreza estrutural, juntamente com o desenvolvimento de ações, estudos, projetos e técnicas que tenham a finalidade de promover segurança e soberania alimentar, fatores que são cruciais dentro do sistema do Estado Democrático de Direito.

3. PARADOXO ENTRE FOME E DESPERDÍCIO DE ALIMENTOS

Ao entender a insegurança alimentar como a violação ao acesso efetivo de todos ao alimento de forma regular e saudável, é possível perceber que, dentro do cenário mundial atual, essa problemática atinge, sobretudo, aqueles que possuem menores condições financeiras. O processo de invisibilização que tal parcela da população sofre não a permite exercer sua cidadania de forma absoluta, o que é possível de se perceber, ao direcionar o foco ao que se busca tratar no presente estudo, no que tange o acesso à alimentação – sendo esta saudável e de modo permanente. Desse modo, reconhece-se a existência de uma crise na distribuição de alimentos como um dos fatores relacionados a tal fenômeno, exercendo o desperdício uma importante influência nesse quesito.

Antes de abordar o desperdício de alimentos e suas nuances contempladas no presente artigo, é importante tratar acerca da diferença entre “perdas” e “desperdício”. O primeiro conceito de acordo com Nascimento⁴²² refere-se à “redução do volume ou do valor nutricional (qualidade) dos alimentos produzidos para consumo humano [...]”⁴²³.

Tal situação se dá, como traz Belik, Cunha e Costa⁴²⁴, principalmente, por conta da ineficiência de certos procedimentos, o que resulta em perdas e danos durante algumas fases do processo como um todo, a exemplo da manipulação,

⁴²¹ (ROSANELI et al., 2020, p. 92-93).

⁴²² NASCIMENTO, S. P. **Desperdício de alimentos: fator de insegurança alimentar e nutricional**. Segurança Alimentar e Nutricional, v. 25, n. 1, p. 85-91, 26 abr. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/san/article/view/8649917>> Acesso em: 16 de setembro de 2019.

⁴²³ (NASCIMENTO, 2018, p. 87)

⁴²⁴ BELIK, Walter; CUNHA, Altivo Roberto Andrade de Almeida; COSTA, Luciana Assis. **Crise dos Alimentos e Estratégias para a Redução do Desperdício no Contexto de Uma Política de Segurança Alimentar e Nutricional no Brasil**. [S. l.], 2012. Disponível em: <http://desafios2.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/277>. Acesso em: 16 de setembro de 2019.

transporte, armazenamento e embalagem.

De acordo com Freire Junior e Soares⁴²⁵, os danos causados pelo transporte se mostram de forma incisiva na realidade brasileira, tendo em vista, por exemplo, a grande distância a ser percorrida predominantemente em rodovias, além da diminuta qualidade das estradas e da ausência de refrigeração em boa parte dos transportamentos. Tais fatores interferem nas perdas de produtos perecíveis.

O conceito de desperdício, por sua vez, representa a parcela excedente. No que tange de forma mais aprofundada ao desperdício de alimentos, é importante ressaltar a sua ocorrência em toda a cadeia alimentar, do cultivo ao consumo, sendo, assim, responsabilidade não apenas dos produtores, mas, também, dos próprios consumidores. De acordo com Belik, Cunha e Costa⁴²⁶, o desperdício se caracteriza como um fator “associado à ineficiência do processo de distribuição – atacado e varejo – e de consumo”. Ademais, como principais causas desse fenômeno, na seara do consumo, é possível citar, sobretudo, o não consumo das mercadorias que chegam a ser distribuídas. Isso está atrelado, principalmente, a alguns aspectos comportamentais dos indivíduos, sendo possível citar, dentre eles, o preparo em excesso e a compra em demasia.

Segundo Freire Junior e Soares⁴²⁷, locais onde tradicionalmente existe mais fartura possui relação direta com um alto nível de desperdício, haja vista a não percepção por parte das pessoas acerca de que o desperdício pode causar impactos de modo global. Tal estudo traz, ainda, que a não garantia acerca da qualidade dos alimentos faz com que consumidores passem grande parte do tempo manuseando os produtos, o que provoca consequências danosas em seu aspecto físico, devido a atitudes como, por exemplo, a compressão de uma maçã para aferir se está de acordo com o desejado ou não. Isso desencadeia uma redução na demanda acerca do produto amassado, o que contribui com a sua entrada na cadeia do desperdício.

Como forma de combater o desperdício de alimentos, é possível mencionar os Bancos de Alimentos – projeto que surgiu em Phoenix, nos Estados Unidos em 1967 e chegou ao Brasil na década de 90 – que visa a arrecadar os excedentes de produção e comercialização, de modo a selecioná-los e remetê-los aos indivíduos para seu consumo. O procedimento se dá por meio de uma “estrutura logística baseada na

⁴²⁵ FREIRE JUNIOR, Murillo; SOARES, Antônio Gomes. Perdas de frutas e hortaliças relacionadas às etapas de colheita, transporte e armazenamento. In: ZARO, Marcelo. **Desperdício de alimentos: Velhos hábitos, novos desafios.** Caxias do Sul, RS: Educs, 2018. p. 21-38. Disponível em: <<https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/e-book-desperdicio-de-alimentos-velhos-habitos.pdf>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2019.

⁴²⁶ (BELIK; CUNHA; COSTA, 2019, p. 04)

⁴²⁷ (FREIRE JUNIOR e SOARES, 2019)

agilidade”⁴²⁸, que encaminha os alimentos para grupos que necessitem. Nesse contexto, diante do rápido aumento populacional, torna-se ainda mais importante e emergencial garantir, principalmente visando ao futuro, a segurança alimentar e nutricional.

4. AS GRANDES EMPRESAS E A LÓGICA DO MERCADO ALIMENTÍCIO X A SEGURANÇA ALIMENTAR E A SOBERANIA ALIMENTAR

A globalização e a informatização dos mercados mundiais levaram a um declínio gradativo, desde os anos 60, da soberania dos estados-nação, e que, concomitantemente a esse fenômeno, acontecia outro. Enquanto a soberania dos estados era desbancada surgia uma nova ordem mundial de organização, emergindo assim uma nova forma de soberania, o imperialismo realizado por uma série de organismos nacionais e supranacionais.⁴²⁹

Tais organismos agem em coesão devido a uma única regra lógica de governo, o lucro, controlando o mercado mundial e conseqüentemente os países que vivem em função dele, no caso, os estados de economia capitalista. Desse modo, toda a estrutura legislativa dos estados objetiva atender, por vezes, predominantemente aos interesses das multinacionais e das transnacionais, sob a implícita “punição” de serem distanciados ou, até mesmo excluídos, do “jogo” global de domínio de mercado. Jogo cujo sistema é ditado por esses organismos nacionais e supranacionais, sendo os países apenas peças colocadas umas contra as outras, visando uma ter mais domínio que a outra, sendo os estados mais próximos a esses organismos os que mais possuem “vantagem”, como os de primeiro mundo, e os periféricos os mais prejudicados por toda essa conjuntura.

Todo esse poder global é advindo de uma hegemonia e a conjuntura que se desdobra a partir dela, é a mesma para todos os tipos de mercado, o mercado alimentício não poderia ser diferente, assim sendo, a desestruturação na cadeia alimentar (cultivo, circulação/comercialização e consumo), responsável pelas anomalias do desperdício e da fome, é intencionalmente criada pela lógica de mercado neoliberal, em que a dinâmica individualista do lucro, a qualquer custo, custa muito, principalmente, para as pessoas que passam fome e para o meio ambiente. Em suma, esse modelo de produção é mais rentável para as organizações internacionais e não necessariamente é o mais favorável às pessoas, dessa forma, a soberania alimentar visa inverter os valores e atribuir o controle, na posse das multinacionais e transnacionais, a população.

⁴²⁸ (BELIK, CUNHA E COSTA, 2019, p. 5)

⁴²⁹ HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Trad. Birilo Vargas, 9 ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.

Em relação ao direito à alimentação, percebe-se que o acesso a ele ocorre efetivamente como regido pelas leis capitalistas do lucro e da acumulação. Dessa maneira, mesmo diante da grande produção de alimentos, analisando-a a nível global, em função, entre outros fatores, das técnicas agrícolas e da capacidade de armazená-los, essa não se demonstra como suficiente para garantir, de fato, o acesso aos alimentos. Enfim, o controle oligopolizado mundial da produção, assim, segue no sentido inverso de qualquer consideração e proposta de soberania alimentar ⁴³⁰.

De acordo com Stedile e Carvalho⁴³¹, cabe a abordagem de que a ideia de soberania alimentar significa que as populações de cada país possuem o direito de produzir os seus próprios alimentos. O controle da produção funciona, dessa forma, como uma alternativa fundamental para que seja garantido às populações o acesso à alimentação. Dessa maneira, diante do conhecimento de que produção e distribuição de alimentos integram o âmbito da soberania de um povo, reconhece-se sua não negociabilidade, o que representa uma ruptura com relação à organização dos mercados agrícolas imposta pelas empresas transnacionais e governos neoliberais. Vê-se, a partir dessa organização imposta, orientações políticas que violam as normas protecionistas para a agricultura familiar.

Destarte, vários países têm organizado suas economias em torno de um competitivo setor agrícola orientado para a exportação, baseado, em princípio, nas monoculturas. Esse tipo de agricultura industrial, então, traz uma variedade de problemas econômicos, ambientais e sociais, inclusive impactos negativos à saúde pública. Portanto, tentam se contrapor a essas tendências globais, justamente, o conceito de soberania alimentar⁴³². O debate sobre a questão da soberania alimentar está imbricado a concepções diferenciadas de desenvolvimento.

Existem distintas concepções sobre desenvolvimento e algumas questões reverberam contrapondo perspectivas divergentes. Algumas questões precisam ser colocadas sobre esse tema de acordo com Favero e Santos ⁴³³

[...] quem é o sujeito do desenvolvimento? O que é que se desenvolve? Como se concebe as relações entre a dimensão social (e o combate à pobreza, por exemplo) e a dimensão econômica do desenvolvimento? Mais precisamente, como se articula estrategicamente as diferentes dimensões do desenvolvimento? [...] ⁴³⁴

⁴³⁰ STEDILE, João Pedro; CARVALHO, Horácio Martins de. **Soberania alimentar: uma necessidade dos povos**. Revista Cidadania e Meio Ambiente, Rio de Janeiro, v. 25, 2011.

⁴³¹ (STEDILE; CARVALHO, 2011)

⁴³² ALTIERI, Miguel A. **Agroecologia, agricultura camponesa e soberania alimentar**. Revista Nera, n. 16, p. 22-32, 2012.

⁴³³FAVERO, Celso Antonio; SANTOS, Stella Rodrigues. **Semi-árido: fome, esperança, vida digna**. Salvador: UNEB, 2002.

⁴³⁴ (FAVERO; SANTOS, 2002, p.33)

Altieri⁴³⁵ indica que iniciativas por sistemas de conhecimento indígena, lideradas por milhares de agricultores, organizações não governamentais e algumas instituições governamentais e acadêmicas vêm, nesse sentido, demonstrando que podem melhorar a segurança alimentar através do desenvolvimento, principalmente, de uma agricultura sustentável e técnicas vinculadas à concepção de agrofloresta. Sob essa perspectiva, são exemplos, no Brasil, de movimentos camponeses e indígenas organizados que se baseiam na agricultura o movimento camponês internacional Via Campesina e o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra. Nesse sentido, esses e outros movimentos sociais rurais utilizam-se do conceito de soberania alimentar como uma alternativa para romper um método implantado que apenas intensifica a má distribuição de alimentos.

O desenvolvimento sustentável é aqui entendido, em primeiro lugar, como uma construção política que tem por objetivo a criação de vida digna. Neste sentido, o desenvolvimento identifica-se com vida digna (objetivo) e com luta por vida digna (estratégia). Ele tem como elemento central o ser humano, o único capaz de fazer política e, assim, de pensar e de buscar vida digna. ⁴³⁶

Discutido esse contexto, o conceito de Segurança Alimentar surge a partir da 2ª Grande Guerra com mais de metade da Europa devastada e sem condições de produzir o seu próprio alimento. Entendeu-se, a exemplo, a necessidade de a alimentação disponível para o consumo da população não estar submetida a qualquer tipo de risco de apodrecimento. Ademais, um ponto relacionado à ideia de segurança alimentar e que se associa também à qualidade dos alimentos é, entre estudiosos e mesmo entre os militantes das causas ambientais, a não admissibilidade do uso dos alimentos transgênicos⁴³⁷. Efetivamente a adoção de novas práticas demanda um repensar sobre o desenvolvimento considerando o parâmetro da segurança alimentar, Favero e Santos problematizam essa questão considerando o cenário do Semi-árido e elencando quatro eixos necessários.

Em termos estratégicos, o desenvolvimento define-se a partir de quatro eixos: 1) a estruturação de um sistema de segurança alimentar como patamar necessário para a construção de vida digna, 2) a promoção de uma cultura fundada nas ideias de pluralidade (de gênero, de raças etc.) e de participação (a cada um a parte que lhe cabe); 3) a construção de uma economia solidária, 4) o empoderamento das populações locais (recursos produtivos). ⁴³⁸

⁴³⁵ (ALTIERI, 2012)

⁴³⁶ (FAVERO; SANTOS, 2002, p.36)

⁴³⁷ BELIK, Walter. **Perspectivas para segurança alimentar e nutricional no Brasil**. Saúde e sociedade, v. 12, p. 12-20, 2003.

⁴³⁸ (FAVERO; SANTOS, 2002, p.43)

A fome, sob esse ponto de vista, como aborda Chonchol⁴³⁹ não é tanto a consequência de uma produção alimentar insuficiente, mas a marginalização econômica de certas populações. Consequentemente, a prioridade precisa ser não aumentar a produção dos que já produzem muito, mas dar a todos os meios necessários para produzir, empoderar as populações locais.

Apesar de o conceito estar estabelecido, ainda há muito a ser feito para que a execução e o controle social de uma Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional sejam efetivos. O conceito de Segurança Alimentar, como trata Albuquerque⁴⁴⁰, articula, principalmente, na dimensão que diz respeito à produção e à disponibilidade de alimentos e às relações entre o ser humano e o alimento. Dessa maneira, a soberania alimentar é vista como um dos meios efetivos de ser resolvida a problemática da fome a partir de suas principais nuances e garantir, assim, a segurança alimentar diante ao acesso, também, à alimentação de qualidade.

Ao analisar a fome e sua interpenetração com a pobreza, evidencia-se que a presença da mesma no Brasil, não decorre apenas da ineficácia da produção, mas também pelo fato de não haver uma rede de distribuição de alimentos articulada, haja vista a produção de agrícola, no Brasil, ser elevada, tendo sido estimado alcançar o patamar de 240,7 milhões de toneladas, em 2019, conforme levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). No entanto, tal projeção é voltada para comercialização, desarticulada com as necessidades sociais da população brasileira em situação de pobreza.⁴⁴¹

Com base na análise acerca da segurança alimentar e soberania alimentar, observou-se que o controle oligopolizado mundial da produção segue no sentido inverso de qualquer consideração e proposta de soberania alimentar. Entende-se por soberania alimentar o direito das populações de produzir seu próprio alimento. No entanto, a estrutura econômica do setor agrícola está voltada para a exportação, com a disseminação de monoculturas.

Tal sistema de exploração do solo contribui para a emergência de problemas econômicos, ambientais e sociais, inclusive impactos negativos à saúde pública. Nesse sentido, o conceito de Segurança Alimentar, na concepção de Albuquerque⁴⁴², integra a esfera da produção de alimentos e a sua disponibilidade, bem como o

⁴³⁹ CHONCHOL, Jacques. **A soberania alimentar**. Estudos Avançados, v. 19, n. 55, p. 33-48, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142005000300003>. Acesso em: 15 de setembro de 2019.

⁴⁴⁰ ALBUQUERQUE, Maria de Fátima Machado de. **A segurança alimentar e nutricional e o uso da abordagem de direitos humanos no desenho das políticas públicas para combater a fome e a pobreza**. Revista de Nutrição, Campinas, p.895-903, nov./dez. 2009.

⁴⁴¹ (ROSANELI et al., 2020, p. 92-93)

⁴⁴² (ALBUQUERQUE, 2009)

vínculo entre o ser humano e o alimento. Sob essa ótica, os conceitos de soberania alimentar e segurança alimentar se contrapõem às tendências econômicas de ordem global⁴⁴³.

Dessa maneira, a soberania alimentar articulada a uma forma de desenvolvimento sustentável é vista como um dos meios efetivos para minorar a problemática da fome, para, além disso, deve-se assegurar a segurança alimentar ao tornar acessível aos vulneráveis sociais a alimentação de qualidade. Nesse sentido, a transformação social necessária para efetivar o quanto disposto na Constituição Cidadã de 1988, no seu artigo 6º, se faz necessário o fortalecimento de políticas públicas voltadas para o enfrentamento da pobreza e ampliação na distribuição de renda.

No Brasil, as políticas sociais foram importantes e determinantes para a redução da pobreza e da desigualdade. Dentre essas políticas, destaca-se: “Fome Zero”, “Brasil sem Miséria” e “Bolsa Família”, sendo este último considerado como principal programa de transferência de renda do Brasil. As políticas sociais, articuladas a outras iniciativas a exemplo dos Bancos de Alimentos, permanecem sendo de fundamental importância no presente cenário.

A Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura - FAO estima que um terço de todos os alimentos produzidos no mundo seja jogado fora, mesmo considerando boas condições de consumo. A adoção de medidas individuais podem contribuir para alteração dos problemas enfrentados, mas não são suficientes. Políticas específicas, marcos regulatórios, organização do tecido social, mobilização de movimentos sociais, constrangimento das instituições para que atuem conforme princípios do Estado Democrático de Direito, defesa de sistemas agrícolas sustentáveis, todos esses elementos são fundamentais para alteração da atual realidade. O mundo previsto pela FAO talvez não se concretize tão cedo “um mundo #fomezero para 2030”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve por objetivo apresentar a correlação entre a fome, desigualdade social, pobreza e a lógica mercadológica que permeia a distribuição de alimentos, tais fatores ensejam a não efetivação do direito social à alimentação previsto na Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, apresenta-se, como meio para suplantarmos a fome no Brasil, a implementação de políticas públicas voltadas para garantia da soberania alimentar.

A garantia da soberania alimentar vinculada a uma concepção de desenvolvimento sustentável como meio de fortalecer o acesso à alimentação, mesmo

⁴⁴³ (ALTIERI, 2012)

com a atual lógica de circulação alimentar, necessita de forma determinante da continuidade de programas de combate à pobreza, bem como da efetivação de políticas públicas voltadas para garantir o acesso à alimentação, propostas de combate ao desperdício de alimentos e sua redistribuição, bem como o enfrentamento multissetorial da desigualdade social, com o objetivo de assegurar a população vulnerável o acesso à alimentação segura.

Em um movimento reverso das práticas neoliberais, adotadas em distintos países nas últimas décadas, propostas avançam na defesa da necessidade do Estado ampliar políticas públicas, políticas redistributivas, políticas de cuidado e universalização do acesso à saúde, ao saneamento, à habitação, à educação tendo como horizonte princípios de defesa de um Estado Democrático de Direito de forma ampla.

O desenho deste processo ainda está indefinido e uma multiplicidade de ideias são fortalecidas gradualmente, a economia precisa ser repensada a partir de outras bases mais do que em qualquer outro momento, antigas ideias vinculadas ao cooperativismo, economia solidária, economia criativa, são lançadas no cenário.

No Brasil grande parte da população pertence ao público vulnerável, ocorre no presente o aumento da pobreza acelerado. Na pandemia o que historicamente sempre existiu se tornou visível e mais dramático. Água limpa ainda é, até mesmo nos grandes centros urbanos, a exemplo da cidade de Salvador, um bem de difícil acesso. A recomendação básica da OMS não pode ser cumprida, o simples ato de lavar as mãos.

Distintas são as estratégias dos atores sociais necessárias e urgentes neste momento como: investimento em infraestrutura hospitalar, ampliação dos leitos de UTI, kits de teste, equipamentos de proteção; acesso da população à água, energia elétrica, produtos de higiene; investimento massivo em ciência e tecnologia; combate à subnotificação, publicidade de dados; circulação e formas múltiplas de apoio psíquico, notadamente, dos mais vulneráveis; políticas de renda garantida, apoio aos pequenos e microempreendedores, apoio a pequenas empresas, ampliação da assistência social. Contudo permanece latente a urgência dos que passam fome.

Os desdobramentos econômicos, políticos e sociais em escala mundial e local pós-covid são imprevisíveis, a superfície da globalização econômica como conhecida nas últimas décadas abre fissuras possivelmente irreversíveis. O futuro está sob disputa, futuros possíveis que podem ser apagados ou materializados com decisões no presente.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Maria de Fátima Machado de. **A segurança alimentar e nutricional e o uso da abordagem de direitos humanos no desenho das políticas públicas para combater a fome e a pobreza.** Revista de Nutrição, Campinas, p.895-903, nov./dez. 2009.
- ALTIERI, Miguel A. **Agroecologia, agricultura camponesa e soberania alimentar.** Revista Nera, n. 16, p. 22-32, 2012.
- BELIK, Walter. **Perspectivas para segurança alimentar e nutricional no Brasil.** Revista Saúde e Sociedade, v. 12, p. 12-20, jan-jun, 2003.
- BELIK, Walter; CUNHA, Altivo Roberto Andrade de Almeida; COSTA, Luciana Assis. **Crise dos Alimentos e Estratégias para a Redução do Desperdício no Contexto de Uma Política de Segurança Alimentar e Nutricional no Brasil.** [S. l.], 2012. Disponível em: <http://desafios2.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/277>. Acesso em: 16 de setembro de 2019.
- CASTRO, Josué de. **Geografia da Fome.** 10. ed. Rio de Janeiro: Edições Antares, 1984, p. 348.
- CHONCHOL, Jacques. **A Soberania Alimentar.** Estudos Avançados, v. 19, n. 55, p. 33-48, 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142005000300003>. Acesso em: 15 de setembro de 2019.
- DIEESE. **Análise - Cesta Básica/ Salário Mínimo.** Disponível em: < <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html> > Acesso em: 8 junho 2020.
- FAO. **O estado de segurança alimentar e da nutrição no mundo.** Disponível em: < <http://www.fao.org/state-of-food-security-nutrition/en/> > Acesso em: 8 jun. 2020.
- FAVERO, Celso Antonio; SANTOS, Stella Rodrigues. **Semi-árido: fome, esperança, vida digna.** Salvador: UNEB, 2002.
- FREIRE JUNIOR, Murillo; SOARES, Antônio Gomes. Perdas de frutas e hortaliças relacionadas às etapas de colheita, transporte e armazenamento. In: ZARO, Marcelo. **Desperdício de alimentos: Velhos hábitos, novos desafios.** Caxias do Sul, RS: Educ, 2018. p. 21-38. Disponível em: <<https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/e-book-desperdicio-de-alimentos-velhos-habitos.pdf>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2019.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império.** Trad. Birilo Vargas, 9 ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.
- NASCIMENTO, S. P. **Desperdício de alimentos: fator de insegurança alimentar e nutricional.** Segurança Alimentar e Nutricional, v. 25, n. 1, p. 85-91, 26 abr. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/san/article/view/8649917>> Acesso em: 16 de setembro de 2019.
- ROSANELI, Caroline Filla et al. **A fragilidade humana da pobreza e da fome.** Revista Bioética, Curitiba, v.1, n.23, p. 89-97, 2015. Disponível em: < <https://>

www.scielo.br/pdf/bioet/v23n1/1983-8034-bioet-23-1-0089.pdf > Acesso em: 8 junho 2020.

SANTOS, Sandra Maria Chaves dos; SANTOS, Leonor Maria Pacheco. **Avaliação de políticas públicas de segurança alimentar e combate à fome no período de 1995-2002**. Disponível em: https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0102-311X2007000500005&script=sci_arttext&tlng=es. Acesso em: 27 de dezembro de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.402-764.

STEDILE, João Pedro; CARVALHO, Horácio Martins de. **Soberania alimentar: uma necessidade dos povos**. Revista Cidadania e Meio Ambiente, Rio de Janeiro, v. 25, 2011.

DIREITO DO CONSUMIDOR EM TEMPOS PANDÊMICOS

Sérgio São Bernardo⁴⁴⁴

Bruna Oliveira⁴⁴⁵

A disseminação do vírus Covid-19 em escala global e as inúmeras consequências decorrentes desse acontecimento são aterrorizadoras. Tal evento possui um caráter sistêmico, relacional e assimétrico. Falaremos aqui de efeitos pandêmicos e “novos normais” a decidirem o *ethos* de um novo tempo. Os efeitos e impactos sobre a humanidade e a natureza, acompanhados de novas linguagens, valores éticos/morais, arranjos econômicos e políticas públicas (estatais e privadas), qualificam tal acontecimento como um marco temporal do início do século XXI.

O mais espantoso e, ao mesmo tempo, desafiador, é que não temos respostas definitivas para nada. O momento pede tomada de decisões temporárias e com permanente reavaliação. O Covid-19 está nos convidando para a possibilidade da inexperiência das coisas do mundo, onde não podemos falar unilateralmente de dogmas espirituais, culturais e científicos como predição absoluta da verdade.

Estamos nos refazendo da e na presencialidade, numa tensão entre o presente e o futuro, típica do caráter da modernidade. O futuro é incerto, por isso a ciência e as experiências são incensadas e, ao mesmo tempo, defenestradas como templos das verdades. No entanto, temos que ter cuidado com as supremacias das ciências e das experiências que também produzem doenças, mortes e tirania. O momento de agora é o do instante milenar dos conflitos étnicos/culturais, das guerras híbridas, do aquecimento global, da crise do petróleo, do dualismo intra-hegemônico entre os EUA e a China e da forte presença da ultradireita de caráter nazifascista a disseminar propostas antidemocráticas nas áreas das representações políticas e das ações humanas.

No Brasil, a instabilidade do sistema e das relações políticas, a guerra entre os poderes, a financeirização da economia e da política, atravessam cenários de instabilidade e imprevisibilidade. A combinação do avanço tecnológico (revolução 4.0), com altos recursos lícitos e ilícitos na área da comunicação social, gera outra ordem de desestruturação social. Esses elementos concorrem para a acentuação dos efeitos maléficos da pandemia, que, para além de fato superveniente, acaba por se instalar como um *leitmotiv* a definir como devemos remoldar os cânones éticos jurídicos. Tudo isso interfere nas vidas das pessoas, notadamente, sobre como regulamos e direcionamos a vida através do direito posto pelo Estado e por suas instituições.

⁴⁴⁴ Advogado, Professor de Direito do Consumidor da UNEB e Presidente da Comissão de Proteção ao Direito do Consumidor da OAB-Bahia.

⁴⁴⁵ Graduanda do curso de Direito – DCH-I – UNEB.

Na seara do direito, as medidas governamentais, lastreadas no Estado de Emergência e Calamidade Pública, possibilitaram uma maior abertura no conteúdo e na forma das decisões legislativas e administrativas, tornando-as mais constantes e provisórias, algumas vezes, com fortes apelos autoritários. O direito constitucional, o sistema político (forma e sistema de governo, o regime político, o pacto federativo e o sistema representativo) e os direitos fundamentais, estão colocados à prova frente aos princípios democráticos inscritos na Constituição Federal.

Neste texto faremos uma digressão sobre como o direito do consumidor, inscrito como um campo micro sistêmico no ordenamento jurídico brasileiro, que possui um texto principiológico e transversalizado⁴⁴⁶ (com todas as outras áreas do conjunto legislativo), está sendo afetado por medidas urgentes e apressadas que, ora se apresentam como boas medidas de prevenção, ora se mostram como arrepio da lei constitucional e da ordenação jurídica. No entanto, este campo do direito é um, entre outros, que pode contribuir para uma leitura sistêmica e relacional e, assim, propor mudanças expressivas para o enfrentamento dos conflitos decorrentes desse fenômeno.

Todas as áreas do conhecimento e do direito estão sendo convidadas a dizer algo sobre as questões e conflitos gerados no panorama atual e isso nos pede uma boa dose de bom senso, respeito à alteridade e capacidade de negociação. Buscando contribuir para essa realidade do mundo e do país em razão da pandemia declarada pela OMS – Organização Mundial de Saúde e, ato contínuo, o Estado de Emergência e Calamidade Pública declarados pelo governo brasileiro, com a coerente decisão pelo isolamento social, é que trazemos reflexões iniciais e provisórias sobre os efeitos da pandemia nas relações de consumo, em especial, na defesa do consumidor.

Este é um tempo de sucessivas e permanentes mudanças. O uso dos recursos da era digital e as suas derivações nos faz crer que estamos em uma nova era milenar. Nesse universo, onde tudo se transforma em conceitos e valores mediados pela tecnologia e suas virtualidades, temos que rever muitos conceitos, princípios e diretrizes que sintetizam a vida e o direito. Neste instante, por exemplo, já não é mais totalmente acertado falarmos em venda de produtos e serviços, mas, apenas, de serviços. Os produtos estão se transformando em serviços. Já não podemos falar de relacionamentos e atendimentos presenciais, mas de atendimentos não-presenciais com efeitos jurídicos

⁴⁴⁶A defesa do consumidor é constitucionalmente garantida, conforme artigo 170, V, da Constituição Federal de 1988 que trata da ordem econômica e artigo 5º, inciso XXXII que trata dos direitos fundamentais.

– Isso pode ser comprovado vide a recente aprovação da telemedicina⁴⁴⁷ e da teleaudiência⁴⁴⁸ no sistema normativo brasileiro.

Desse modo, reconhecemos que a inovação tecnológica através do uso disseminado de aplicativos e serviços virtualizados – internet das coisas, big data, customização de produtos e serviços, combinada com a descentralidade do trabalhador formal e um modelo mais ostensivo dos serviços de entrega (*delivery*) e de buscas (*drive thru*) de produtos postos à venda, redimensionou nossa conduta para uma nova vida ou, como já se diz, para um “novo normal”. Esses fenômenos nos acenam para uma realidade radical nas relações de consumo, com suas inovações confrontando o dizer normativo do direito.

Esse rol exemplificativo acima nos ajuda a entender a força decisiva que muitas práticas sociais, com repercussão econômica ou não, devem incidir sobre a vida contemporânea e as relações de consumo. Aliado a isso, observamos que as medidas governamentais convivem com fortes conflitos políticos que se misturam com os conflitos hermenêuticos do direito. Ainda que voltemos à vida normal quando findar o isolamento social, não podemos mais falar que seremos os mesmos após este evento.

Nesse caso, temos que analisar e buscar saídas e ajustes para a fase que se aproxima e que nos dirá como seremos na pós-pandemia. Vejamos as principais respostas governamentais às necessidades de mudanças para regular as relações e as respectivas tensões frente aos interesses em jogo nas áreas mais afetadas pela pandemia:

2. AS RELAÇÕES DE CONSUMO MAIS AFETADAS PELA PANDEMIA

2.1 A ADULTERAÇÃO DOS PREÇOS E QUALIDADE DE PRODUTOS ESSENCIAIS E A AFETAÇÃO DIRETA NA SAÚDE DOS CONSUMIDORES

Em tempos de uma crise mundial do sistema de saúde, falar sobre o respeito à boa-fé e ao dever de lealdade as relações de consumo é proteger, essencialmente, a saúde e segurança dos consumidores. Portanto, garantir produtos que são essenciais para o enfrentamento ao Covid-19, como álcool em gel, máscaras e luvas cirúrgicas em um preço acessível e de acordo com os padrões técnicos exigidos pela OMS perpassa a relação de consumo e se torna essencial para a manutenção da vida e segurança de toda a população.

⁴⁴⁷ Portaria nº 467, de 20 de março de 2020, “Dispõe, em caráter excepcional e temporário, sobre as ações de Telemedicina, com o objetivo de regulamentar e operacionalizar as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional previstas no art. 3º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, decorrente da epidemia de COVID-19.”

⁴⁴⁸ Resolução nº 313, de 19 de março de 2020 – CNJ - “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 Corona vírus – covid-19 e garantir o acesso à justiça neste período emergencial.”

No entanto, em clara contraposição ao dever de cooperação e solidariedade que se prega nos contratos e que o cenário atual demanda, o que se percebeu foi o aumento do preço e adulteração de vários produtos por empresas fornecedoras. Em pesquisa feita no site comparador de preços “Já \Cotei”⁴⁴⁹, o Kit de Máscaras modelo N95, por exemplo, essencial para os profissionais de saúde que atuam na linha de frente no combate ao novo Coronavírus, teve um aumento de 1868%, passando de R\$ 1,27 para R\$ 25,00.

Abusar do momento de *frisson* que acometeu a população brasileira diante da ameaça do novo vírus para cobrar-lhe valores exorbitantes em produtos essenciais pode configurar estado de perigo, defeito do negócio jurídico previsto no art. 165 do Código Civil, aplicável ao CDC, em que alguém “*premidado da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa*”. Não se pode admitir que a parte já vulnerável no vínculo contratual, o consumidor, ainda seja exposto a relações ainda mais desproporcionais e abusivas, em um momento delicado como este.

Outra prática que não afeta o consumidor somente em sua esfera econômica, mas ofende o seu direito à saúde, vida e à integridade física é a adulteração de produtos de higiene, como ocorreu com o álcool em gel. A recomendação da Organização Mundial de Saúde é de que o álcool adequado para a higienização das mãos e com eficácia contra o Covid-19 é aquele cuja concentração é de 70% do teor do produto. A Anvisa, em seu portal⁴⁵⁰, esclareceu sobre a diferença entre o álcool usado com função medicamentosa e eficaz para combater a pandemia, e o utilizado como cosmético.

Destarte, qualquer tipo de adulteração no álcool em gel, seja por vender como 70% o álcool de inferior volumetria ou vender o álcool cosmetológico como eficaz no combate à pandemia, exorbita a exploração à vulnerabilidade técnica do consumidor. Aquele que adquire um produto que acredita ser eficaz para a proteção da sua saúde e, em verdade, adquiriu um produto com especificações falsas, não está tem apenas sua esfera econômica violada, mas também o seu direito à vida e à integridade física.

2.2 A MANUTENÇÃO DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS E A IMPOSSIBILIDADE DE INTERRUÇÃO POR INADIMPLEMENTO

A recomendação da Organização Pan-Americana de saúde e da OMS é a utilização de água e sabão para lavagem de mãos e rosto, medida divulgada como

⁴⁴⁹ JÁ COTEI. Gráfico de preços de máscaras N95. Disponível em: [https://www.jacotei.com.br/10-mascara-respirador-n95-pff2-com-valvula-delta-plus-com-inmetro-prevencao-corona-gripe-bacteria/p]. Acesso em: 10/03/20.

⁴⁵⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Detalhamento de cosméticos: Álcool. Disponível em: [http://portal.anvisa.gov.br/anvisa-esclarecep_p_id=baseconhecimentoportlet_WAR_]. Acesso em: 09/03/2020.

amplamente eficaz no combate ao vírus⁴⁵¹. Por conseguinte, privar parte da população do fornecimento de serviços básicos de subsistência, em virtude inadimplemento, privilegia o aspecto econômico em detrimento do que deve ser mais importante para a manutenção das vidas de milhares de brasileiros no momento: o enfrentamento do Covid-19.

Diante disso, tramita o Projeto de Lei nº 783/2020⁴⁵², de autoria do Senador Jaques Wagner (PT/BA) que proíbe o corte de fornecimento dos serviços públicos de energia elétrica, telefonia, gás, água e esgoto e internet, prestados ao consumidor, durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Congresso Nacional. Tribunais de Justiça das mais diversas regiões do país, como por exemplo o TJ-SP⁴⁵³, já estão seguindo a justificativa do projeto de lei para conceder tutelas inibitórias de cortes dos serviços listados como essenciais, privilegiando o defrontamento ao surto e a conservação de inúmeras vidas e empregos.

A Assembleia Legislativa da Bahia, por sua vez, foi além nas medidas de combate ao Coronavírus. Em abril deste ano, o Governador Rui Costa (PT) sancionou o Projeto de Lei 23.812/20⁴⁵⁴ que isenta da conta de água, por três meses, as famílias inscritas na Tarifa Social da Embasa, que têm consumo mensal inferior à 25 m³ de água por mês.

A medida do Governo do Estado da Bahia beneficia milhares de famílias consumidoras do serviço de água fornecida pela Embasa, salvaguardando-as de qualquer medida restritiva que a empresa possa ter contra elas durante o período pandêmico. Com esse posicionamento, a Bahia prestigia o mínimo de dignidade que deve ser atinente às famílias baianas.

2.3 CONTRATOS BANCÁRIOS E A IMPORTÂNCIA DA PRORROGAÇÃO DAS DÍVIDAS PARA A MOVIMENTAÇÃO DA ECONOMIA

Algumas das medidas de contenção da propagação do novo Coronavírus são a quarentena e o isolamento social. Com a adoção dessas medidas, inevitavelmente, vários estabelecimentos comerciais foram fechados e trabalhadores informais impedidos

451 OPAS/OMS BRASIL. Folha informativa – Covid-19 (doença causada pelo novo coronavírus). Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875]. Acesso em: 11/03/2020

452 BRASIL. Projeto de Lei nº 783/2020. Disponível em: [<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141135>]. Acesso em: 11.05.2020

453 TJ-SP. 12ª Vara Cível Federal de São Paulo. Processo nº 5004662-32.2020.4.03.6100. Autor: Instituto de Defesa do Consumidor. Publicação: 04/04/2020

454 BAHIA. Projeto de Lei nº 23.812/20. Disponível em: [<https://www.al.ba.gov.br/atividade-legislativa/proposicao/PL.-23.723-2020>]. Acesso em: 11/03/2020

de trabalhar. A consequência direta disso é a diminuição da renda mensal de incontáveis famílias.

Os bancos, por sua vez, entenderam que a cobrança das dívidas de empréstimos e financiamentos no momento causaria o superendividamento, comprometendo a renda das famílias no momento crítico vivido. Pensando nisso, a Federação Brasileira dos Bancos (FEBRABAN) anunciou, no dia 16 de março, que os 5 maiores bancos do país (Banco do Brasil, Bradesco, Caixa Econômica, Itaú e Santander) irão prorrogar, por até 60 dias, o vencimento de dívidas de pessoas físicas e micro e pequenas empresas⁴⁵⁵.

A prorrogação é válida para contratos vigentes que estejam em dia com os pagamentos e limitado a valores já utilizados. A postergação, no entanto, não é automática. O cliente deve entrar em contato com o banco – o que pode acontecer por telefone ou canais eletrônicos - para solicitar o serviço. Todavia, a medida não vale para cheque especial ou dívidas de cartão de crédito.

2.4 OS CONTRATOS DE CONSUMO NAS RELAÇÕES EDUCACIONAIS E INSTITUIÇÕES DE ENSINO PRIVADO

Uma das primeiras medidas tomadas pelas prefeituras e governos foi o fechamento das escolas, creches e universidades. Com o fechamento dos espaços físicos, muitas instituições de ensino optaram pelo ensino à distância. Ocorre que, boa parte desses estabelecimentos não dispunham de cláusulas contratuais acerca do ensino à distância ou, mesmo que contivesse, previam predominantemente o ensino presencial. Diante dos fatos, busca-se um equilíbrio para que os consumidores ou empresas não sejam excessivamente onerados com as novas ações adotadas pelas escolas e universidades.

O MEC - Ministério da Educação decidiu através sobre a substituição das aulas presenciais por métodos remotos em ambientes virtuais.⁴⁵⁶ Esta decisão acompanhou o parecer do Conselho Nacional de Educação (PARECER CNE/CP Nº: 5/2020), sobre as mudanças no modelos de ensino e aprendizagem e o calendário escolar. Estas proposições estão sendo acompanhadas por diversos órgãos de Estado, empresários e empreendedores, e representações da sociedade civil que dialogam sobre o tema. A grande questão, além do equilíbrio das prestações das mensalidades por se tratar de serviço de trato sucessivo é o de como este modelo virtual pode estar interferindo na qualidade de ensino.

⁴⁵⁵ FEBRABAN. Tire suas dúvidas sobre as medidas anunciadas pelos bancos. Disponível em: [<https://portal.febraban.org.br/noticia/3421/pt-br/>]. Acesso em: 12/03/20

⁴⁵⁶ Ver portarias nº 343, 345, de 19/3/2020 e 356, de 20/3/2020 e Medida Provisória nº 934 de 01/4/2020, sobre novas regras para o ano letivo decidindo pela não obrigatoriedade do cumprimento dos 200 dias letivos e mantendo a obrigação da carga horária de 800 horas.

O debate está sendo travado pelas representações de classe e categorias, sobre como adequar as demandas das escolas, dos professores e dos consumidores. Todos estão severamente comprometidos e estão amargando com os efeitos do isolamento e as restrições das atividades econômicas. No entanto, o sistema normativo consumerista, lastreada nas teorias da imprevisão e da boa-fé objetiva,⁴⁵⁷ fala da impossibilidade de inserir prestações desproporcionais e excessivamente onerosas em razão de fatos supervenientes⁴⁵⁸, em desfavor do consumidor. Isso implica a devida apresentação, por parte do fornecedor, por exigência do direito à informação, da planilha relativa aos custos, para equacionar possíveis reduções das mensalidades, em razão da diminuição dos serviços de água, luz, Internet, limpeza, segurança, alimentação, transporte etc.

Consideração importante a ser feita acerca do ensino à distância, é a precariedade do acesso à internet e às limitações quanto ao uso de programas e aplicativos que operam ambientes virtuais de aprendizagens impostos, em alguns casos, de forma açodada aos estudantes da rede de ensino do Estado. A modalidade de ensino adotada pressupõe um aparato tecnológico e uma dominação técnica que, infelizmente, é muito difícil para uma boa parte da população. Portanto, exigir o cumprimento de uma grade escolar totalmente à distância sem treinamento prévio, é dificultar o acesso à educação de qualidade, buscando-se apenas maquiagem o processo de ensino/aprendizagem.

Sobre a educação infantil, a recomendação da Associação Brasileira de Procons – PROCONSBRASIL converge com a recomendação do Ministério Público do Estado da Bahia⁴⁵⁹ em propor que haja uma compensação futura ou suspensão do contrato, na medida em que a fase escolar se destina ao desenvolvimento psicomotor da criança e se revela impossível a sua prestação, de maneira adequada, à distância, embora a posição dos órgãos de defesa do Consumidor da Bahia (Procon, Ministério Público, Defensoria Pública e OAB) a este respeito é da não cobrança de mensalidades nesse tipo de ensino.

⁴⁵⁷ O Projeto de Lei 1179/20 que tramitou no Congresso Nacional foi convertido na Lei nº 14.010 de 10 de junho de 2020. Ele dispõe sobre regras transitórias para o regime jurídico de direito privado durante a pandemia do Covid-19. No entanto, em seu art. 8º, propõe a suspensão do direito de arrependimento, previsto no art. 49 do CDC, até o dia 30 de outubro de 2020, na hipótese de produto ou serviço adquirido por entrega domiciliar (delivery). Ao dispor dessa forma, o PL onera excessivamente o consumidor, que está adquirindo algo sem ao menos conhecê-lo em sua realidade. O artigo, portanto, vai de encontro a teoria de imprevisão que norteia o Código de Defesa do Consumidor.

⁴⁵⁸ Art. 6º, inc. V do Código de Defesa do Consumidor - Lei 8078/90 - “São direitos básicos do consumidor: V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

⁴⁵⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Coronavírus: MP recomenda que escolas particulares renegociem contratos de ensino infantil, fundamental e médio. Disponível em: [https://www.mpba.mp.br/noticia/51023]. Acesso em: 09/03/2020

Já para as instituições de ensino fundamental e médio, bem como as de ensino superior privadas, a recomendação é a negociação entre o fornecedor de serviço e o contratante, de forma a conceder descontos, levando em consideração a diminuição dos custos que ocorriam com a prestação do serviço presencial. Esta negociação deve ser feita através de uma revisão contratual, em que ambos os contratantes devem concordar. Caso o consumidor não concorde com a proposta de revisão contratual, deve lhe ser assegurado o direito à rescisão contratual, sem qualquer ônus àqueles que não são considerados inadimplentes, motivado por caso fortuito ou força maior.

Apesar de não parecer justo também para a empresa a rescisão do contrato em virtude de algo que ela não deu causa, pior seria transferir o risco da atividade econômica para o consumidor ou para o trabalhador. Obrigá-lo a adimplir com o contrato de forma diversa da que foi pactuada não parece razoável, ainda menos em tempos pandêmicos em que muitos tiveram as suas rendas afetadas. Dessa forma, a negociação visando a manutenção ou a suspensão temporária do contrato pode ser a melhor medida entre as partes, inclusive para evitar, até mesmo, o fechamento da instituição, a dispensa do empregados ou uma futura judicialização.

2.5 OS CONTRATOS NA AREA DA AVIAÇÃO CIVIL, TURISMO, HOTELARIA, EVENTOS CULTURAIS E AS RELAÇÕES DE CONSUMO

O distanciamento social não afetou somente as relações interpessoais. Com o fechamento das fronteiras em vários países e a recomendação de evitar aglomerações, o turismo foi profundamente afetado. A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) divulgou um cálculo que previu um prejuízo de US\$ 50 bilhões para a indústria do turismo⁴⁶⁰.

A primeira orientação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC)⁴⁶¹, ainda nos primórdios da pandemia, quando ainda não havia o fechamento das fronteiras, foi de que os passageiros que tinham viagens não essenciais para outros países deveriam remarcar ou cancelá-las. Posteriormente, diante da complexidade do cenário internacional e do fechamento das fronteiras, o Presidente da República editou a Medida Provisória nº 925, de 18 de março de 2020⁴⁶², até o momento da escrita deste artigo válida, para dispor sobre as medidas emergenciais para aviação civil brasileira diante da pandemia pelo novo Corona vírus.

⁴⁶⁰ MUCELIN, Guilherme e D'AQUINO, Lúcia Souza. O PAPEL DO DIREITO DO CONSUMIDOR PARA O BEM-ESTAR DA POPULAÇÃO BRASILEIRA E O ENFRENTAMENTO À PANDEMIA DE COVID-19. Disponível em: [https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1040/909]. Acesso em: 10.05.2020

⁴⁶¹ ANAC. Orientações aos passageiros. Disponível em: https://www.anac.gov.br/coronavirus/passageiros]. Acesso em: 14.05.2020

⁴⁶² BRASIL. Medida Provisória nº 925, de 18 de março de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv925.htm]. Acesso em: 14.05.2020

O TJ-RS já se manifestou⁴⁶³, quando demandado, em consonância com a Recomendação da ANAC e a MP nº 925/20, permitindo a remarcação de passagens aéreas, sem custo adicional, para brasileiros que as compraram anteriormente, e foram surpreendidos pela pandemia.⁴⁶⁴

No mesmo sentido dispõe a Recomendação nº 003/2020 do Ministério Público Federal⁴⁶⁵, que orienta a proceder o cancelamento das passagens aéreas nacionais e internacionais adquiridas até 09.03.2020, sem qualquer ônus para o consumidor, e inclusive a devolver o valor percebido a título de multa para aqueles que já efetuaram o cancelamento arcando com o ônus.

Apesar da MP nº 925 ter o objetivo de não onerar o consumidor diante do cenário de pandemia, procedendo o cancelamento desses pacotes comprados, questionável é o período que as empresas dispõem para proceder com a devolução. Isso porque, no cenário atual, em que muitas pessoas perderam a sua renda, permitir um parcelamento ou a devolução em até 1 ano dos créditos, não parece razoável ou benéfico ao consumidor.

Este direito assegura que os consumidores tenham acesso à alimentação, hospedagem e comunicação com os seus familiares. Pode ainda, o consumidor, se eximir de pagar possíveis multas e encargos decorrentes desses contratos. A medida provisória orienta no sentido da negociação sobre possíveis adiamentos, remarcações, cancelamentos e créditos futuros.

2.6 OS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE E AS RELAÇÕES DE CONSUMO

Consagrado entre os direitos fundamentais, o direito à saúde nem sempre consegue ser prestado pelo Estado de maneira digna à população. Diante disso, muitas pessoas buscam planos de saúde privados para assegurar o seu direito a um atendimento eficaz. Essas relações entre os usuários do plano e saúde e a seguradora são regidas pelo direito do consumidor.

⁴⁶³ TJ-RS. 1ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de Porto Alegre. Processo nº 5015072.79.2020.8.21.001/RS. Autores: Sandra Maria Pereira Pinheiro e outros. Publicação: 09/03/2020.

⁴⁶⁴ A referida medida, em seu art. 3º, dispõe sobre o cancelamento de passagens aéreas pelos consumidores nos seguintes termos: *Art. 3º O prazo para o reembolso do valor relativo à compra de passagens aéreas será de doze meses, observadas as regras do serviço contratado e mantida a assistência material, nos termos da regulamentação vigente. § 1º Os consumidores ficarão isentos das penalidades contratuais, por meio da aceitação de crédito para utilização no prazo de doze meses, contado da data do voo contratado.*

⁴⁶⁵ MPF. Recomendação nº 003/020. Disponível em: [<http://www.mpf.mp.br/ce/sala-de-imprensa/docs/covid-19-recomendacao-a-anac>]. Acesso em: 14.05.2020

Por isso, no momento de crise do sistema de saúde (público e privado), as relações que envolvem os saúde dos consumidores são primordiais. Com vistas ao assunto, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) editou a Resolução Normativa nº 453, de 12 de março de 2020⁴⁶⁶ para tratar de assuntos referentes ao novo vírus incluindo o exame “SARS-CoV-2 (CORONAVÍRUS – COVID-19) – no rol de procedimentos obrigatórios em casos de suspeição da doença.

Primeiramente, alterou a “*Resolução Normativa nº 428, de 07 de novembro de 2017, que dispõe sobre o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde no âmbito da Saúde Suplementar, para regulamentar a utilização de testes diagnósticos para infecção pelo Coronavírus*”. Portanto, os planos de saúde nas segmentações ambulatorial, hospitalar e referência, mediante requisição médica, ficam obrigados, a partir da data da resolução de cobrir o teste de detecção do Covid-19 para os seus beneficiários.

Ademais, a ANS esclareceu⁴⁶⁷ que o tratamento para a doença também está assegurado para os contratantes dos planos. A cobertura, no entanto, se dará de acordo com o segmento: o ambulatorial dá direito a consultas, exames e terapia, enquanto o hospitalar inclui também a internação. Apesar das regras valerem para aqueles que já cumpriram o tempo de carência, a interpretação do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC)⁴⁶⁸, em consonância com o entendimento do judiciário é de que a cláusula que estipula o período de carência não pode ser obstáculo à internação por recomendação médica, em caráter de urgência, para tratamento do Covid-19.

Seguindo o mesmo raciocínio dos serviços essenciais, o IDEC entende que, durante a pandemia, o plano de saúde do segurado não pode ser cancelado em virtude de inadimplemento na medida em que a ANS liberou considerável quantia como subsídio para as operadoras durante a crise. Por fim, o reajuste contratual do plano de saúde, levando em consideração o impacto da pandemia, só poderá se dar em 2021, na medida em que o reajuste posto para 2020 considera as despesas assistenciais ocorridas nos anos de 2018 e 2019, não podendo o consumidor ser lesado nesse sentido.

CONCLUSÃO

AS CONDIÇÕES NORMAIS DURANTE O PÓS-PANDEMIA E O REFLEXO NAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

⁴⁶⁶ ANS. Resolução Normativa nº 453, de 12 de março de 2020. Disponível em: [<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mzg2MQ==>]. Acesso em: 14.05.2020

⁴⁶⁷ ANS. ANS inclui exame para detecção de Coronavírus no rol de procedimentos obrigatórios. Disponível em: [<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/5405-ans-inclui-exame-para-deteccao-de-coronavirus-no-rol-de-procedimentos-obrigatorios>]. Acesso em: 14.05.2020

⁴⁶⁸ IDEC. Coronavírus: seus direitos com seu plano de saúde. Disponível em: [<https://idec.org.br/dicas-e-direitos/coronavirus-seus-direitos-com-seu-plano-de-saude>]. Acesso em: 14.05.2020

Uma coisa é fato: o que, até o ano de 2019, era considerado normal, hoje, já pode não mais ser bem-visto. Não obstante terem mudado as relações econômicas, políticas, culturais etc., não foram somente elas que sofreram os impactos e carregarão a herança da pandemia do Covid-19. As relações interpessoais, mediadas pela inovação tecnológica, demonstram o quanto a tecnologia se tornou o ponto de aproximação entre família e amigos em época de distanciamento social, tornando-a, também, a principal ferramenta de perpetuação das relações consumeristas.

Com os estabelecimentos comerciais fechados, as compras on-line se tornaram uma ferramenta essencial para a manutenção da economia. O consumidor precisará compreender e tratar dos recursos digitais e virtuais como dimensões da sua atividade cotidiana, abrangendo com mais força tudo que fazemos. Tudo isso, enquanto as diretrizes jurídicas são reformuladas e apreciadas no calor instantâneo da vida vivida.

Podemos, como quer desejar o filósofo coreano Byung Chul Han, ter um espaço reservado para o passado idealizado, ao nos dizer que “*o digital não pesa, não cheira, não opõe resistência, você desliza o dedo e pronto*”,⁴⁶⁹ daí voltarmos para a beleza original do jardim secreto. Todavia, os sintomas do momento presente nos levam muito pouco a esse passado idealizado. Há muito a ser criado para responder às demandas que se apresentam.

O direito como sói ser, deve tratar das manifestações humanas e colaborar para o melhor bem comum em relação a toda a humanidade. Agora, mais do que nunca, os princípios constitucionais de uma democracia substancial e ampla, aliada à razoabilidade, à proporcionalidade, à solidariedade, ao dever de cooperação mútua, equidade, serão as trilhas a serem seguidas para pôr em confronto e em composição possível, as premissas da ordem econômica e os princípios sustentadores do direito do consumidor. Enfim, tudo isso para nos dizer que podemos não estar prontos para o momento que se nos avizinha, mas precisamos nos deparar com ele.

REFERÊNCIAS

HAN, Byung-Chul: *Sociedade do cansaço*; tradução de Enio Paulo Giachini. 2ª edição ampliada — Petrópolis, RJ: Vozes, 2017

HAN, Byung-Chul, Entrevista concedida ao Jornal El Pais, https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/07/cultura/1517989873_086219.html, acessado em 15 de maio de 2020.

JÁ COTEI. Gráfico de preços de máscaras N95. Disponível em: [<https://www.jacotei.com.br/10-mascara-respirador-n95-pff2-com-valvula-delta-plus-com-inmetro-prevencao-corona-gripe-bacteria/p>]. Acesso em: 10/03/20

⁴⁶⁹ Entrevista concedida ao Jornal El Pais, https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/07/cultura/1517989873_086219.html, acessado em 15 de maio de 2020.

- AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Detalhamento de cosméticos: Álcool. Disponível em: [http://portal.anvisa.gov.br/anvisa-esclarecep_p_id=baseconhecimentoportlet_WAR_], Acesso em: 09/03/2020
- ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE/OMS BRASIL. Folha informativa – Covid-19 (doença causada pelo novo coronavírus). Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875]. Acesso em: 11/03/2020
- BAHIA. Projeto de Lei nº 23.812/20. Disponível em: [<https://www.al.ba.gov.br/atividade-legislativa/proposicao/PL.-23.723-2020>]. Acesso em: 11/03/2020
- FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. Tire suas dúvidas sobre as medidas anunciadas pelos bancos. Disponível em: [<https://portal.febraban.org.br/noticia/3421/pt-br/>]. Acesso em: 12/03/20
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Coronavírus: MP recomenda que escolas particulares renegociem contratos de ensino infantil, fundamental e médio. Disponível em: [<https://www.mpba.mp.br/noticia/51023>]. Acesso em: 09/03/2020
- MUCELIN, Guilherme e D'AQUINO, Lúcia Souza. O PAPEL DO DIREITO DO CONSUMIDOR PARA O BEM-ESTAR DA POPULAÇÃO BRASILEIRA E O ENFRENTAMENTO À PANDEMIA DE COVID-19. Disponível em: [<https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1040/909>]. Acesso em: 10.05.2020
- AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Orientações aos passageiros. Disponível em: [<https://www.anac.gov.br/coronavirus/passageiros>]. Acesso em: 14.05.2020
- BRASIL. Medida Provisória nº 925, de 18 de março de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv925.htm]. Acesso em: 14.05.2020
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Recomendação nº 003/020. Disponível em: [<http://www.mpf.mp.br/ce/sala-de-imprensa/docs/covid-19-recomendacao-a-anac>]. Acesso em: 14.05.2020
- AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Resolução Normativa nº 453, de 12 de março de 2020. Disponível em: [<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mzg2MQ==>]. Acesso em: 14.05.2020
- AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. ANS inclui exame para detecção de Coronavírus no rol de procedimentos obrigatórios. Disponível em: [<http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/5405-ans-inclui-exame-para-deteccao-de-coronavirus-no-rol-de-procedimentos-obrigatorios>]. Acesso em: 14.05.2020
- INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Coronavírus: seus direitos com seu plano de saúde. Disponível em: [<https://idec.org.br/dicas-e-direitos/coronavirus-seus-direitos-com-seu-plano-de-saude>]. Acesso em: 14.05.2020

***ABOLITIO CRIMINIS TEMPORALIS* E MELHOR APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PARA OS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19: UMA PROPOSTA DE DESCOMPRESSÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO POR RAZÃO DA URGÊNCIA SANITÁRIA**

Urbano Félix Pugliese do Bomfim⁴⁷⁰

João Vitor de Jesus Santos⁴⁷¹

RESUMO: As prisões brasileiras estão repletas de pessoas vulneradas. A pandemia de Covid-19 (Corona vírus) poderá matar milhares de pessoas encarceradas por razão da falta de medidas sanitárias cabíveis. O CNJ recomendou o máximo de diligência possível no ensejo de libertar pessoas para descomprimir o sistema penal brasileiro. A *abolitio criminis temporalis* para os crimes de tráfico de drogas durante a pandemia e a suspensão da execução da pena de encarceramento para quem tiver incorrido do tráfico de drogas (com alguns requisitos) é uma proposta de escala e alcance, que aplicada em conjunto com a lei processual, pode, eventualmente, retirar/não fazer ingressar centenas de pessoas dos/nos estabelecimentos penais.

Palavras-chave: COVID-19. Aprisionamento. *Abolitio criminis temporalis*. Aplicação da Lei Processual Penal.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil atualmente, segundo o Ministério da Justiça, possui, no mês de maio de 2020, 773.151 (setecentos e setenta e três mil, cento e cinquenta e uma) pessoas em estabelecimentos penais (nos regimes de cumprimento de pena fechado, semiaberto e aberto).⁴⁷² Além desses números, ainda há pessoas nas diversas Delegacias de Polícia ao

⁴⁷⁰ Doutor em Direito pela UFBA. Mestre em Direito pela UFBA. Especialista em Ciências Criminais. Especialista em Pedagogia Universitária. Professor Adjunto de Criminologia e Direito Penal da UNEB/Campus XV (Valença). E-mail: urbanofelixpugliese@gmail.com

⁴⁷¹ Discente do sexto semestre de Direito da UNEB/Campus XV (Valença). E-mail: joaovjsantos@gmail.com

⁴⁷² Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/depen-lanca-paineis-dinamicos-para-consul-ta-do-infopen-2019>. Acesso em: 27 maio 2020.

redor do país, apesar das audiências de custódia (política criminal⁴⁷³ de transferência dos presos para os devidos estabelecimentos penais após o flagrante) terem esvaziado (em um patamar considerável) as cadeias das ditas Delegacias.

À primeira vista, calcados em um movimento expansionista penal, seria motivo de orgulho haver muitas pessoas enclausuradas. Afinal, para os defensores de um Estado punitivo máximo (aplicador do chamado movimento da “Lei e ordem”⁴⁷⁴), expressados por um direito penal amplo/abrangente (*prima ratio*), nada subsidiário, muitas pessoas encarceradas dão um sinal de um Poder Judiciário eficiente no controle social (resolvedor dos conflitos sociais mais importantes para o equilíbrio societário).

Contudo é de bom tom refletir a respeito do tratamento realizado pelo sistema prisional diante das pessoas mais vulneradas e encarceradas diante da pandemia de COVID-19. A relevância aumenta vez que há uma associação direta entre a maioria das pessoas encarceradas e a desigualdade social. Como bem demonstrado nos mais diversos cenários, aqueles considerados como mais fortes/empoderados, tendem a possuir meios de defesa e autopreservação mais eficazes, enquanto os mais fracos/vulnerados muitas vezes são tratados como “escórias” não merecedoras da preocupação estatal.

A expansão de enclausurados nos estabelecimentos penais brasileiros, em decorrência dos mais diversos fatores, tomou escala a partir da década de noventa do século vinte. A regra do jogo é que as pessoas só sejam submetidas a estabelecimentos prisionais após a sentença final transitada em julgado, contudo os dados do Ministério da Justiça e Segurança Pública⁴⁷⁵, anteriormente mencionados, ponderam que em torno de 33% (trinta e três por cento) do número total de encarcerados, encontram-se presos provisoriamente. Ou seja, ainda não há sentença condenatória transitada em julgado (a prisão ainda não é definitiva).

Dessa forma, muitos reclusos estão sem sentença penal transitada em julgado, “abandonados” em celas lotadas, muitas vezes com higiene diminuta e com aspectos

⁴⁷³ Segundo Fernando Galvão (2002, p. 20), no livro *Política criminal*, assim se conceitua o termo “Política criminal”: “Desse modo, a política jurídico-criminal ainda deve estabelecer orientação coerente para a aplicação concreta do ordenamento jurídico, de modo a harmonizar a intervenção repressiva com os objetivos sociais prioritários.” Louk Hulsman (1997, p. 201), no texto *Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal*, faz o contorno do conceito de política criminal da seguinte maneira: “Uma das condições necessárias para uma discussão útil sobre a política criminal é problematizar as noções de ‘crime e criminoso’”.

⁴⁷⁴ Conforme aduz Loïc Wacquant (1999, p. 62), na obra *As Prisões da Miséria*.

⁴⁷⁵ Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/depen-lanca-paineis-dinamicos-para-consul-ta-do-infopen-2019>. Acesso em: 27 maio 2020.

mentais bastante estimulados a pior fundamentados no ambiente carcerário⁴⁷⁶. Os internos privados da liberdade, entendendo o sistema penal brasileiro, convivem com a ansiedade de não saber quando a sua presente situação de cárcere irá acabar (perdem as esperanças de mudanças estruturais).

Somado à angústia do aprisionamento, também vivem os detentos com o medo de perder a vida a qualquer instante, tendo em vista a grande incidência de violência, sobretudo de facções que incitam rebeliões e medo estruturado dentro do sistema prisional. O ambiente dos estabelecimentos penais torna-se “insuportável” para muitas pessoas diante de um painel de *estado de coisas inconstitucional* perdurante.

Por outro lado, o gueto⁴⁷⁷ formado por quase um milhão de pessoas reclusas em terras brasileiras reflete o descaso fora das paredes dos estabelecimentos penais. O isolamento das pessoas encarceradas é uma ilusão pois tanto os policiais, os carcereiros quanto os familiares dos internos constituem a porosidade do sistema capaz de, como em uma maré, trazer “de lá-para-cá e de cá-para-lá” as informações necessárias para a continuidade da vida e do viver.

A compreensão de determinados conceitos como “gueto” necessitam por vezes de verdadeira reflexão social-filosófica para serem compreendidos. Pautando-se nas ideias de Loïc Wacquant (2004, p.162), o artigo *Que é Gueto? Construindo um Conceito Sociológico*, procura demonstrar que:

O gueto talvez seja melhor estudado não em analogia às favelas, aos bairros de classe baixa ou aos enclaves de imigrantes, mas às reservas, aos campos de refugiados e à **prisão**, pertencendo assim a uma categoria maior de instituições de confinamento forçado de grupos despossuídos e desonrados.⁴⁷⁸ (Grifo nosso)

O sistema prisional brasileiro, verdadeiro campo de confinamento, é caracterizado por uma série de irregularidades. Ainda que o ordenamento jurídico preveja que a punição àqueles que cometem ilícitos penais será (no máximo) a privação da própria liberdade, sendo assegurado, contudo, todos os demais direitos fundamentais não alcançados pela violência estatal, na prática, muitos direitos humanos/fundamentais seguem sendo desrespeitados após trancadas as celas do estabelecimento penal.

⁴⁷⁶ Lucas Oliveira e Géssika Santos (2013, p. 176), no artigo *A responsabilidade do Estado perante os problemas do sistema carcerário*, assim afirmam: “A superlotação também é responsável pelo ambiente propício à proliferação de epidemias e doenças em que a prisão se tornou. A falta de higiene dos presídios e presidiários maximiza essa proliferação.”

⁴⁷⁷ Loïc Wacquant (2008, p. 10-11), no livro *As duas faces do gueto*, assim pondera a respeito do conceito: “[...] o gueto foi submetido a um *processo de descivilização*, no sentido que Norbert Elias dá ao termo, causado não por ‘desajustes’ espaciais, pela excessiva generosidade do *welfare* ou pela chamada cultura da pobreza e supostos impulsos antissociais de seus residentes, e sim pela retração do Estado e pela resultante desintegração do espaço público, além do esgarçamento dos laços sociais no núcleo urbano.”

⁴⁷⁸ Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/3702/2952>. Acesso em: 28 maio 2020.

Como exemplos das disposições orientadoras acerca da punição daqueles que comentem infrações penais, e que são por muitas vezes ignoradas na prática, pode-se mencionar os incisos XLVI, “a” e XLVII, “e”, do artigo 5º. da CF/88, os quais regulam a privação ou restrição da liberdade e a vedação das penas cruéis (violadores da dignidade da pessoa humana), respectivamente. Além desses, cabe mencionar em conjunto os artigos 40 a 43 da LEP, os quais constituem um rol de direitos dos presos (definitivos e provisórios) impondo a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos internos.

A dignidade da pessoa humana é conspurcada diante das péssimas condições materiais, de higiene e saúde dentro dos estabelecimentos penais⁴⁷⁹. A sociedade, apesar de muitos setores efetuarem uma grita sonora, não absorve tal *estado de coisas inconstitucional* como um vilipêndio a toda a população brasileira. Diversas pessoas acreditam na normalidade do sofrimento a maior dos enclausurados do sistema, literalmente amontados em celas, vez que a população carcerária supera em muito a capacidade dos estabelecimentos penais. Na operação matemática entre a quantidade dos presos e das celas, a conta literalmente não *fecha*.⁴⁸⁰

2 A PANDEMIA CARCERÁRIA NO BRASIL

O Corona vírus, segundo os dados disponibilizados pelo Ministério da Saúde, é uma família de vírus que causam infecções respiratórias. Os sinais e sintomas da Covid-19 são principalmente respiratórios, semelhantes a um resfriado ou gripe, e podem, também, causar infecções do trato respiratório inferior, como as pneumonias. Os primeiros sinais que o corpo humano geralmente emite ao ser infectado é a febre, tosse e dificuldade para respirar.

As investigações sobre as formas de transmissão do Corona vírus ainda estão em andamento, mas a disseminação de pessoa para pessoa, ou seja, a contaminação por gotículas respiratórias ou contato, está ocorrendo. Assim, qualquer pessoa que tenha contato próximo (menos de 1m [um metro]) com alguém com sintomas respiratórios está em risco de ser exposta à infecção.

Frise-se que a transmissão do Corona vírus costuma ocorrer pelo ar ou por contato pessoal com secreções contaminadas, como gotículas de saliva, espirros, tosse, catarro, contato próximo a pessoas ou objetos contaminados. Basicamente, tendo em

⁴⁷⁹ Renato Marcão (2011, p. 54), no livro *Curso de execução penal*, já falava, no início do século XXI, a respeito da claudicante estrutura dos serviços de saúde dentro dos estabelecimentos penais: “A realidade nos mostra, entretanto, que os estabelecimentos penais não dispõem de equipamentos e pessoal apropriados para os atendimentos médico, farmacêutico e odontológico.”

⁴⁸⁰ Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 28 maio 2020.

vista a extrema facilidade com que o vírus se transmite, não é de se espantar que os países do globo, acertadamente, tenham decretado estado de emergência.⁴⁸¹

Piorando a situação das pessoas presas, a pandemia de COVID-19 entrou no sistema penal e já efetuou, até a data de 25 de maio de 2020, segundo balanço do DEPEN, 1.079 (um mil inteiros e setenta e nove) infectados, 670 (seiscentos e setenta) casos suspeitos e 34 (trinta e quatro) mortes⁴⁸². Assim, as características da doença hiperbolizaram a dinâmica de abandono sofrida pela população carcerária.

A infecção dos internos, dessa maneira, confecciona um verdadeiro “barril de pólvora” prestes a explodir no Brasil. Nesse sentido, a preocupação com tal situação torna-se um mote comum entre os profissionais ao redor dos assuntos penais pois um sistema penitenciário perfeito é algo utópico, principalmente em um país em desenvolvimento da América Latina, mas deixar pessoas enclausuradas em situações indignas para morrer torna tal comportamento em uma violação patente aos Direitos Humanos/fundamentais.

Contudo, entendendo uma parte das realidades da superlotação, tanto de presos quanto de irregularidades, ser causada, muitas vezes, por negligência do Estado em obedecer aos ditames da CF/88 e demais diplomas *infra* constitucionais (principalmente a LEP e o CPP), o CNJ expediu, no dia 17 de março de 2020, a recomendação n. 62 com a finalidade de evitar mortes e a expansão da doença de forma desenfreada dentro do sistema prisional.

2.1 A RECOMENDAÇÃO N. 62/2020 DO CNJ DIANTE DA PANDEMIA DE COVID-19 E A SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA

Dentre muitas considerações dispostas na recomendação acima mencionada, o CNJ reconhece o alto índice de transmissibilidade do novo Corona vírus e o agravamento significativo do risco de contágio em estabelecimentos prisionais e socioeducativos, tendo em vista fatores como a aglomeração de pessoas, a insalubridade dessas unidades, as dificuldades para garantia da observância dos procedimentos mínimos de higiene e isolamento rápido dos indivíduos sintomáticos, insuficiência de equipes de saúde, entre outros.

As características citadas são inerentes ao *estado de coisas inconstitucional* do sistema penitenciário brasileiro. Assim, dentre muitos efeitos da pandemia, o mais claro de se observar é a angústia daqueles que perderam a própria liberdade e encontram-se

⁴⁸¹ Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/>. Acesso em: 28 maio 2020.

⁴⁸² Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/05/25/interna-brasil,857949/avanco-da-covid-19-eleva-o-risco-de-rebelioes-nos-presidios-brasileiro.shtml>. Acesso em: 28 maio 2020.

em um sistema reconhecidamente inconstitucional e além de tudo permanecem tensos diante das notícias diárias nos meios de comunicação a respeito da letalidade do vírus.

Tendo em vista a infeliz novidade (não há remédios próprios nem tampouco vacina) e a capacidade mortífera do vírus da Covid-19, grande parte da população mundial, acostumada a exercer seus direitos em suas maiores capacidades, encontra-se atualmente reclusa em suas casas. Em certo ponto, fugir da movimentada rotina do dia a dia, para muitos, soava como algo tranquilizador.

Afinal de contas, acreditava-se que a pandemia era uma “gripe comum”, passageira. Contudo, conforme os dias avançam, não é o cenário atual que se apresenta principalmente para diversos reclusos que testemunharam companheiros de cela morrendo sem ar por falta de atendimento. Por tal razão, houve um movimento dentro dos estabelecimentos penais de despedidas (por meio de cartas) aos afetos de fora dos muros.⁴⁸³

A ONU, por intermédio da OMS, alertou a respeito dos inúmeros efeitos econômicos ao mundo e a sociedade no chamado “pós-Corona vírus”. Acredita-se que as pessoas sofrerão altos níveis de stress e diversos problemas psicológicos.⁴⁸⁴ O indivíduo encarcerado, no entanto, tem, além da ansiedade de estar privado da sua liberdade, o medo de perder a vida a qualquer instante em razão da disseminação do vírus pandêmico que só tende a se acelerar em razão das péssimas condições dos estabelecimentos prisionais.

Conforme muitas recomendações, o CNJ definiu que medidas precisariam ser adotadas para prevenir a propagação do vírus no sistema prisional. Dentre as quais, verifica-se a revisão de prisões provisórias, higienização nas unidades prisionais, assistência médica e atenção aos grupos de risco dos que estão reclusos, concedendo, se for o caso, prisão domiciliar ou liberdade provisória com cautelares para esse nicho prisional em especial (o friso na vulnerabilidade foi patente).

Irônico pensar que as medidas recomendadas pelo CNJ deveriam ocorrer independentemente de pandemia, afinal de contas, possuir um ambiente higienizado é o mínimo de respeito à dignidade humana esperada em um estabelecimento penal. Além disso, o próprio CPP, em especial nos artigos 316 e 318, prevê a revisão de prisões preventivas a cada noventa dias, bem como a concessão de prisão domiciliar para pessoas vulneradas por condições particulares (novidades não alinhadas com o chamado expansionismo penal).

⁴⁸³ Disponível em: <https://mariacarolinatrevisan.blogosfera.uol.com.br/2020/04/29/apavorado-com-o-risco-da-covid-presos-enviam-cartas-de-amor-e-despedida/>. Acesso em: 27 maio 2020.

⁴⁸⁴ Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,onu-alerta-para-estresse-e-problemas-psicologicos-causados-pela-pandemia-do-coronavirus,70003302357>. Acesso em: 28 maio 2020.

Entendendo que boa parte das vítimas deste estado prisional “temperado” com inconstitucionalidades é marcadamente preenchido com pessoas de classe social baixa⁴⁸⁵, cabe mencionar o sociólogo, Zygmunt Bauman (1998, p. 59), que em seu livro *O mal estar da pós-modernidade*, salienta essa relação entre tratamento diferenciado dos pobres em razão da capacidade de “dançar conforme a música”, assim asseverando:

Cada vez mais, **ser pobre é encarado como um crime**; empobrecer, como o produto de predisposições ou intenções criminosas- abuso de álcool, jogos de azar, drogas, vadiagem e vagabundagem. Os pobres, longe de fazer jus a cuidado e assistência, merecem ódio e condenação – como a própria encarnação do pecado. (Grifos nossos)

Sendo assim, a partir do momento que a imensa parcela dos encarcerados no país possui um perfil semelhante (negros, pobres e de baixa escolaridade), fica evidenciado que a desigualdade social (vulnerabilidade social) é um dos fatores que leva o Estado a gerir o sistema prisional da forma atual. Portanto, o descaso e a série de desrespeitos aos preceitos constitucionais não é um acaso, mas, para muitos pode ser considerada uma política estatal de “massacre” e “extermínio” da massa de vulnerados encarcerados.

Essa enorme irregularidade do sistema de justiça brasileiro, é reconhecida por José Roberto Barroso (2019, p. 13), que no prefácio do livro *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*, descreveu o seguinte:

Temos uma justiça tipicamente de classe mansa com os ricos e dura com os pobres. Leniente com o colarinho branco e severa com os crimes de bagatela. Meninos da periferia com quantidades relativamente pequenas de drogas são os alvos preferenciais do sistema.

Cabe ressaltar que esta “política” de estado prisional e direito penal já descritas no presente artigo, vai além das fronteiras do Brasil. Loïc Wacquant (1999, p. 53), por exemplo, tratando do sistema prisional americano no seu livro *As prisões da miséria* define assim:

Contrariamente ao discurso político e midiático dominante, as prisões americanas estão repletas não de criminosos perigosos e violentos, mas de **vulgares condenados pelo direito comum por negócios com drogas**, furto, roubo, ou simples atentados à ordem pública, em geral oriundos das parcelas precarizadas da classe trabalhadora e, sobretudo, das famílias do subproletariado de cor das cidades atingidas diretamente pela transformação conjunta do trabalho assalariado e da proteção social. (Grifos nossos)

⁴⁸⁵ Nilo Batista (2001, p. 96), no opúsculo *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, assim assevera: “Numa sociedade de classes, os bens jurídicos hão de expressar, de modo mais ou menos explícito, porém inevitavelmente, os interesses da classe dominante, e o sentido geral de sua seleção será o de garantir a reprodução das relações de dominação vigentes, muito especialmente das relações econômicas estruturais.”

Alvo da política criminal nacional, os crimes que mais encarceram no Brasil, são notoriamente delitos praticados por pessoas já vulneradas por sua situação socioeconômica, destacando-se o crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/06), como o crime que mais encarcera pessoas na atualidade⁴⁸⁶. Como se verá adiante, muitas prisões decorrentes da infração de tráfico de drogas podem ser evitadas (melhor realizadas) com ajustes ligados a legislação material e processual.

2.2 AS PRISÕES DECORRENTES DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

Teoricamente, o chamado Estado do bem estar social deveria garantir dignidade mínima para todos os habitantes de determinada localidade. Contudo, conforme se pode analisar historicamente, o Estado não funciona para todos da mesma maneira. Muitas vezes, gera conflitos inexistentes em âmbito social e, ao revés de pacificar as pessoas, inflama os ânimos e contribui para situações de piora na vida das pessoas.

Os segregados/vulnerados (economicamente, educacionalmente, socialmente) muitas vezes acabam sendo abrangidos pelo processo de criminalização ao redor do uso/venda de psicotrópicos. Não se olvida a variável individualista de tentar se adequar ao sistema (financeiramente) ou fugir desse mesmo sistema (psicologicamente). No entanto, por meio da Criminologia Crítica, acredita-se no poder do entorno na diminuição dos aspectos individuais diante de um forte ambiente enfraquecedor das vontades humanas.

Quanto à tutela penal a respeito das drogas, busca-se, sobretudo, a proteção à saúde pública. No entanto, diferentemente da pandemia, que não há uma escolha pessoal para o acesso ao vírus, o uso (adulto) de drogas é uma prática, muitas vezes, na qual a liberdade individual tem um cariz pessoal marcante. O princípio da intervenção mínima poderia, *ab ovo*, descomprimir o sistema descriminalizando o uso de algumas drogas recreativas.

Por outro lado, conservadoramente, o tráfico de drogas, gradualmente, partindo das drogas hoje ilícitas leves até as mais pesadas, seriam descriminalizadas ao longo do tempo de maturação da sociedade (busca de controle social da questão). Contudo, tendo em vista não somente as drogas, mas a estrutura de traficância, violência e dependência química, tornam o debate sobre descriminalização muito delicado e abrangente, especialmente em países sem estruturas sociais/de saúde fortes, como acontece no Brasil.

O Brasil atual (2020) caminha no sentido contrário ao quanto aqui discutido. O investimento na criminalização das drogas tem claro impacto no aumento de reclusos no

⁴⁸⁶ Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/trafico-de-drogas-lidera-ranking-de-crimes-em-censo-de-presos-29022020>. Acesso em: 30 maio 2020.

sistema prisional⁴⁸⁷. Uma das maiores críticas à Lei de drogas encontra-se no seu artigo 28, o qual trata a respeito dos consumidores de droga e sua diferenciação dos traficantes. Senão se veja uma definição técnica de Cesar Dario e Mariano da Silva (2016, p. 83), no livro *Lei de Drogas Comentada*:

A prova da traficância é um dos grandes problemas enfrentados pelos operadores do direito. Isso porque dificilmente alguém confessa ser traficante e esse tipo de crime é comumente praticado na clandestinidade. O artigo 28, § 2º, da Lei de Drogas traz parâmetro que poderá ser empregado pelo Juiz para determinar se a droga apreendida se destinava a consumo pessoal do agente ou para o tráfico. Diz a norma que o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Nesse comenos, a análise dos critérios legais de distinção carece de objetividade. Assim, os magistrados⁴⁸⁸ devem diferenciar, mediante juízo de valor acerca das provas dos autos, quem será traficante e quem será usuário. As penas e os tratamentos processuais dos delitos são muito distintas e refletem em uma piora significativa da vida do acusado caso seja caracterizado com um traficante.

A falta de clareza legal acaba por refletir diretamente na lei processual penal. Cabe mencionar, especialmente, as decretações de prisões provisórias, essas as quais muitas vezes são deferidas “para garantir a ordem pública”. O problema reside na vaga definição do conceito previsto no artigo 312 do CPP aplicado juntamente com a Lei de drogas. A falta de objetividade de certas determinações legais vem servindo para encarcerar preventivamente jovens negros primários periféricos (muitos deles com perfis sociais semelhantes) em posse de quantidades ínfimas de droga sem nenhum indicativo de traficância.

Sendo assim, considerando a notória precariedade do sistema prisional, devem os órgãos do Poder Judiciário assumirem algumas responsabilidades perante a pandemia. A prisão provisória, sendo um ato decisório, deve obedecer aos ditames legais sob a ótica da razoabilidade e proporcionalidade. Evidentemente, não será proporcional, nem tampouco razoável, prender preventivamente pessoas apreendidas com quantidades pequenas e médias de droga, sem indicativos claros de que, de algum modo, são grandes traficantes de drogas pesadas ou contumazes em outros crimes.

⁴⁸⁷ Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>. Acesso em: 28 maio 2020.

⁴⁸⁸ Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho (2005, p. 70), no livro *Reformas penais em debate*, assim afirmam a respeito do comportamento daqueles que têm poder: “Estou convencido de que se deve desconfiar, sempre e sempre, do poder, seja ele qual for. O poder não é ‘amigo’ dos Direitos Humanos [...]”

Considerando a importância de diferenciar meros usuários de drogas de traficantes e, por sua vez, pequenos comerciantes de droga de grandes traficantes, além de fazer o cotejo necessário de drogas leves e pesadas, alguns países, como os EUA, caminham no sentido de reduzir as penas para quem for preso em posse de pouca quantidade de droga, réus primários e sem histórico de crimes de violência e grave ameaça.⁴⁸⁹

Sendo assim, em um futuro próximo (ou nem tanto), as legislações devem determinar uma melhor aplicação processual da Lei de drogas ou até mesmo deixar de considerar ilícitas determinadas práticas agora definidas como incriminadoras com penas hiperbolizadas. Alguns países próximos ao nosso como é o caso do Uruguai, permitiram a legalidade de drogas leves como a maconha.

Contudo, os problemas com tráfico e violência derivados de outras drogas mais pesadas como a cocaína ainda são realidade no Uruguai⁴⁹⁰, o que denota que a pauta de drogas precisa ser amplamente discutida pelo Estado e sociedade. Nesse momento de pandemia, em especial, aumenta-se a discussão acerca tanto da viabilidade das normas incriminadoras, quanto da aplicação da lei por parte do Poder judiciário como um todo.

Sendo assim, diversas medidas judiciais podem ser aduzidas no ensejo de permitir melhor manejo do sistema prisional brasileiro. Portanto, concepções como *abolitio criminis temporalis* e melhor definição dos parâmetros processuais ensejadores da aplicação da Lei de drogas entram em pauta como viáveis soluções para atenuar o problema do cárcere brasileiro em meio à pandemia de Covid-19 visando a descompressão do sistema prisional brasileiro.

2.3 ABOLITIO CRIMINIS TEMPORALIS E A APLICAÇÃO EFICAZ DA LEI PROCESSUAL EM MEIO À PANDEMIA DE COVID-19

A evidente superlotação dos presídios brasileiros, urgentemente, necessita de um enfrentamento diante da pandemia de Covid-19. Propostas mais “radicais” como a *abolitio criminis temporalis*, pregam a abolição temporária dos crimes que envolvam pequenas quantidades de droga, em conjunto com outros requisitos ligados a reincidência, condições pessoais do agente e seu envolvimento com delitos mediante violência e grave ameaça.

Tal como prevê o instituto da retroatividade da lei benéfica, uma vez abolida a conduta criminosa, ao menos temporariamente (*ad futurum*), os efeitos dessa ação retroagiriam para as pessoas cumprindo penas. Sendo assim, muito mais que evitar que

⁴⁸⁹ Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/com-apoio-de-trump-senado-dos-eua-aprova-lei-que-reduz-penas-de-prisao-23315637>. Acesso em: 28 maio 2020.

⁴⁹⁰ Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/bbc/2019/12/29/o-que-realmente-mudou-no-mercado-de-drogas-no-uruguai-apos-a-legalizacao-da-maconha.htm>. Acesso em: 29 maio 2020.

pessoas entrem nos estabelecimentos prisionais em decorrência de pouca quantidade de drogas, aqueles já presos nessas mesmas circunstâncias, seriam libertos por conta da provisória suspensão dos efeitos penais do tipo penal incriminador.

Outra solução, mais ponderada, seria a reestruturação de conceitos que ensejam as prisões preventivas dos acusados de tráfico de drogas. Portanto, necessário delimitar quem seria o traficante com conceitos objetivos pautados nos autos do processo. Além de tudo, em obediência ao mandamento constitucional da fundamentação das decisões⁴⁹¹, deveriam os magistrados não só mencionar que o acusado, uma vez em liberdade, violaria a ordem pública, devendo esses julgadores justificar a prisão com base nos elementos do processo.

Por outro lado, crucial também se faz movimentar toda a estrutura judicial. Advogados, autoridades policiais e presentantes do MP também têm o dever de garantir uma efetiva proteção do indivíduo em face do Estado (garantismo). Inúmeros presos preventivamente não estão sendo agraciados com seus direitos de revisão da custódia preventiva ou prisão domiciliar, ainda que estejam doentes e presos a mais de 90 (noventa) dias sem justificativa plausível.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, o presente trabalho acadêmico não se arroga trazer uma solução definitiva para o problema do encarceramento *in terras brasilis*. Contudo, uma vez acolhida as propostas mencionadas, certamente o impacto causado nos estabelecimentos penais seria benéfico tanto para o preso quanto para o Estado e, principalmente, para a ponderação entre a violação do bem jurídico tutelado no tráfico de drogas e a vida humana.

A Lei de drogas, quanto ao tráfico de drogas, diferentemente de outros tipos penais incriminadores, muitas vezes não trata de um “bandido perigoso”, mas de pessoas, maioria réis primárias, grande parte das vezes negras, jovens e de periferia das cidades. Na atualidade, pessoas muitas vezes apreendidas com poucas quantidades de drogas, encontram-se lotando os estabelecimentos penais. Haverá, assim, incremento ao risco de contaminação pela Covid-19 na manutenção de milhares de pessoas encarceradas na situação atual.

O direito penal, importante mecanismo de controle e pacificação social, para que atue melhor de acordo com sua finalidade, deve percorrer caminhos de descriminalização de certas condutas e otimização da proteção ao bem jurídico de outras. O contexto social atual demanda que seja aplicado ao Direito entendimentos acerca da tecnologia, respeito aos direitos fundamentais e melhor aplicação das normas já existentes.

⁴⁹¹ Artigo 93, IX da CF/88.

No entanto, até o presente momento os cárceres são os estabelecimentos daqueles que precisam ser reestabelecidos à sociedade. A premissa de reintegração social não pode ser perdida. A situação atual causada pelo Covid-19 pode servir para melhorar um sistema que, fugindo dos seus objetivos acadêmicos e teóricos, finda mais prejudicando do que reequilibrando a vida de seres humanos.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. **O Mal Estar da Pós Modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Marinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.
- BOMFIM, Urbano Félix Pugliese do. (Org.) **Criminologia em foco: pelas sendas de um direito plural, sensível e emancipatório**. Salvador: Mente Aberta, 2013.
- BOMFIM, Urbano Félix Pugliese do. **Uma nova visão do princípio da intervenção mínima no direito penal**. Salvador: Ômnira, 2011.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Covid-19: O que você precisa saber**. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/>. Acesso em: 28 maio 2020.
- CALCAGNO, Luiz. **Avanço da covid-19 eleva o risco de rebeliões nos presídios brasileiros**. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/05/25/interna-brasil,857949/avanco-da-covid-19-eleva-o-risco-de-rebelioes-nos-presidios-brasileiro.shtml>. Acesso em: 28 maio 2020.
- CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. **Reformas penais em debate**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.
- DARIO, Mariano da Silva César. **Lei de Drogas Comentada**. 2. ed. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2016.
- DEPEN. **Depen atualiza dados sobre a população carcerária do Brasil**. Disponível em: <https://www.novo.justica.gov.br/news/depen-lanca-paineis-dinamicos-para-consulta-do-infopen-2019>. Acesso em: 27 maio 2020.
- GALVÃO, Fernando. **Política criminal**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da. (Org.) **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCrim, 1997.
- LISSARDY, Gerado. BBC News Mundo. **O que realmente mudou no mercado de drogas no Uruguai após a legalização da maconha?** Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/bbc/2019/12/29/o-que-realmente-mudou-no-mercado-de-drogas-no-uruguai-apos-a-legalizacao-da-maconha.htm>. Acesso em: 29 maio 2020.
- MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de execução penal**. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

- O ESTADO DE SÃO PAULO. **ONU Alerta para estresse e problemas psicológicos causados pela pandemia do Coronavirus.** Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,onu-alerta-para-estresse-e-problemas-psicologicos-causados-pela-pandemia-do-coronavirus,70003302357>. Acesso em: 28 maio 2020.
- O GLOBO. **Com apoio de Trump, Senado dos EUA aprova lei que reduz penas de prisão.** Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/com-apoio-de-trump-senado-dos-eua-aprova-lei-que-reduz-penas-de-prisao-23315637>. Acesso em: 28 maio 2020.
- OLIVEIRA, Lucas de Santana; SANTOS, Géssika Morgana Silva. A responsabilidade do Estado perante os problemas do sistema carcerário. In: BOMFIM, Urbano Félix Pugliese do. (Org.) **Criminologia em foco: pelas sendas de um direito plural, sensível e emancipatório.** Salvador: Mente Aberta, 2013.
- PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da. (Org.) **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva.** São Paulo: IBCCrim, 1997.
- PINHO, Marcio. **Tráfico de drogas lidera ranking de crimes em 'censo' de presos.** Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/trafico-de-drogas-lidera-ranking-de-crimes-em-censo-de-presos-29022020>. Acesso em: 30 maio 2020.
- SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **O Controle de Constitucionalidade de Leis Penais no de Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- TREVISAN, Maria Carolina. **Apavorado: Com o risco da Covid, presos enviam cartas de amor e despedida.** Disponível em: <https://mariacarolinatrevisan.blogosfera.uol.com.br/2020/04/29/apavorado-com-o-risco-da-covid-presos-enviam-cartas-de-amor-e-despedida/>. Acesso em: 27 maio 2020.
- VELASCO, Clara; D'AGOSTINO, Rosanne; REIS, Thiago. **Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas.** Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>. Acesso em: 28 maio 2020.
- VELASCO, Clara; et al. G1 e Globonews. **Superlotação aumenta e número de presos provisórios volta a crescer no Brasil.** Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 28 maio 2020.
- WACQUANT, Loïc. **As duas faces do gueto.** Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008.
- WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria.** Tradução André Teles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- WACQUANT, Loïc. **Que é Gueto?** Construindo um Conceito Sociológico. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/3702/2952>. Acesso em: 28 maio 2020.

O DIREITO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA EM TEMPOS DE CORONA VÍRUS (COVID-19): UMA ANÁLISE DE SUA EFETIVIDADE

Vanesca Freitas Bispo⁴⁹²

RESUMO: O presente artigo pretende discutir a efetividade do Direito à alimentação adequada em tempos de pandemia do COVID-19. O objetivo do trabalho é demonstrar que, embora indicadas como necessárias, as medidas para a contenção da disseminação do vírus, podem contribuir para a não efetividade do direito à alimentação adequada, gerando, assim, insegurança alimentar.

Palavras-chave: Direito à alimentação adequada; COVID-19; efetividade.

1 Introdução

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma discussão acerca do direito à alimentação adequada em tempos de COVID-19. A pandemia do corona vírus coloca em relevo a discussão sobre a efetividade de direitos fundamentais, tal como o Direito à alimentação adequada.

Nesse caminho, importante destacar que a lei 11.346/06 abriu a via de acesso para que o Direito à Alimentação Adequada fosse introduzido na Constituição Federal de 1988 através da EC n ° 64 que alterou o artigo da Carta Magna incluindo a alimentação no rol de seus direitos sociais.

Com essa Emenda Constitucional, o direito à alimentação passa a reger-se como uma norma fundamental e como tal reveste-se pelos seus mandamentos e características, quais sejam: universalidade, inalienabilidade, indivisibilidade, entre outros. Essas implicam que o Direito Fundamental à Alimentação Adequada deverá ser garantido à todos, de forma igualitária e indivisível.

Todavia, apesar da indiscutível importância de garantia desse direito, em tempos da pandemia do Corona vírus (COVID-19) dificulta sobremaneira a sua efetividade. Diante disso, o presente artigo buscará discutir a questão da efetividade do Direito à alimentação adequada, entendendo que esse direitos se concretiza em diferentes dimensões, quais sejam: às suas dimensões nutricional e social.

⁴⁹² Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia; Professora Substituta da Uneb Campus XV;

Essa subdivisão se justifica, na medida em que entende-se que a alimentação além de cumprir um papel essencial na formação de um indivíduo saudável, também possui outras funções, quais sejam: a de socializar pessoas, a de caracterizar a cultura de um povo, entre outras.

Importante destacar, que a dificuldade de efetividade na perspectiva social desse direito no momento em que a única medida de diminuição das taxas de infecção é o distanciamento social.

De outro modo se apresentam as dificuldades de efetividade desse direito na dimensão nutricional, tendo em vista que as medidas de combate ao COVID-19 estão alicerçadas basicamente em dois pilares essenciais: distanciamento e higienização.

A primeira medida tem como consequência direta a diminuição da renda da população, dificultando, desse modo, o acesso às dimensões inerentes ao direito à alimentação adequada.

Em sendo assim, o presente estudo assume como hipótese para a problematização sugerida, a afirmação de que, embora necessárias segundo indicações da Organização Mundial de Saúde (OMS), as medidas de contenção a proliferação do COVID-19, sem uma política de apoio às populações mais vulneráveis, às pequenas empresas e consequente manutenção do emprego e renda da população, contribuirá para a não efetividade do Direito à alimentação adequada seja na dimensão nutricional, seja na social.

2 O Direito à Alimentação adequada e suas dimensões

2.1 Dimensão nutricional

Discorrer sobre a dimensão nutricional do direito à alimentação adequada perpassa pela análise do conceito de fome. A fome é produto tanto da ausência de diversidade, quanto da quantidade de alimentos.

Isso implica que, mesmo quando o indivíduo alimenta-se com base em uma dieta diversificada, pode se encontrar em estado de fome, uma vez que as quantidades insuficientes de nutrientes - calorias, vitaminas e minerais - pode gerar a incapacidade de alguns desses nutrientes para cumprir a sua função no organismo. O das proteínas, por exemplo, é o de reparação e manutenção do corpo.

As calorias podem ser entendidas como elementos alimentares indispensáveis à geração da energia que mantém o indivíduo vivo e em atividade. Elas se classificam, portanto, em: carboidratos, lipídios e proteínas.

Cada uma dessas categorias alimentares desempenha uma função no organismo. A deficiência de qualquer uma delas ou até mais de uma delas ocasionará déficits alimentares que acarretarão consequências à saúde do indivíduo.

Nessa perspectiva, detectar se um indivíduo encontra-se em estado de fome é algo bem complexo, e determina a necessidade de políticas públicas educacionais, a fim de empoderar a população desses conceitos. Capacitando-os a entender a amplitude e importância de uma alimentação saudável, regular e livre de contaminação.

Nesse sentido leciona Abramovay afirmando que quando há um déficit calórico, as proteínas são utilizadas muito rapidamente e, assim, seu potencial não é utilizado como deveria. Infere-se, pois, que somente quando há calorias suficientes, as proteínas poderão ser aproveitadas ao máximo.⁴⁹³

Infere-se, com isso, que o conceito de alimentação saudável deverá, obrigatoriamente, passar pela definição de hábitos alimentares, pois não basta comer muito, é essencial comer bem e adequadamente.

Desta forma, a alimentação possui tanto um caráter global, uma vez que há uma média de nutrientes necessários à todos, mas também, possui um caráter individualizado, já que a obtenção de nutrientes necessários ao indivíduo varia conforme o sexo, a idade, a atividade exercida, entre outras coisas, como, por exemplo o estado de saúde.

Corroborando esse entendimento, leciona Angelis afirmando que “as quantidades de nutrientes necessários à manutenção dos processos vitais, variam conforme a idade, sexo, e grau de atividade física dos indivíduos.”⁴⁹⁴

Isso implica, pois, que, em muitos casos, os indivíduos não sentem fome, apesar de se encontrarem em estado de uma fome oculta. Em sendo assim, é possível afirmar que o obeso e o subnutrido fazem parte de uma mesma relação, a saber: uma relação de má alimentação.

Nessa perspectiva, Passamore, Nicol e Rao lecionam que

cada indivíduo, para fazer frente com precisão às suas necessidades, deve regular-se por seu apetite e seus hábitos de alimentação. Se sua ingestão, por qualquer razão está abaixo da solicitação, torna-se magro e desgasta-se; se seu consumo está acima das necessidades, torna-se gordo e a saúde fica exposta a todos os azares da obesidade. Consequentemente não há fator de garantia nas recomendações para consumo de energia, já que as exigências podem variar entre os indivíduos do mesmo sexo e idade.⁴⁹⁵

A dimensão nutricional, portanto, passa pela capacidade do indivíduo ter acesso físico ao alimento em quantidade necessária para a sua nutrição. Essa é uma dimensão importante, sobretudo, em um momento que o mundo vem enfrentando à

⁴⁹³ ABRAMOVAY, Ricardo. **O que é Fome**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 39.

⁴⁹⁴ ANGELIS, Rebeca Carlota de. **Fome Oculta. Bases filosóficas para reduzir seus riscos através de alimentação saudável**. São Paulo: Atheneu, 2000, p. 28.

⁴⁹⁵ PASSAMORE, R; NICOL, B.M; RAO, M. Narayana. **Manual das necessidades nutricionais humanas**. Rio de Janeiro: Atheneu, 1986, p.5.

pandemia do COVID-19 e, embora, a alimentação rica e variada no aspecto nutricional não seja um mecanismo de combate ao vírus, a manutenção de uma alimentação saudável e adequada às peculiaridades individuais contribui para a manutenção de um sistema imunológico forte.

Essa garantia, entretanto, depara-se com inúmeros obstáculos agravados pela pandemia e, conseqüentemente, as medidas de isolamento social. As desigualdades sociais e, portanto, a acessibilidade ao alimento sofrem no que diz respeito à sua efetividade em decorrência dos impactos das medidas de combate à COVID-19 na renda, na saúde e na disponibilidade dos alimentos.

2.2 Alimentação na perspectiva social

A importância da alimentação como meio capaz de garantir os nutrientes necessários para o corpo humano não é algo novo, portanto. Nesse sentido, Beurlen afirma que o bom funcionamento do organismo, isto é, para que o indivíduo tenha energia suficiente para realizar as suas tarefas diárias, faz-se necessária uma ingestão de quantidade, e variedade de alimentos capazes de fazer seu organismo funcionar adequadamente.⁴⁹⁶

Dessa forma, o alimento é requisito essencial para a manutenção da vida. Todavia, vale lembrar, que estabelecer parâmetros quando se fala de alimentação relacionada ao homem não é algo fácil, uma vez que o homem é um ser plural por natureza, dessa forma a necessidade alimentar e nutricional vai ser diferente para cada indivíduo.

Assim também leciona Beurlen ao afirmar que definir o quanto de caloria os indivíduos necessitam está intrinsecamente relacionado a fatores particulares, tais como: modo de vida, idade, sexo, atividade que desempenha, tamanho etc.⁴⁹⁷

Observe, portanto, que definir alimentação não é algo simples e universal. O que torna esse tema mais complexo é o fato de que é impossível falar de alimentação como uma fórmula matemática capaz de determinar um padrão alimentar para todas as pessoas como se elas necessitassem das mesmas coisas.

A que se pensar, inclusive, que alimentação não engloba apenas a perspectiva nutricional e alimentar, o tema alimentação envolve, pois, discussões em torno do seu caráter social, consoante já fora discutido no capítulo anterior.

Nessa perspectiva, Araújo e Tenser lecionam que os alimentos são indispensáveis à vida e são, também, necessários, pois possibilitam a reposição de

⁴⁹⁶ BEURLEN, Alexandra. **Direito Humano à alimentação adequada no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 19.

⁴⁹⁷ Ibidem, 2008, p. 20.

energia, todavia, há que se ressaltar que a alimentação também representa os valores e as práticas de uma sociedade. Efetivam, ainda, relações sociais e, portanto, afirmam a identidade cultural de um povo.⁴⁹⁸

Reafirmando essa visão, Araújo e Tenser afirmam que

as refeições tem uma característica social que vem das origens da humanidade. Partilhar a comida, fabricar utensílios e utilizar o fogo para cozinhar alimentos são situações que proporcionam a organização de regras de identidade e hierarquia social. Ao longo do tempo, a alimentação esteve revestida de simbolismos identificados como políticos, religiosos e estabeleceu limites e fronteiras que, freqüentemente, são aceitos e cumpridos de forma inquestionável. Pelos costumes alimentares podem ser revelados a eficiência na produção, os critérios morais, a organização, o parentesco, tabus e outros aspectos. A economia alimentar indica a capacidade de sobreviver e se reproduzir de uma civilização.⁴⁹⁹

É nesse sentido que o conceito de alimentação adequada ganha maior complexidade, uma vez que envolve questões culturais e históricas. Essas dimensões quando violadas ou não percebidas podem significar uma violação à própria dignidade humana.

Corroborando essa perspectiva, Beurlen afirma que reconhecer a dimensão social da alimentação possibilita a compreensão de quanto é grave impor a um indivíduo uma impossibilidade de alimentar-se adequadamente. Nesse sentido,

o reconhecimento da dimensão social da alimentação na formação da identidade sociocultural dos seres humanos permite que se perceba o quão grave lhe é a impossibilidade de se alimentar adequadamente, de acordo com os seus hábitos e sua cultura. Negar esta necessidade ao ser humano é negar-lhe a própria humanidade.⁵⁰⁰

Revela-se, portanto, que a alimentação além de meio capaz de garantir a energia necessária à sobrevivência do indivíduo é, também, uma forma de socialização capaz de revelar a cultura, a história e as escolhas de um determinado grupo social.

Nessa esteira, Alcantara se posiciona afirmando que a alimentação, além de ser essencial à sobrevivência dos indivíduos, expressa a forma de vida de um povo, na medida em que também possui um caráter que é o social.

⁴⁹⁸ ARAÚJO, Wilma Maria Coelho; TENSER, Carla Márcia Rodrigues. **Gastronomia: Cortes e Recortes**. Vol I. Brasília: Senac, 2009, p. 11.

⁴⁹⁹ Ibidem, p. 14.

⁵⁰⁰ BEURLEN, Alexandra. **Direito Humano à alimentação adequada no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 29.

Nesse sentido, a alimentação contribui para a formação de sociedade mais justas e mais igualitárias, na medida em que o respeito às formas de se alimentar, implicam em um respeito à diversidade social existente na sociedade.⁵⁰¹

Corroborando essa perspectiva, Proença afirma que “a alimentação é a primeira aprendizagem social do pequeno homem. Ela está no centro do processo de socialização primária.”⁵⁰²

Observe que a alimentação na sua dimensão social está presente em todas as fases do crescimento do homem sendo, portanto, necessária ao desenvolvimento deste não apenas para torná-lo saudável, mas, também, porque o ato de alimentar-se se constitui como momentos de socialização, aprendizagem, reconhecimento de uma cultura, de uma época, assim como este ato é capaz de determinar em que condições sociais e econômicas se encontram uma determinada sociedade ou indivíduo.

Certamente essa dimensão é atingida de forma direta pelas medidas de contenção da disseminação do COVID-19, como por exemplo o de distanciamento social, tendo em vista que impõe de forma abrupta a necessidade de reinvenção de processos de socialização.

Por isso é fundamental o desenvolvimento de ações com o objetivo de melhorar as condições de alimentação do povo. ⁵⁰³

Eis porque o Direito à Alimentação Adequada é um dos requisitos para o exercício da cidadania. Desprovido de alimentação o povo não consegue exercer sua cidadania de forma plena, uma vez que não possui condições físicas e mentais de reconhecer-se como cidadão, logo *ser* que possui direitos e obrigações.

Nessa esteira, Floriano leciona que

A violação do direito humano à alimentação adequada vitimiza a sociedade como um todo, afrontando sua concepção coletiva do justo. Inobstante, de forma inexorável e cruel, atinge a cidadania do faminto e do desnutrido, do relegado à extrema pobreza. Fere o mais mezinheiro entendimento a noção de que é possível garantir-se verdadeiramente a liberdade, o direito de voto, o direito de locomoção, o direito à educação, à saúde, à liberdade de credo, dentre tantos outros direitos fundamentais e humanos, previstos tanto na Constituição federal como em tratados, pactos e convenções internacionais, sem a anterior realização do direito humano à alimentação adequada, que é pressuposto à continuidade da própria vida, bem maior a ser tutelado. A

⁵⁰¹ ALCANTARA, Luciene Burlandy C. de. Artigo Segurança Alimentar e Nutricional. ARAÚJO, Wilma Maria Coelho; TENSER, Carla Márcia Rodrigues. (Org) **Gastronomia: Cortes e Recortes**. Vol I. Brasília: Senac, 2009, p. 161.

⁵⁰² PROENÇA, Rossana Pacheco da. Sociologia da Alimentação. O espaço social alimentar auxiliando na compreensão dos modelos alimentares. ARAÚJO, Wilma Maria Coelho; TENSER, Carla Márcia Rodrigues. (Org) **Gastronomia: Cortes e Recortes**. Vol I. Brasília: Senac, 2009 p. 179.

⁵⁰³ Ibidem, p. 291.

violação do direito em epígrafe macula o próprio regime democrático de direito.⁵⁰⁴

Corroborando essa perspectiva, a Política Nacional de Alimentação e Nutrição afirma que a alimentação e a nutrição são elementos básicos para promover uma vida saudável, bem como para possibilitar o desenvolvimento pleno do homem com qualidade de vida e cidadania.⁵⁰⁵

Não há, pois, chances de garantir o princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto, fazer com que o povo exerça a cidadania, se não forem garantidas condições suficientes de manutenção da alimentação de forma acessível, regular, permanente, em quantidade e qualidade compatíveis com as necessidades de cada indivíduo.

É possível afirmar, portanto, consoante Beurlen e Fonseca que “é indispensável que se elimine a fome pensando em alcançar o direito à alimentação, pois apenas este assegura dignidade ao ser humano.”⁵⁰⁶

Nessa perspectiva, conceber que matar a fome constitui-se da mesma maneira que efetivar o Direito Fundamental à Alimentação Adequada é entender esse direito numa dimensão muito menor do que aquela em que foi concebida. Seria entender, por exemplo, o Direito Fundamental à Alimentação Adequada como integrante apenas da dimensão alimentar e nutricional. Excluindo-se do corpo desse direito o entendimento de sua dimensão social.

Essa dimensão, inegavelmente, também é afetada pela pandemia do COVID-19, uma vez que dentre as medidas de contenção da contaminação estão aquelas que envolvem o distanciamento entre os indivíduos, exigindo, portanto, a recriação de novos mecanismos de socialização.

Nesse sentido, Beurlen e Fonseca afirmam que “promover o Direito Fundamental à Alimentação pressupõe implementar ações e políticas de Estado no sentido do desenvolvimento sustentado (da auto – alimentação) e dos programas de suplementação alimentar emergencial.”⁵⁰⁷

Entender, portanto, a alimentação nessa perspectiva é inclusive perceber o novo dinamismo em torno das deficiências relacionadas à temática.

⁵⁰⁴ FLORIANO, Miriam Villamil Baestro. Reflexões em torno do Direito Humano à Alimentação Adequada: a experiência da Construção do Marco Legal no Rio Grande do Sul. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Luiz Irio. (Coord). **Direito Humano à alimentação Adequada**. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2007, p. 196-197.

⁵⁰⁵ BRASIL. **Política Nacional de Alimentação e Nutrição**. Disponível em: <<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pnan.pdf>> Acesso em: 04 de fev de 2014.

⁵⁰⁶ BEURLLEN, Alexandra; FONSECA, Delson Lyra da. Justiciabilidade do Direito Humano à Alimentação Adequada: Teoria X Prática. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz. (Coord). **Direito Humano à alimentação Adequada**. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2007, p. 176.

⁵⁰⁷ Ibidem, 2007, p. 182.

É perceber, então, que além da fome, isto é, além do conceito voltado aos famélicos, há, atualmente, a fome relacionada à má alimentação, ou seja, à aquela alimentação que não estão inseridas no conceito de alimentação saudável.

Há, também, em meio às inúmeras mudanças promovidas pela possibilidade de contaminação pelo vírus disseminador do COVID-19, a necessidade de discussões que vão além do aspecto meramente nutricional da alimentação. É necessário discutir perspectivas que se inserem na dimensão social da alimentação em meio a necessidade de criação de novos mecanismos de garantia de práticas higiênico sanitárias.

3 Considerações Finais

A pandemia do COVID-19 que assolou o mundo acirrou as discussões em torno da efetividade do Direito à alimentação adequada, tendo em vista que esse direito possui diferentes dimensões que exigem uma postura interdisciplinar no momento da formulação e implementação de políticas públicas de combate ao COVID-19 e efetividade do direito à alimentação adequada.

Fato é que a situação já existente de insegurança alimentar tendo a se agravar com a realidade promovida pela pandemia do COVID-19, cujas medidas de distanciamento social repercutem diretamente na implementação de outros direitos fundamentais, tais como: a garantia de emprego e renda e o lazer dificultando, portanto, a efetividade das dimensões nutricional e social do direito à alimentação adequada.

É nesse cenário que fundamental pensar estratégias para garantir a efetividade do direito à alimentação adequada em todas as suas dimensões.

Referências Bibliográficas

- ABRAMOVAY, Ricardo. **O que é Fome**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- ALCANTARA, Luciene Burlandy C. de. **Artigo Segurança Alimentar e Nutricional**. ARAÚJO, Wilma Maria Coelho; TENSER, Carla Márcia Rodrigues. (Org) **Gastronomia: Cortes e Recortes**. Vol I. Brasília: Senac, 2009
- ANGELIS, Rebeca Carlota de. **Fome Oculta. Bases filosóficas para reduzir seus riscos através de alimentação saudável**. São Paulo: Atheneu, 2000.
- BEURLLEN, Alexandra; FONSECA, Delson Lyra da. Justiciabilidade do Direito Humano à Alimentação Adequada: Teoria X Prática. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz. (Coord). **Direito Humano à alimentação Adequada**. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2007
- BRASIL. **Política Nacional de Alimentação e Nutrição**. Disponível em: <<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pnan.pdf>> Acesso em: 04 de fev de 2014.
- CASTRO, Josué de. **Geografia da fome. O dilema brasileiro: pão ou aço**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

FLORIANO, Miriam Villamil Baestro. Reflexões em torno do Direito Humano à Alimentação Adequada: a experiência da Construção do Marco Legal no Rio Grande do Sul. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Luiz Irio. (Coord). **Direito Humano à alimentação Adequada**. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2007.

PROENÇA, Rossana Pacheco da. Sociologia da Alimentação. O espaço social alimentar auxiliando na compreensão dos modelos alimentares. ARAÚJO, Wilma Maria Coelho; TENSER, Carla Márcia Rodrigues. (Org) **Gastronomia: Cortes e Recortes**. Vol I. Brasília: Senac, 2009

A QUESTÃO DAS MENSALIDADES ESCOLARES FACE A PANDEMIA E A NECESSÁRIA ANÁLISE ECONÔMICA

Victor Chang Almeida Carvalho⁵⁰⁸

Fábio Periandro de Almeida Hirsch⁵⁰⁹

RESUMO: A interferência estatal no campo dos contratos, notadamente na instituição de descontos lineares sobre as mensalidades escolares, é objeto de discussão na maioria das casas legislativas e tribunais brasileiros. Esta realidade decorre da pandemia sanitária, com consideráveis consequências econômicas, que assola o mundo inteiro. Embora se reconheça que iniciativas desta natureza se revestem das melhores intenções de legisladores e decisores, necessário considerar a possibilidade de que seus efeitos produzam malefícios ainda maiores para quem pretende-se proteger, motivo pelo qual a análise econômica deve ser considerada como importante ferramenta decisória. O presente artigo, portanto, propõe-se a analisar os possíveis impactos econômicos que podem surgir a partir da intervenção estatal no campo dos contratos escolares.

Palavras-chave: Mensalidades Escolares; Análise Econômica do Direito; Pandemia.

INTRODUÇÃO

A pandemia que assola praticamente todo o globo tem despertado nos agentes econômicos, públicos e privados, a justificável ansiedade pela intervenção estatal a fim de que sejam garantidos direitos, empregos e condições mínimas para a sobrevivência dos mais diversos atores da sociedade, sobretudo da parcela mais pobre, que por óbvio, é a mais afetada pela crise sanitária e econômica.

Neste contexto, desde que o Senado Federal aprovou o decreto que reconheceu o estado de calamidade pública no Brasil, em 20 de março de 2020, procedida pelo mesmo ato em diversas Assembleias Legislativas, tem surgido, nas casas legislativas de todo o país, diversas proposições que, de alguma forma, objetivam assegurar direitos em nome dos mais hipossuficientes, configurando este frenesi da produção legislativa.

⁵⁰⁸ Advogado. Graduado em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB), Pós-graduando em Direito e Processo Civil pela Universidade Salvador (UNIFACS). Membro dos Grupos de Pesquisa sobre Análise Econômica do Direito, Arbitragem Empresarial e Fusões e Aquisições, todos da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE). E-mail: victorchang.jus@gmail.com

⁵⁰⁹ Doutor e Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Professor Adjunto de Direito Constitucional e Administrativo da UFBA, da UNEB e de Jurisdição Constitucional da UNIJORGE. Advogado e árbitro. E-mail: academicofpah@gmail.com

O mesmo pode-se inferir sobre o Poder Judiciário e as mais surpreendentes decisões prolatadas em descompasso ao art. 20 da LINDB⁵¹⁰, além do Poder Executivo, sobretudo no âmbito dos municípios, cujos criativos decretos parecem, muitas vezes, assumir o magno espaço ocupado pela Constituição Federal como Carta Maior dos seus territórios.

Na Câmara dos Deputados tramitam, desde o início de março, pelo menos 17 projetos de lei que visam obrigar as instituições de ensino a suspender ou reduzir as mensalidades em percentuais que variam de 10 a 50%. No Senado foram apresentados pelo menos outras três propostas com o mesmo teor. E o movimento é seguido nas Assembleias Legislativas de pelo menos 16 estados e de algumas Câmaras Municipais, que apresentaram mais de 20 projetos com a previsão de redução das mensalidades⁵¹¹

Nesta esteira, o Ministério Público do Estado da Bahia ajuizou uma ação⁵¹² contra 15 faculdades na Bahia, requerendo em caráter de tutela antecipada, que no prazo de 24 horas, sob pena de multa diária de 25 mil reais, além de caracterização de crime de desobediência, efetivem a redução de 30% das mensalidades de todos os cursos de graduação e pós-graduação, especializações, mestrados, doutorados e pós-doutorados, mantendo este valor enquanto durar o isolamento social que impede a realização das atividades acadêmicas em sua normalidade.

Embora seja necessária a tomada de medidas emergenciais a fim de, transitoriamente, adequar as relações jurídicas à realidade imposta pela pandemia, proposições que versam sobre congelamento de preços, proibição de demissões, controle estatal dos leitos de hospitais privados, requisições administrativas indiscriminadas, suspensão ou descontos compulsórios nas mensalidades escolares e afins, chamam a atenção pelas externalidades negativas que podem gerar, podendo inclusive, prejudicar aqueles que, inicialmente, seriam os tutelados pelos benefícios.

Aqui, importa esclarecer que, consoante Vinícius Marques de Carvalho⁵¹³:

“não é só quando os mercados falham que intervenções do Estado se justificam. Às vezes o excesso de mercado pode gerar efeitos severos sobre o tecido social. Essa constatação não é nova, nem na teoria, nem na prática,

⁵¹⁰ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

⁵¹¹ BRITO, Débora. **Legislativos querem obrigar redução de mensalidades escolares durante pandemia**. Jota. 16 de abril de 2020. Disponível em <https://www.jota.info/legislativo/legislativo-mensalidade-escolas-pandemia-16042020>, acesso em 28 de abril de 2020.

⁵¹² BRANDÃO, João. **MP-BA pede à Justiça redução de 30% nas mensalidades em 15 faculdades baianas**. Metro 1. 28 de maio de 2020. Disponível em <https://www.metro1.com.br/noticias/cidade/92583.mp-ba-pede-a-justica-reducao-de-30-nas-mensalidades-em-15-faculdades-baianas>, acesso em 29 de maio de 2020.

⁵¹³ CARVALHO, Vinícius Marques de. **Coronavírus e a irrevogável lei da oferta e da procura**. Valor Econômico. 2020. Disponível em <https://valor.globo.com/opiniao/coluna/coronavirus-e-a-irrevogavel-lei-da-oferta-e-da-procura.ghtml>, acesso em 01 de abril de 2020.

mas ressurgem sempre que algo comum a toda humanidade vem à tona, nesse caso, o nosso instinto de autopreservação. Mas nessa hora o Estado precisa ser melhor, e não pior que o mercado.”

À vista disso, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são sensíveis a este tipo de situação e buscam, às vezes, de maneira proativa, aliviar os efeitos da crise aos cidadãos brasileiros, buscando, em determinadas situações, soluções que passam por interferir nos contratos e na economia de maneira geral, para proteger os brasileiros.

No entanto, em que pese esta natureza de interferência possa ser bem intencionada, é possível que, a depender de como se faça a interferência, sejam gerados mais efeitos maléficos do que benéficos, que precisam ser, pelo menos, considerados.

Deste modo, as proposições acerca da suspensão das cobranças dos valores cobrados pelas instituições de ensino ou determinação compulsória de abatimento nas mensalidades evidenciam duas problemáticas neste conglomerado de iniciativas por todo o Brasil, quais sejam: a) os limites de competência dos entes federativos; e b) os efeitos econômicos inesperados.

Pretende-se, portanto, tecer breves comentários sobre as referidas problemáticas, pois iniciativas desta natureza parecem uma solução fácil, mas não mitigam e muitas vezes até agravam o problema.

1. OS LIMITES DE COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERATIVOS

Acerca da primeira problemática evidenciada, decerto que o legislador constituinte e optou pelo federalismo como forma de organização do Estado Brasileiro, sob a perspectiva que a divisão territorial e de poderes seria a mais adequada aos interesses coletivos e os possíveis conflitos decorrentes desta forma de organização foram regulados pela própria Constituição Federal.

Ocorre que os limites de competência estabelecidos entre os entes federativos nunca foram devidamente compreendidos pelos agentes políticos. As proposições legislativas que invadem a competência de outro ente federativo, por exemplo, são rotineiras, sobretudo nas Assembleias Legislativas, Câmaras Municipais e Câmara Legislativa, e, por vezes, não são filtradas pelos órgãos de controle interno de constitucionalidade, como as Comissões de Constituição e Justiça, sendo submetidas aos órgãos de controle externo de constitucionalidade, como o Poder Judiciário e Tribunais de Contas.

Esta realidade, ademais, é especialmente acentuada em momentos de crise, em razão da urgência de medidas ao enfrentamento, que impõe medidas e respostas imediatas.

A necessidade de se dar uma resposta imediata à sociedade, com o objetivo de cumprir o dever constitucional, subjacente aos atos dos Poderes Executivo, Legislativo

e Judiciário, representa um quadro de incentivos às sobreposições e descoordenação nas medidas, bem intencionadas, de solucionar a crise e proteger o mais desfavorecido.

Neste prisma, a proposta legislativa para a suspensão ou redução compulsória das mensalidades escolares, propostas nas mais diversas Assembleias Legislativas do país, carece de constitucionalidade formal, por inexistência de competência legislativa sobre a matéria, que compete privativamente à União.

A mensalidade escolar, esclareça-se, versa sobre direito obrigacional, portanto de natureza contratual. Neste conseqüente lógico, tais proposições legais tratam de matéria cuja competência foi atribuída à União, nos termos do disposto no artigo 22, inciso I, da Constituição do Brasil.

Consoante este entendimento, os julgados do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não cabe aos Estados-membros legislar sobre relações contratuais, dado que, nos termos do artigo 22, inciso I, da Constituição do Brasil, a legislação concernente ao tema incumbe à União⁵¹⁴.

Neste mesmo sentido, em 12 de agosto de 2009, Por ser de competência privativa da União legislar sobre Direito Civil (artigo 22, inciso I, da Constituição Federal – CF), o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1042, proposta pela Procuradoria Geral da República (PGR) contra a Lei nº 670, de 04 de março de 1994, do Distrito Federal, que dispõe sobre a cobrança de anuidades, mensalidades, taxas e outros encargos educacionais.

Por fim, ainda que se possa defender, superficialmente, tratar-se de relação de consumo e, por conseguinte, a competência concorrente dos estados-membros, tal argumento não merece prosperar, uma vez que é próprio da competência concorrente que a União legisle normas gerais e que aos estados-membros, observada a norma geral, suplementá-la no que couber.

No entanto, as mensalidades escolares é matéria regulamentada pela Lei Federal nº 9.870, de 23 de novembro de 1999, a qual disciplina especificamente “sobre o valor total das anuidades escolares”.

Note-se, portanto, que, por nenhuma via, os estados brasileiros podem, em consonância ao ordenamento jurídico legislar acerca da suspensão ou alteração compulsória dos valores decorrentes dos contratos escolares.

Sem embargo, a referida proposta também se faz presente à nível nacional, o que superaria qualquer argumento de inconstitucionalidade.

⁵¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **ADI/MC 1.646**, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 04.05.2001; ADI/MC 1931, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 28.05.2004

Por essa razão, mais do que uma questão técnico-jurídica de análise de competência, as normas que versam sobre a suspensão ou aplicação compulsória de desconto nos valores escolares, podem gerar efeitos econômicos inesperados pelo legislador, aptos a torná-las não apenas ineficientes, mas também prejudiciais na análise de custo-benefício.

2. A QUESTÃO DAS MENSALIDADES ESCOLARES

Neste diapasão, a fim de orientar a atuação das instituições de ensino e estudantes, a Coordenação Geral de Estudos e Monitoramento de Mercado, vinculada à Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON, do Ministério da Justiça, oportunamente, elaborou as Nota Técnicas nº 14/2020⁵¹⁵ e 26/2020⁵¹⁶ cujo objetivo é construir soluções negociadas em face da atual epidemia e das dificuldades operacionais dela decorrentes.

Preliminarmente, a Nota Técnica nº 14/2020 estabelece que as mensalidades escolares são um parcelamento definido em contrato, de modo a viabilizar uma prestação de serviço semestral ou anual. O pagamento poderia ocorrer em parcela única, ou em número reduzido de parcelas, mas essas opções tornariam mais difícil o pagamento pela maior parte das famílias.

Assim, opta-se por um pagamento parcelado, ao longo do semestre ou do ano, usualmente com periodicidade mensal. Essa questão é importante porque o pagamento corresponde a uma prestação de serviço que ocorrerá ao longo do ano.

Não faz sentido, nessa lógica, abater das mensalidades uma eventual redução de custo em um momento específico em função da interrupção das aulas, pois elas terão que ser repostas em momento posterior e o custo ocorrerá de qualquer forma.

Por esse motivo, nem o diferimento da prestação das aulas, nem sua realização na modalidade à distância obrigam a instituição de ensino a reduzir os valores dos pagamentos mensais ou a aceitarem a postergação desses pagamentos. Muito menos, em tese, ensejariam o cancelamento imotivado do negócio jurídico.

Vale lembrar que o pagamento é parte da obrigação contratual assumida pelos responsáveis e é condição para que os alunos tenham direito à reposição das aulas em momento posterior. Parar o pagamento poderia ser tratado como quebra de contrato,

⁵¹⁵ Secretaria Nacional do Consumidor. **Nota Técnica nº 14/2020**. Disponível em https://www.novo.justica.gov.br/news/coronavirus-senacon-divulga-nota-tecnica-com-orientacoes-sobre-relacao-entre-consumidores-e-instituicoes-educacionais/sei_08012-000728_2020_66.pdf, acesso em 01 de abril de 2020.

⁵¹⁶ Secretaria Nacional do Consumidor. **Nota Técnica nº 26/2020**. Disponível em https://www.novo.justica.gov.br/news/coronavirus-senacon-emite-nova-nota-tecnica-com-orientacoes-complementares-sobre-relacao-entre-consumidores-e-instituicoes-educacionais/sei_mj-nota-tecnica_escolas.pdf, acesso em 26.05.2020.

sujeitando os responsáveis ao cancelamento da prestação do serviço e a eventuais multas previstas.

Além disso, o fato de as instituições de ensino não estarem arcando com certos custos em função da interrupção das aulas não autoriza a exigência de desconto nas mensalidades, uma vez que as aulas serão repostas em momento posterior e os custos se farão presentes ou serão necessários novos investimentos tecnológicos em função da disponibilização das aulas na modalidade à distância.

Com relação a isso, vale pontuar que o Ministério da Educação regulamentou, por meio da Portaria nº 343, de 17 de março de 2020, a possibilidade da substituição das aulas presenciais no ensino superior por aulas em meios digitais enquanto durar a situação de pandemia. Os conselhos e secretarias de educação dos estados e do distrito federal também estão determinando que as escolas ajustem suas atividades pedagógicas e calendário escolar, bem como estão permitindo o uso de tecnologias (tais como o uso de plataformas) para a educação à distância.

Paralelamente, a Medida Provisória nº 934, de 01 de abril de 2020 dispensa, em caráter excepcional, os estabelecimentos de ensino de educação básica de observarem o mínimo de 200 (duzentos) dias letivos no ano, desde que cumprida a carga horária mínima de 800 (oitocentas) horas. Há, portanto, uma margem de discricionariedade em relação à distribuição da carga horária.

No caso de prestação do serviço em momento posterior, se as aulas forem repostas nos períodos tradicionais de férias, não será possível aos estabelecimentos de ensino efetuarem cobranças adicionais por esse motivo, uma vez que os pagamentos foram realizados normalmente e foram recebidos antecipadamente pelas escolas/instituições de ensino.

Logo, de modo a evitar discussões judiciais em que cada uma das partes teria argumentos jurídicos consistentes e, sobretudo, o rompimento de contratos estabelecidos em diversos setores da economia, para a Secretaria Nacional do Consumidor a alternativa mais adequada seria a negociação exaustiva entre contratantes, órgãos de defesa do consumidor e associações de instituições escolares.

3. OS POSSÍVEIS EFEITOS ECONÔMICOS INESPERADOS

Na esteira da perspectiva consequencialista, o Brasil tem avançado, ao adotar instrumentos que efetivamente possibilitam a promoção de maior racionalidade nas ações governamentais, como por exemplo a Análise do Impacto Regulatório (AIR), que aparece tanto no artigo 6º da Lei Geral das Agências Reguladoras, quanto no artigo 5º da Lei da Liberdade Econômica.

Ademais, a AIR é um meio auxiliar à tomada de decisão que mensura os custos, os benefícios, os riscos e os resultados da atividade regulatória, definindo qual política é

capaz de ampliar a maximização do bem-estar social, ou até mesmo, proteger e incentivar a concorrência e fomentar a inovação, com vistas à melhoria do desenvolvimento econômico⁵¹⁷.

Cass Sunstein⁵¹⁸ defende que é possível resolver questões difíceis em direito ou na política, que envolva atores com diferentes visões de mundo, a partir da análise de custo-benefício, pois um dos principais objetivos da abordagem é garantir mais em termos de reflexão; análise de custo-benefício, como aqui entendida, é uma garantia de maior deliberação, não um obstáculo.

Consoante asseverou Milton Friedman⁵¹⁹ “um dos maiores erros que existem é julgar os programas e as políticas públicas pelas intenções e não pelos resultados.”

Nesse sentido, parece cristalina a intenção dos legisladores que pretendem suspender ou, compulsoriamente, instituir um desconto nos valores contratados na área educacional, pois a crise decorrente do combate à pandemia ensejou diversos decretos administrativos, proibindo a continuidade das aulas e atividades acadêmicas de maneira presencial.

Por outro lado, os estudantes e seus pais enfrentam dificuldades financeiras, em razão da paralisação da maioria da atividade acadêmica.

Não obstante, à luz da Análise Econômica do Direito, o legislador precisa fazer valer a racionalidade econômica e, ao intervir em determinado quadro de incentivos, avaliar os custos diretos e indiretos, os benefícios, diretos e indiretos, as externalidades positivas e negativas, a fim de promover uma intervenção eficiente, que possa aumentar o bem estar social.

Cristiano Aguiar de Oliveira⁵²⁰ ressalta que:

“nestes casos, em que não se tem muito conhecimento e informações prévias, nem teórica e nem empíricas, se deve lembrar que não interferir é sempre uma opção e que se deve ter o máximo de cautela em interferir, principalmente, em situações em que se tem pouca ideia das consequências que a medida/regulação pode causar.”

⁵¹⁷ CARVALHO, Victor Chang A. **Aspectos regulatórios da Lei de Liberdade Econômica e os seus impactos nas liberdades empresariais**. 2020. 110 f. Monografia (Graduação em Direito) Universidade do Estado da Bahia, Salvador, 2020.

⁵¹⁸ SUNSTEIN, Cass. **Cognition and Cost-Benefit Analysis**. Law and Economics Working Paper No. 85, 1999

⁵¹⁹ FRIEDMAN, Milton. Entrevista com Richard Heffner, na série de TV The Open Mind, em 7 de dezembro de 1976.

⁵²⁰ OLIVEIRA, Cristiano Aguiar de. **Lockdown: um caminho desconhecido e perigoso para formuladores de políticas públicas**. JOTA, 2020. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/lockdown-caminho-perigoso-politicas-publicas-27032020>, acesso em 01 de abril de 2020.

Todavia, não parece ser o caso. A grande maioria das propostas – senão todas elas, sugerem números aleatórios para a redução dos valores ajustados. Variam de 20%, 30%, 40%, 50% e até mesmo a suspensão da integralidade dos valores. Questiona-se qual foi o racional utilizado para alcançar determinado número.

Além disso, quais serão as consequências orçamentárias para cada instituição de ensino? Com a redução ou suspensão dos valores, como serão mantidas adimplentes as suas obrigações fixas, como os salários dos professores e funcionários, investimentos informacionais e tecnológicos realizados, estrutura física e manutenção? Certamente, pensam tais legisladores que bastará outra lei proibindo que a instituição efetue qualquer demissão.

Descontos lineares não conseguem ser proporcionais às realidades tão distintas das instituições de ensino e dos casos concretos e podem comprometer irreversivelmente a continuidade da prestação do serviço por parte de algumas instituições de ensino ou, ainda, afetar a qualidade do serviço prestado, o que não parece ser desejável sob o ponto de vista dos interesses dos consumidores.

A aplicação de uma solução aparentemente simples, como a aplicação de desconto linear, pode gerar inúmeros efeitos indesejados e não considerados na tomada de decisão reguladora, tais como diminuição salarial de professores e funcionários, falências de escolas e instituições de ensino menores e/ou com dificuldades financeiras, que por sua vez podem acarretar efeitos macroeconômicos como como diminuição da demanda agregada, diminuição da arrecadação de impostos e, por conseguinte, diminuição até mesmo das condições do Estado gerir o orçamento referente à saúde pública.

Além disso, verifica-se a indesejada concentração de mercado e subida de preços, na hipótese de falência das escolas e instituições de ensino com dificuldade financeira.

3.1 Possíveis efeitos macroeconômicos

Professores e funcionários, também, precisam se manter em tempos de pandemia e, também, são consumidores. Diminuir a mensalidade escolar em tempos de pandemia pode significar, na situação mais otimista, a diminuição de custos ou a redução temporária dos salários de alguns professores e funcionários, mas, em um cenário mais pessimista, pode ocorrer a falência de várias instituições de ensino e, por consequência, um cenário pior do ponto de vista social, tanto durante como após a pandemia.

Caso exista desemprego, dificilmente, os professores e funcionários conseguirão um emprego alternativo em época de isolamento social, onde a demanda já está baixa e a interação social, necessária para uma atividade de ensino, diminui. Tal fator pode significar do ponto de vista pessoal, por si só, uma situação extremamente difícil.

Além de um desemprego persistente, com dificuldade de realocação no mercado de trabalho, no âmbito macroeconômico, pode-se gerar uma diminuição da demanda agregada, diminuição da arrecadação de impostos e, por conseguinte, diminuição até mesmo das condições do Estado gerir o orçamento referente à saúde pública. Por conseguinte, é possível inferir através de mera dedução lógica que se estabelecimentos privados falirem, é possível que a rede pública seja obrigada a absorver os referidos alunos, aumentando, também, o orçamento público com educação.

3.2 Possíveis efeitos concorrenciais e a nota técnica do CADE

Do ponto de vista concorrencial, caso existam empresas que tenham sido levadas à falência, é possível que exista a concentração do mercado (pela diminuição do número de *players* existentes), bem como aumento do poder de mercado dos estabelecimentos de ensino maiores, já que tais estabelecimentos terão maior escala e maiores condições de suportar descontos temporários nas mensalidades em comparação com estabelecimentos menores⁵²¹.

Ademais, a interferência na formação do sistema de preços deste mercado seria inevitável, uma vez que se há menor rivalidade, menor oferta do serviço e maior demanda de consumo, os preços, naturalmente, tendem a aumentar, prejudicando ainda mais os consumidores.

Neste sentido, o do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) elaborou a Nota Técnica nº 17/2020⁵²², na qual pondera que no médio prazo, um desconto impositivo a todo e qualquer estabelecimento de ensino pode diminuir a rivalidade no mercado, havendo elevada probabilidade do desconto imposto pela via legislativa e judicial ser altamente injusto contra agentes que são muito competitivos e com elevada rivalidade. É possível que o Estado passe a mensagem que rivalidade efetiva neste setor não é algo bom.

O desconto determinado por lei ou por decisão judicial, em especial se aplicado de forma casuística, mas com critérios diferenciados, pode desconsiderar qual é a real situação financeira de cada estabelecimento, tratando de maneira desigual competidores.

Mesmo quando o desconto é idêntico entre agentes (a exemplo de um desconto linear determinado por lei), é possível que agentes mais agressivos do ponto de vista

⁵²¹ Frise-se que concorrência permite não apenas que o mercado permaneça em constante mutação, admitindo a inserção de novos competidores que alteram o próprio mercado com novos produtos ou serviços inovadores, mas principalmente uma relação mais equilibrada entre poder político e liberdade econômica, segundo a análise de Milton Friedman e Rose Friedman (FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Livre para escolher**: uma reflexão sobre a relação entre liberdade e economia. Editora Record, 2015, p. 204-205).

⁵²² Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Nota Técnica nº 17/2020. Disponível em <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/nota-tecnica-17.pdf>, acesso em 26/05/2020.

concorrencial possuam menor lucro e, portanto, menor capacidade de gestão orçamentária em épocas de crise.

Ao impor regras de desconto idênticas do lado da oferta, mesmo que idênticas, é possível impor um sacrifício muito maior a alguns estabelecimentos em relação a outros.

Se no período prévio à pandemia, o estabelecimento de ensino possuía lucro próximo a zero, porque teve a coragem de baixar mensalidades até o nível que conseguia suportar (diminuindo seu poder de mercado em razão da sua eficiência e da sua rivalidade, podendo inclusive ser um agente tipo *maverick*⁵²³), é possível que o mesmo seja punido e levado a uma situação financeira precária ou próxima da falência.

Outro agente que, no período prévio à pandemia, possuía lucro razoável, sendo um agente maior ou com maior poder de mercado e menor rivalidade, não sofrerá tanto e poderá ter maior acesso a crédito, justamente porque tinha maior lucro.

Ao se determinar um desconto padrão estabelecido por lei, desconsidera-se qual é o nível de preço de cada mensalidade e a qual quantidade de alunos de cada estabelecimento e desconsidera-se, também, quais são os custos de cada estabelecimento de ensino.

Assim, para o CADE, o Estado brasileiro passa a mensagem de que a interferência no contrato é possível e desejável, neste tipo de situação, motivo pelo qual o oferecimento de mensalidades baratas será visto, pelo lado da oferta, como uma atitude arriscada, já que não dará a margem necessária de manobra a entidades de ensino em casos de necessidade de intervenção.

Uma atitude precavida será aquela em que os estabelecimentos de ensino precifiquem um pouco acima daquilo que normalmente precificariam como uma espécie de “seguro” contra intervenções contratuais imprevistas. Ou seja, gera-se uma pressão de preços para cima, no médio prazo, diminuindo o acesso à educação a estudantes mais pobres.

⁵²³ Consoante Baker, considera-se *maverick* a empresa que é, sob o prisma concorrencial, única. Trata-se, em geral, da empresa que, por ser mais eficiente, conta com uma estrutura de custos drasticamente diferente dos seus concorrentes, não tendo incentivos a participar de uma ação concertada. Um *maverick* exerce um papel dissidente, ou contestador do mercado, ou seja, falamos daquele concorrente que tem uma elevada probabilidade de perturbar o comportamento coordenado do mercado e gerar maior rivalidade (BAKER, Jonathan B. **Mavericks, mergers, and exclusion: Proving coordinated competitive effects under the antitrust laws.** NYUL Rev., v. 77, p. 135, 2002).

Portanto, ao avaliar a adoção de uma intervenção estatal em qualquer mercado⁵²⁴, fundamental ponderar se o nível de proteção social requerido gera (ou não) custos sociais demasiados e se efetivamente gera a proteção almejada, através da análise de possíveis impactos.

CONCLUSÕES

Alfim, é recomendável que os legisladores atuem com muita cautela, sem excessos, e que procedam com minuciosa análise dos custos diretos e indiretos, dos benefícios diretos e indiretos e das externalidades positivas e negativas da presente medida a fim de garantir a sua eficiência e minorar possíveis efeitos indesejados, neste frenesi de intervenção estatal, ainda que imbuída das melhores intenções.

Ao querer proteger os estudantes e às famílias, determinando interferência contratual direta, é possível que todos os custos acima mencionados sejam experimentados. É possível que ocorram falências e que as mensalidades venham a subir, no período pós-pandemia, sendo que tal proteção seria direcionada quase que exclusivamente a estudantes e não aos professores.

Neste sentido, conclui-se, consoante o entendimento exarado nas notas técnicas da Secretaria Nacional do Consumidor e do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, que:

1. A interferência nos preços dos contratos educacionais por meio de imposição unilateral e linear de descontos pode desequilibrar as relações comerciais, melhorando o ambiente negocial para alguns estudantes de um lado às expensas de eventual piora da situação de estabelecimentos de ensino que terão que diminuir seus gastos.
2. Talvez, a diminuição de gastos não seja possível, sem que se diminua o salário de professores ou mesmo sem que se proceda a demissões.
3. Em casos mais extremos, talvez, seja possível verificar a falência de estabelecimentos de ensino em razão deste tipo de interferência.
4. Nesta última hipótese, é possível haver uma série de efeitos macroeconômicos, como diminuição da demanda agregada, diminuição da arrecadação de impostos e, por conseguinte, diminuição até mesmo das condições do Estado gerir o orçamento referente à saúde pública.

⁵²⁴ Neste sentido, Roberto Campos aduz que “O mercado é apenas o lugar em que as pessoas transacionam livremente entre si. Só isso. Mas não é pouco, porque no seu espaço a interação competitiva entre os agentes econômicos equivale a um plebiscito ininterrupto, que não só permite fazer uma apuração, a todos os momentos revista, das preferências dos indivíduos, como lhes dá uma medição quantitativa, tornando possível, por conseguinte, o cálculo racional.” Por este motivo, importante asseverar que a própria funcionalidade do mercado também tem o condão de alcançar o bem estar social. (CAMPOS, Roberto de Oliveira. Na virada do milênio. 2.ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.)

5. Caso a rede pública seja obrigada a absorver os alunos de estabelecimentos que faliram, talvez, tenha que se aumentar o orçamento público com educação.

6. Do ponto de vista concorrencial, ao impor um desconto uniforme, pode-se punir empresas com rivalidade intensa, porque não terão como arcar com diminuições de gastos no mesmo patamar que empresas que possuem elevada margem de lucro.

7. Além disto, caso justamente as empresas com rivalidade intensa venham a falir, o mercado ficará mais concentrado e sem agentes do tipo *maverick*, com menor custo e com capacidade de disciplinar os preços do mercado, o que poderá, talvez, acarretar uma pressão de preços para cima, pós-pandemia.

Por estes motivos, com relação à aplicação de desconto, tais medidas devem ser avaliadas no caso concreto, uma vez que a adoção de critérios lineares de descontos de mensalidades não são adequadas especialmente em razão da multiplicidade de cursos envolvidos, da diversidade do porte das instituições de ensino (que englobam desde escolas de bairro como grandes grupos econômicos na área de educação), e das alternativas ofertadas por cada instituição de ensino dentro da discricionariedade permitida pelo Ministério de Educação.

REFERÊNCIAS

BAKER, Jonathan B. **Mavericks, mergers, and exclusion: Proving coordinated competitive effects under the antitrust laws.** NYUL Rev., v. 77, p. 135, 2002)

BRANDÃO, João. **MP-BA pede à Justiça redução de 30% nas mensalidades em 15 faculdades baianas.** Metro 1. 28 de maio de 2020. Disponível em <https://www.metro1.com.br/noticias/cidade/92583,mp-ba-pede-a-justica-reducao-de-30-nas-mensalidades-em-15-faculdades-baianas>, acesso em 29 de maio de 2020.

BRITO, Débora. **Legislativos querem obrigar redução de mensalidades escolares durante pandemia.** Jota. 16 de abril de 2020. Disponível em <https://www.jota.info/legislativo/legislativo-mensalidade-escolas-pandemia-16042020>, acesso em 28 de abril de 2020.

CAMPOS, Roberto de Oliveira. **Na virada do milênio.** 2.ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

CARVALHO, Victor Chang A. **Aspectos regulatórios da Lei de Liberdade Econômica e os seus impactos nas liberdades empresariais.** 2020. 110 f. Monografia (Graduação em Direito) Universidade do Estado da Bahia, Salvador, 2020.

CARVALHO, Vinícius Marques de. **Coronavírus e a irrevogável lei da oferta e da procura.** Valor Econômico. 2020. Disponível em <https://valor.globo.com/opiniaocoluna/coronavirus-e-a-irrevogavel-lei-da-oferta-e-da-procura.ghtml>, acesso em 01

de abril de 2020.

Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Nota Técnica nº 17/2020**. Disponível em <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/nota-tecnica-17.pdf>, acesso em 26/05/2020.

FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Livre para escolher: uma reflexão sobre a relação entre liberdade e economia**. Editora Record, 2015.

FRIEDMAN, Milton. **Entrevista com Richard Heffner**, na série de TV The Open Mind, em 7 de dezembro de 1976.

OLIVEIRA, Cristiano Aguiar de. **Lockdown: um caminho desconhecido e perigoso para formuladores de políticas públicas**. JOTA, 2020. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/lockdown-caminho-perigoso-politicas-publicas-27032020>, acesso em 01 de abril de 2020.

Secretaria Nacional do Consumidor. **Nota Técnica nº 14/2020**. Disponível em https://www.novo.justica.gov.br/news/coronavirus-senacon-divulga-nota-tecnica-com-orientacoes-sobre-relacao-entre-consumidores-e-instituicoes-educacionais/sei_08012-000728_2020_66.pdf, acesso em 01 de abril de 2020.

Secretaria Nacional do Consumidor. **Nota Técnica nº 26/2020**. Disponível em https://www.novo.justica.gov.br/news/coronavirus-senacon-emite-nova-nota-tecnica-com-orientacoes-complementares-sobre-relacao-entre-consumidores-e-instituicoes-educacionais/sei_mj-nota-tecnica_escolas.pdf, acesso em 26.05.2020.

SUNSTEIN, Cass. **Cognition and Cost-Benefit Analysis**. Law and Economics Working Paper No. 85, 1999

Supremo Tribunal Federal, **ADI/MC 1.646**, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 04.05.2001; **ADI/MC 1931**, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 28.05.2004